



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

XDO.1A.INST.E INSTRUCCIÓN N.2 O CARBALLIÑO

SENTENCIA: 00043/2015

AVENIDA DEL PARQUE S/N
Teléfono: 988687518 687519
Fax: 988687510
N04390

N.I.G.: 32019 41 1 2014 0001072

PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000384 /2014

Sobre OTRAS MATERIAS

D/ña. FELICITA , FRANCISCO
Procurador/a Sr/a. RUA SOBRINO
Abogado/a Sr/a. RUA SOBRINO
DEMANDADO D/ña. BANCO DE SANTANDER S.A.
Procurador/a Sr/a.
Abogado/a Sr/a.

SENTENCIA (Nº 43)

O CARBALLIÑO, 11 de mayo de 2015.

Vistos por el Sr. D. MANUEL MARQUINA ÁLVAREZ, Magistrado-Juez de Adscripción Territorial asignado al Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción Nº 2 de los de esta ciudad y su partido, los presentes autos de Juicio Ordinario nº 384/2014, seguidos a iniciativa de Dª. Felicita y D. Francisco , representados por el procurador Sr. Rúa Sobrino y asistidos por el letrado Sr. Rúa Sobrino, frente a Banco Santander, S.A. (Banco Santander), representado por la procuradora Sra. y asistida por el letrado Sr. .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El procurador de los demandantes presentó en este Juzgado, el día 9 de diciembre de 2014, demanda de Juicio Ordinario en la que solicitaba la declaración de nulidad, o subsidiariamente la resolución, de los contratos en virtud de los cuales habían adquirido la titularidad de una participación preferente; también de manera subsidiaria ejercitaba acciones por responsabilidad contractual. Solicitaba además, que el demandado fuese condenado al pago de las costas.

Admitida la demanda, se dio traslado a la demandado para su contestación, lo que llevó a cabo mediante escrito de 20 de febrero de 2015, en el que alegaba la no concurrencia de causa de nulidad o resolución alguna, además de la caducidad de la acción ejercitada en la demanda. Solicitaba que fuese desestimada la demanda con la condena en costas de los demandantes.

SEGUNDO.- Realizadas las actuaciones anteriores, se convocó a las partes a la celebración de la audiencia previa, que tuvo lugar el 23 de abril, con la asistencia de los representantes y defensores de ambas. La parte actora propuso prueba documental. El demandado también propuso prueba documental.



Admitida la prueba que se estimó pertinente, dado que toda ella era documental, se declararon los autos vistos para dictar Sentencia conforme a lo dispuesto en el art. 429.8 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), en espera de recibir unos documentos que habían sido solicitados por los demandantes.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

El 27 de abril de 2015, la parte demandante presentó escrito en el que renunciaba a la prueba documental pendiente, con lo que el 4 de mayo de 2015 quedaron los autos a disposición para dictar Sentencia.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Intervienen los demandantes en este proceso solicitando que se declare la nulidad, o alternativamente la resolución, de los contratos en virtud de los cuales adquirieron la titularidad de una participación preferente de la entidad Sos Cuétara, por valor de 50.000 euros; subsidiariamente, ejercitaban acciones por responsabilidad contractual y extracontractual. Se señala en el escrito de demanda que D^a. Felicita y D. Francisco estarían jubilados y no tendrían estudios; él se habría dedicado al comercio de ropa al por menor y en el momento de contratación del producto tendría ya 70 años (realmente 69), mientras que ella se habría dedicado a las labores del hogar y al trabajo en el campo. Ambos carecerían de cualquier formación o conocimiento en materia de inversiones financieras, y tendrían una confianza total en el banco y en sus empleados. Uno de los empleados de la demandada les habría instado a colocar su dinero en unos productos nuevos, con buena rentabilidad, totalmente garantizados, y en que podrían recuperar lo invertido en cualquier momento, simplemente avisando con unos días de antelación, y para ello les habría propuesto rescatar un fondo de inversión. También les habría propuesto suscribir participaciones preferentes de Unión Fenosa. En estas condiciones, los demandantes habrían aceptado la operación, y así habrían firmado diversos documentos, y les habrían hecho en su cuenta un cargo por importe de 50.187.80 euros el 27 de diciembre de 2007, en el que se hacía constar, literalmente, "COMPRA LETRAS TES". En todo caso, merced a la relación de confianza que existía, los demandantes no habrían recibido más información acerca de sus productos ni tampoco documentación alguna. Posteriormente, la participación preferente de los demandantes habría sido canjeada por acciones de Sos Cuétara, y más tarde por acciones de Deoleo, si bien estos demandantes desconocerían el estado actual de su inversión, pues Banco Santander no habría atendido a sus solicitudes de documentación y los pocos extractos que les habría entregado serían muy confusos.

El demandado se opone a la demanda formulando varias alegaciones, si bien comienza diciendo que el verdadero motivo que impulsaría la interposición de la demanda por los actores derivaría de haber visto frustradas sus expectativas de ganancia en una operación de inversión. Seguidamente señala que habrían sido los demandantes quienes habrían acudido a su sucursal preguntando por productos de inversión que les arrojasen rendimientos; el personal de la entidad les habría facilitado toda la información oportuna sobre las preferentes que se les ofertaban, e incluso les habrían entregado el folleto resumen de la emisión, y ellos habrían decidido contratarlas por su alta rentabilidad. Añade que, en todo caso Banco Santander no



habría actuado como asesor de los actores en materia de inversiones, sino sólo mero órgano receptor y ejecutor de las órdenes dadas por los actores. Por otro lado, alega que se habría producido la caducidad de la acción de nulidad o anulabilidad ejercitada en la demanda, puesto que la orden de suscripción de valores impugnada dataría de diciembre de 2007, con lo que ya habrían transcurrido con creces los 4 años del plazo previsto en el art. 1301 del Código civil (CC), hasta la interposición de la demanda, el 5 de diciembre de 2014. También expone que en el mes de noviembre de 2010 se les habría ofrecido a los actores la posibilidad de canjear su participación preferente por acciones de Deoleo, pero los mismos habrían rechazado tal opción. Finalmente, sostiene que no existiría nexo causal alguno entre el resultado supuestamente negativo que para los actores habría tenido su contratación de participaciones preferentes con la conducta de Banco Santander, por lo que ninguna responsabilidad se le podría exigir a esta entidad.

SEGUNDO.- Antes de entrar en la resolución del fondo del asunto planteado, es preciso estudiar brevemente, y por separado, la excepción de caducidad de la acción de nulidad o anulabilidad ejercitada en la demanda, opuesta por el demandado. Al efecto, señala Banco Santander que se habría producido dicha caducidad puesto que la orden de suscripción de valores impugnada dataría de diciembre de 2007, con lo que ya habrían transcurrido con creces los 4 años del plazo previsto en el art. 1301 del Código civil (CC), hasta la interposición de la demanda, el 5 de diciembre de 2014.

La parte demandante insta aquí la declaración de nulidad de una operación inicial de suscripción de valores, alegando la inexistencia de consentimiento en la contratación y la nulidad por infracción de normas. Según el art. 1261.1º del CC, no hay contrato si no concurre el consentimiento de los contratantes; es decir, sin consentimiento de todos los que contratan el negocio es nulo de pleno derecho. El plazo de caducidad de 4 años del que habla el art. 1.301 del CC sólo es aplicable a los contratos en que, siendo anulables, concurren todos los presupuestos del art. 1261 mencionado (además del consentimiento, el objeto y la causa), pero no a aquellos en los que falta alguno, según el art. 1300. Así, ya señaló el Tribunal Supremo en su Sentencia de 29 de mayo de 2008 (EDJ 2008/82730) que *esta Sala ha declarado con reiteración, entre las más recientes en sentencia de 9 mayo 2007, que el plazo de cuatro años que fija el artículo 1301 CC para el ejercicio de la acción de nulidad es aplicable a las acciones ejercitadas para solicitar la declaración de nulidad de los contratos y, por extensión, de los demás negocios jurídicos que adolezcan de algunos de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley, siempre que en ellos, según se desprende del artículo 1300 CC, al cual se remite implícitamente el artículo 1301 CC, concurren los requisitos que expresa el artículo 1261, es decir, consentimiento, objeto y causa, sin los cuales no hay contrato.* Aquí los actores alegan la inexistencia de consentimiento en su demanda, por lo que, independientemente de que ello sea acreditado o no, la acción de nulidad basada en este motivo no está caducada (porque no está sometida a plazo de caducidad alguno), así como tampoco la basada en infracción de normas imperativas.

TERCERO.- Atendiendo al tipo de instrumentos que son objeto de la operación discutida en este proceso, y para valorar la supuesta nulidad de esa operación o contrato, se presenta como necesario el



previo estudio del concepto de participación preferente; solamente cuando determinemos ante qué tipo de producto financiero nos encontramos, podremos precisar, atendiendo al material probatorio existente en la causa, si se cumplieron todos los parámetros necesarios para la adecuada prestación del consentimiento por parte de los demandantes para su contratación.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Las participaciones preferentes constituyen valores emitidos por una entidad, con el objeto de captar fondos que, a pesar de su denominación, no otorgan a sus tenedores una verdadera participación en la entidad (los tenedores no adquieren una parte del capital ni tienen derecho a voto, es decir, carecen de derechos políticos), ni tampoco un verdadero derecho de preferencia (en caso de liquidación de la entidad, los tenedores, para recuperar el valor de su título sólo se sitúan antes que los accionistas, si los hay, pero quedan pospuestos al resto de los acreedores). Se trata, generalmente, de valores perpetuos, aunque también pueden tener una fecha de vencimiento, normalmente lejana en el tiempo; su rentabilidad para el tenedor suele ser fija durante un primer periodo (los primeros años tras su emisión), en que la entidad emisora opta por ofrecer un porcentaje fijo para hacer el producto más atractivo en el mercado, y variable en lo sucesivo. En cualquier caso, esa rentabilidad, al igual que el capital invertido para suscribir estos valores, no están garantizados; la inversión no está cubierta por la garantía del Fondo de Garantía de Depósitos ni por otra de la entidad emisora, y la rentabilidad está vinculada a los resultados de dicha entidad emisora (si no obtiene beneficios, no remunera a los tenedores de participaciones preferentes). A pesar de su habitual carácter perpetuo, la entidad emisora suele reservarse el derecho a amortizarlas a partir de un determinado plazo desde la emisión, derecho que nunca se le reconoce al tenedor. Son valores que no cotizan en bolsa, sino que se negocian en un mercado secundario organizado (en este caso el Mercado A.I.A.F. de Renta Fija), de modo que si el tenedor pretende recuperar su valor monetario tiene que ponerlas a la venta en ese mercado; aunque también cabe la posibilidad, habitual, de que el tenedor comunique a la entidad emisora que desea enajenar su participaciones preferentes, y esa entidad consiga venderlas a otra persona (normalmente otro cliente suyo, tratándose de un banco o caja de ahorros). Ahora bien, la liquidez de las participaciones preferentes no está asegurada, pues depende tanto de las fluctuaciones del mercado, como de la propia situación económica de la entidad emisora. Así, si la emisora no obtiene beneficios y deja de abonar rendimientos a los tenedores de las participaciones preferentes, lo razonable es pensar que nadie o casi nadie se ofrecerá a comprarlas, al menos por su valor nominal; por otro lado, si en el mercado se produce un repunte de los tipos de interés o rendimientos abonados por las entidades financieras o los Entes Públicos por otros productos de ahorro o inversión (deuda del Estado, depósitos a plazo fijo, fondos de inversión...), también surge la dificultad de enajenar estos títulos, al menos por su valor nominal, porque, al resultar menos atractivo su rendimiento pocos habrá que estén dispuestos a desembolsar una gran cantidad de dinero para hacerse con ellos. Asimismo, como transcurridos los primeros años, la rentabilidad se suele determinar atendiendo a un índice de referencia de carácter variable (lo habitual es ofertar Euribor más un pequeño porcentaje), aunque esos índices bajen, las participaciones preferentes ordinariamente no ganan en atractivo para los inversores (baja la rentabilidad de depósitos, fondos de inversión y similares,



pero también de las preferentes). O sea, los tenedores de las participaciones preferentes, en caso de que pretendan recuperar el capital invertido en ellas, siempre están expuestos al riesgo de que sus títulos no encuentren comprador, o de que, si lo encuentran, el mismo no esté dispuesto a pagar más que una parte de su valor nominal (se paga menos por el título para que la operación pueda salirle rentable al adquirente). Por todo ello, estos valores constituyen un instrumento de inversión que conlleva un elevado riesgo; además, por su naturaleza, y según constata la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), son instrumentos complejos (ver la Guía sobre la catalogación de los productos financieros, editada el 10 de octubre de 2010, páginas 2 y 6, y la Guía para la verificación de operaciones de renta fija, editada el 23 de diciembre de 2009, página 21).

Es tal la complejidad y riesgo que conllevan estos instrumentos, que la CNMV recomienda en su Guía para la verificación de operaciones de renta fija que, cuando vayan dirigidos al público en general, para garantizar la información, se entregue al inversor un resumen de las características en formato tríptico, que dicho inversor ha de devolver firmado.

Es importante, tal y como se puede deducir de todo lo expuesto arriba, precisar que, en todo caso las participaciones preferentes, por su naturaleza, sus características de liquidez, y por el riesgo que conllevan, entre otros factores, no constituyen un instrumento típico de ahorro, sino un producto de inversión. Eso nos lleva a distinguir entre ahorradores e inversores; los primeros son personas que suelen situar su dinero en bienes o productos que se caracterizan por ofrecer una garantía total o casi total de restitución del capital, en un breve plazo de tiempo (imposiciones a plazo que se pueden cancelar en cualquier momento aunque se penalice parte de los intereses, fondos garantizados, deuda pública). Mientras, inversores son aquellos que buscan una rentabilidad elevada, y a cambio no reparan en situar su dinero en instrumentos que pueden implicar la pérdida de parte, o incluso de la totalidad, del capital (acciones cotizadas, fondos no garantizados, unit linked o, por supuesto, participaciones preferentes y obligaciones subordinadas). A falta de otros detalles que el demandado no ha aportado ni ha pretendido hacerlo, y atendiendo a las pruebas que obran en la causa (especialmente el resumen de las posiciones de los actores), podemos afirmar que ambos actores semejan ser ahorradores, y no inversores. Cuando estamos ante verdaderos inversores, en sus resúmenes de posiciones suelen aparecer multitud de movimientos de suscripción y venta de acciones y otros valores, cosa que aquí no ocurre, evidentemente.

CUARTO.- La complejidad y riesgo inherente a las participaciones preferentes, según hemos descrito en el Fundamento anterior, conlleva la necesidad de que las entidades que se encargan de ofertarlas a sus clientes, sean especialmente cuidadosas a la hora de informarlos sobre sus características, so pena de que, al concertarse la suscripción, se produzca una ausencia total de consentimiento por parte del suscriptor. Esta necesidad de información clara, precisa y verdadera, que ha de comprender los riesgos que lleva aparejados el instrumento financiero, resulta de la simple lógica humana (no hay que informar igual al que desea adquirir un kilo de patatas que al que pretende suscribir una cédula hipotecaria; tampoco al que quiere concertar una



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

imposición a plazo fijo, que al que se le ofrece una participación preferente), y ya fue destacada por la CNMV, como hemos visto antes (Guía para la verificación de operaciones de renta fija), pero también aparece recogida en diversas disposiciones normativas.

Comenzando por la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2007 (LDCU), la misma prevé en su art. 60.1 que *antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo (sic)*; esta obligación es similar a la recogida en el art. 13 de la Ley General de Defensa 26/1984. En su art. 10 señala además que son nulos de pleno derecho los actos realizados en fraude de leyes, previsión idéntica a la contenida en el art. 2 de su predecesora, la Ley General de Defensa 26/1984. Es evidente que los particulares que depositan sus ahorros en entidades bancarias (como en este caso ocurre con los demandantes), tienen la consideración de consumidores o usuarios con arreglo al art. 3 de la LDCU, frente a esas entidades bancarias, que no hay duda de que son empresarios, a los efectos previstos en esa norma. Por supuesto, el cumplimiento de esa obligación de información clara, veraz y detallada, ha de ser acreditado por la entidad bancaria que es quien tiene los medios a su alcance para hacerlo; al cliente le sería prácticamente imposible acreditar un hecho negativo como es la falta de información suficiente y veraz (principio de la facilidad y disponibilidad probatoria del art. 217.7 de la LEC).

No hay duda de que la LDCU es aplicable al tipo de operaciones o negocios de los que en este proceso se discute; tal como señala el art. 91 de la propia LDCU, la inaplicabilidad de esa Ley se refiere únicamente a normas sobre carácter abusivo de cláusulas relativas a *la modificación unilateral de los contratos, a la resolución anticipada de los contratos de duración indefinida y al incremento del precio de bienes y servicios (sic)*. En todo lo demás, evidentemente, es de plena aplicación esta LDCU; sólo faltaría que los bancos y entidades financieras pudiesen operar al margen de la normativa sobre protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios. Es decir, en todo lo relativo a la formación del contrato, la información al particular, la claridad en las cláusulas, la transparencia en la negociación, etc., hay que tener en cuenta las normas de protección de consumidores y usuarios.

En el ámbito concreto de los servicios financieros, la Ley del Mercado de Valores (LMV), ya en su redacción vigente hasta el 21 de diciembre de 2007 (aquí las partes han admitido que la orden de valores data del 14 de diciembre de 2007, que es la fecha que consta en la misma) preveía en su art. 79.1 que *las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el Mercado de Valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, deberán atenerse a los siguientes principios y requisitos: a) Comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado [...] e) Asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados (sic)*. El actual art. 79.1 de la misma LMV, que por tener



un carácter meramente interpretativo o explicativo respecto a la legislación anterior, debe entenderse de aplicación retroactiva, señala que *las entidades que presten servicios de inversión deberán comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios (sic)*. El siguiente art. 79 bis dispone, en sus 4 primeros apartados, que *las entidades que presten servicios de inversión deberán mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes. Toda información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario, deberá ser imparcial, clara y no engañosa [...] A los clientes, incluidos los clientes potenciales, se les proporcionará, de manera comprensible, información adecuada sobre [...] los gastos y costes asociados de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa [...] La información referente a los instrumentos financieros y a las estrategias de inversión deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias. En el caso de valores distintos de acciones emitidos por una entidad de crédito, la información que se entregue a los inversores deberá incluir información adicional para destacar al inversor las diferencias de estos productos y los depósitos bancarios ordinarios en términos de rentabilidad, riesgo y liquidez [...] El cliente deberá recibir de la entidad informes adecuados sobre el servicio prestado (sic)*.

El Real Decreto 629/1993, sobre Normas de Actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios, señalaba en su art. 4.1 que *las entidades solicitarán de sus clientes la información necesaria para su correcta identificación, así como información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión cuando esta última sea relevante para los servicios que se vayan a proveer (sic)*. El siguiente art. 5, en sus diversos apartados, exigía a las entidades que ofrezcan y suministren a los clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos (sic); también precisa que la información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata (sic). Este Real Decreto fue derogado y sustituido por el Real Decreto 217/2008, sobre el Régimen Jurídico de las Empresas de Servicios de Inversión y de las Demás Entidades que Prestan Servicios de Inversión, el cual, entre otras normas relevantes sobre información a los clientes, dispone en su art. 64 que las entidades los informarán de los riesgos inherentes a los instrumentos financieros; detalla después que esa información sobre los riesgos ha de incluirse: a) *Los riesgos conexos a ese tipo de instrumento financiero, incluida una explicación del apalancamiento y de sus efectos, y el riesgo de pérdida total de la inversión; b) La volatilidad del precio de ese tipo de instrumento financiero y cualquier limitación del mercado, o mercados, en que pueda negociarse (sic)*.



Este Real Decreto 217/2008 fue dictado tras la promulgación de la Ley 47/2007, que modificó la LMV, y que supuso la trasposición a nuestro ordenamiento jurídico de las previsiones de la Directiva 2004/39/CE, conocida generalmente como Directiva MIFID. Esta Ley, siguiendo el mandato del legislador comunitario, introdujo la necesidad de que las entidades financieras realizasen un test de conveniencia a sus clientes antes de ofrecerles productos o instrumentos de inversión; se suele hablar así de test MIFID, cuestionario MIFID, documentos MIFID, o normativa MIFID.

En resumidas cuentas, lo que queda muy claro es que las entidades financieras tienen obligaciones claras y estrictas de informarse adecuadamente de los conocimientos financieros de sus clientes antes de ofertarle productos de inversión, y también de informarlos de manera conveniente acerca de la naturaleza, riesgos, condiciones económicas y demás características de los instrumentos que les ofertan. Para que esa información sea válida y eficaz ha de ser veraz, clara, precisa y sencilla de comprender, atendiendo a las circunstancias de cada cliente; ello quiere decir que no toda información, y por extensión, no todo instrumento, se puede facilitar a cualquier cliente, pues hay que asegurarse en cada caso si la persona con la que se trata tiene los conocimientos o capacidad de comprensión suficientes para entenderlo. Esta necesidad de informarse sobre los conocimientos y experiencia financiera de los clientes no sólo surge cuando es el banco el que oferta sus productos al cliente, sino también cuando es el cliente el que toma la iniciativa y solicita al banco la contratación de un determinado producto financiero; así se deduce, como no puede ser de otro modo, del ya mentado art. 79.1.e) de la LMV que exige la obtención de esa información cuando la entidad actúa *tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores* (sic). Es decir, las obligaciones de la entidad son las mismas en cualquier caso, por lo que aquí, aunque hubiesen sido los demandantes los que acudiesen al banco a pedir participaciones preferentes, cosa que no está probada, por cierto, el personal de éste tendría que haber recabado información sobre su preparación igualmente. De no ser así esto, entraríamos en una situación completamente ilógica, y al banco le bastaría con mencionar que su cliente tomó la iniciativa solicitando una inversión financiera para exonerarse de responsabilidad en todo caso por no cumplir con las obligaciones legales de información; ello, porque al cliente le es casi imposible probar un hecho negativo como lo es que no tomó la iniciativa en la negociación y así el banco estaría libre de responsabilidad aunque le hubiese colocado el producto más infeccioso a un niño de 7 años, a un oligofrénico o a un extranjero que no hablase nuestro idioma.

Esto que acabamos de describir no es una exigencia caprichosa y que surja de una voluntad repentina y no reflexionada de los distintos legisladores, sino que su necesidad viene de la experiencia práctica; los productos e instrumentos donde los ciudadanos pueden colocar sus ahorros o invertir su capital, son cada vez más complejos y participan en un mercado cada día más globalizado e interdependiente. Aparte de ello, resulta también de lo expuesto que las entidades bancarias tienen la obligación de velar por los intereses de sus clientes, cuidando de ellos como si fuesen propios; el incumplimiento de esta obligación supone, por tanto, una actuación contraria a la ley.



QUINTO.- En el caso que nos ocupa es evidente la nulidad de pleno derecho de la operación de suscripción de valores impugnada. Podemos llegar a esta conclusión toda vez que en la realización de esa operación, que dio lugar a la adquisición de la participación preferente discutida, se han producido unas graves infracciones de normas imperativas, con las consecuencias que eso conlleva (ver los arts. 6.3 del Código Civil, CC, y 10 de la LDCU). Esto, además, deja en evidencia a Banco Santander cuando en su contestación a la demanda se atreve a decir que las pretensiones anulatorias de los actores se deben únicamente a que éstos vieron frustradas sus expectativas de negocio con la adquisición de la participación preferente.

En este caso, tratándose de la suscripción de instrumentos financieros de especial complejidad y elevado riesgo, como hemos señalado más arriba, lo cierto es que Banco Santander, que es quien tiene a su alcance los medios para hacerlo, no ha acreditado que se hubiese informado a los actores acerca de sus características, de una manera que alguno de ellos pudiese entenderlo. Las pruebas que se han intentado hacer valer al respecto, todas documentales, son simplemente irrelevantes. Así: A) En primer lugar, la orden de valores (cuya copia aporta la parte demandante como documento nº 10, y cuya autenticidad no ha sido discutida) sólo contiene tres datos relevantes, como son el nombre de los actores, la cantidad que invierten y la fecha; sin embargo, no designa el producto que contratan, por lo que podría tratarse de la preferente discutida o de otro distinto, y tampoco contiene la más mínima información sobre las preferentes de Sos Cuétara, y en especial sobre datos esenciales como los rendimientos que arrojaban a favor del tenedor, su fecha de vencimiento (si existía), o los derechos políticos que otorgaban al tenedor en la entidad. Aunque puede ser cierto, como sostiene Banco Santander, que no es preceptivo que una orden de valores contenga toda la información sobre el producto que a través de ella se suscribe, es indudable que debe contener al menos su identificación, para que el ordenante sepa qué está adquiriendo, cosa que aquí no ocurre; además, cuando no existe ningún otro documento o información de la entidad bancaria al cliente suscriptor sobre el producto que contrata, como ocurrió aquí según veremos de inmediato, también es indudable que, para cumplir con sus obligaciones legales, dicha entidad ha de hacer constar esa información en la orden de suscripción o en un documento anejo. B) En segundo lugar, el denominado "Anexo 2" (cuya copia figura como documento nº 11 de la demanda) no tiene fecha, por lo que, aunque parece firmado por el actor, no sabemos de cuándo data y bien podría haber sido elaborado en un momento distinto del de la suscripción de la participación preferente, como se sostiene en la demanda, ello, por no hablar de su total irrelevancia, pues un mero documento de unas cuantas líneas, prerredactado, sin mayor información ni explicaciones, no puede dar lugar a una inversión de la responsabilidad en un ámbito tan especializado y complejo como es el de los mercados financieros. C) En tercer lugar, el documento denominado "Resumen. Grupo SOS" (documento nº 21 de la demanda y nº 1 de la contestación), que el demandado asegura que se le explicó y entregó a los demandantes, también carece de fecha y en sus 10 páginas no contiene ni una sola firma, por lo que no podemos considerar acreditado que hubiese sido siquiera mostrado a los demandantes; de todos modos aunque este documento hubiese sido entregado a los actores y debidamente explicado, la información que contiene es netamente insuficiente y ejemplo de ello es que no menciona el rendimiento concreto de los valores, no detalla los casos en que el suscriptor no tiene derecho a



percibir ese rendimiento e incluso reserva para el garante de la emisión de los títulos (otra empresa del Grupo SOS) unos privilegios en caso de liquidación de la emisión, pero no concreta cuales; en estos tres casos lo que hace el documento es remitirse a diversos puntos de otro documento denominado "Nota de Valores (ver paginas 2, 4 y 5), que aportó la parte demandante como documento nº 20 pero del que ni siquiera el demandado menciona que hubiese sido entregado y explicado a esa parte antes de la suscripción de la preferente.

A mayores de lo que acabamos de exponer, resulta que no ha comparecido en el proceso ningún testigo, particularmente empleados o ex empleados del banco que hubiesen tratado la operación impugnada con los actores, que pudiera ilustrarnos acerca de cómo fue el procedimiento de contratación y de qué tipo de información verbal o escrita fue proporcionada a esas personas. Evidentemente, por ser el hecho de la información y explicaciones adecuadas algo alegado por Banco Santander, y por ser la prueba del mismo esencialmente sencilla para esta entidad, su falta sólo a ella le puede perjudicar.

De todo lo anterior se deduce, cuanto menos, que la entidad demandada, a través de sus empleados, provocó que los demandantes acabasen colocando su dinero en un producto respecto del cual no tenían conocimientos, y ello sin haber siquiera aceptado propiamente la operación, pues la única orden de compra de valores que consta firmada no identifica el instrumento a cuya adquisición se dirige. Esto implica, una verdadera inexistencia de consentimiento por parte de los demandantes, la cual supone la nulidad radical de la operación discutida por falta de un elemento esencial (ver art. 1261.1º del CC). No obstante, las conductas descritas implican además claras infracciones del art. 79.1.a) de la LMV, en la redacción vigente en la época de la contratación, que obligaba a las entidades que prestan servicios de inversión *comportarse con diligencia y **transparencia** en interés de sus clientes* (sic). Asimismo, se vulneró la obligación impuesta por el art. 60.1 de la LDCU, cuando exige que la información dada a los consumidores sea *relevante, **veraz** y **suficiente** sobre las características esenciales del contrato* (sic).

No obstante lo anterior, aún restan por mencionar una serie de circunstancias que ponen de manifiesto que el demandado cometió otras graves ilegalidades en el procedimiento de suscripción. En primer lugar, ha incurrido Banco Santander en la infracción de una obligación legal previa a la contratación que venía ya exigida imperativamente por el art. 79.1.e) de la LMV, en la redacción anterior a la Ley 47/2007, cual es la de recabar toda la información necesaria acerca de los conocimientos financieros de sus clientes, antes de recomendarles o proponerles invertir su dinero en algún activo financiero. Aquí Banco Santander no efectuó indagación de ningún tipo al respecto, y así, no ha sido capaz de aportar ningún documento donde conste la recopilación de esa información sobre los actores, ni tampoco ningún testigo que lo explique. Como afirma la defensa del banco, puede que antes de la entrada en vigor de la mencionada Ley 47/2007 las entidades financieras no tuviesen obligación de presentar cuestionarios tipo sobre conocimientos financieros a sus clientes, pero no hay duda de que ya tenían la obligación imperativa de informarse sobre esos conocimientos, de la manera que fuese. Probablemente en este caso, de haberse efectuado esta investigación sobre el perfil inversor de los actores, nunca se les podría haber



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

llegado a sugerir la colocación de sus ahorros en las preferentes de SOS Cuétara, por lo que la operación aquí discutida nunca habría tenido lugar.

Por otro lado, Banco Santander, al tiempo de la realización de la operación de suscripción denunciada también infringió el art. 79.1, letras b) y h), de la LMV, que se refiere a los conflictos de intereses entre las entidades financieras y sus clientes. El conflicto de intereses era manifiesto, puesto que en el momento de la suscripción de preferentes que aquí nos ocupa, en diciembre de 2007, ese banco era accionista del Grupo SOS, aunque al parecer no de la sociedad que emitió las preferentes, pero sí de la que tenía el 100% de las acciones de esa sociedad; en cualquier caso, como importante accionista de la sociedad propietaria de la que emitía las preferentes y se beneficiaba de ellas, Banco Santander tenía claros intereses en que las preferentes fuesen compradas y vendidas, circularan y/o tuviesen liquidez en los mercados, pues ello beneficiaba a la sociedad de la que era accionista y también, indirectamente, al propio banco. En otro sentido, el banco también tenía interés en que la inversión en las preferentes se realizase, pues ello le reportaba sustanciosas comisiones. Así las cosas, estaban presentes los intereses económicos de la entidad, para cuya satisfacción era necesario arriesgar los ahorros de sus clientes (mediante su inversión en unos productos complejos como son las preferentes), de manera tal que tanto más dinero ganaba dicha entidad cuanto más en riesgo pusiese los ahorros de los demandantes. Este conflicto o contraposición de intereses tendría que haber sido pormenorizadamente explicado antes de permitir que dichos demandantes llegasen a colocar su dinero en los títulos discutidos (art. 79.1.e) de la LMV de 2007), y en todo caso, ante el conflicto existente, Banco Santander tenía que haber priorizado los intereses de los demandantes sobre los suyos propios (art. 79.1.h) de la LMV de 2007). Son obligaciones que, claramente, el banco no cumplió, pero que si llega a haber cumplido hubiesen dado lugar a que la operación discutida nunca se hubiese llegado a realizar; primero porque, con toda probabilidad, a la vista del evidente conflicto de interés, los actores no la habrían admitido, y segundo, sobre todo, porque si el banco hubiese priorizado los intereses de los clientes, como estaba obligado, la operación no habría sido siquiera sugerida.

Todas estas infracciones de normas imperativas por parte del banco demandado, tienen que determinar la nulidad de pleno derecho de las operaciones o negocios en que las conductas infractoras se tradujeron (ver art. 6.3 del CC, y art. 10 de la LDCU). Como ya adelantamos, de haber observado el demandado todas sus obligaciones legales, la operación de inversión aquí denunciada nunca se habría llegado a producir. Como no puede ser de otra manera, esta nulidad absoluta o de pleno derecho de la operación de adquisición de preferentes no es susceptible de entenderse confirmada por ninguna actuación posterior (ver arts. 1309 y 1310 del CC), y además se contagia y traslada a todas las operaciones posteriores que de ella derivaron, como las de cobro de comisiones por depósito de los títulos.

SEXTO.- De acuerdo con lo dispuesto en el art. 1303 del CC, una vez que se declara la nulidad de una obligación o contrato que haya implicado la entrega de cantidades de dinero, los contratantes han de restituirse recíprocamente las cantidades percibidas, con los



intereses; estos intereses son necesariamente los legales, entendiéndose por tales el denominado interés legal del dinero. Por supuesto, la nulidad determina también que el demandado se haga cargo de la participación preferente indebidamente suscrita a nombre de los demandantes, cualquiera que sea el estado en que se encuentre esa clase de valores, el precio de cotización que ahora tengan o las transformaciones que hayan experimentado, cuestiones que no son imputables a los actores, pues derivan de un acto nulo de pleno derecho y en nada pueden perjudicarles, de modo que su obligación de restitución en este punto se limita a dejar de aparecer como titulares de ese instrumento.

Así las cosas, y para concretar, Banco Santander ha de devolver a los actores el importe de **50.187,80 euros**, que es la cantidad desembolsada en su día para la contratación de las preferentes (ver al respecto el propio extracto de operaciones aportado por el demandado como documento nº 2), más los **92,26 euros** que los demandantes acreditan que el banco les cobró en comisiones (ver documento nº 33 de la demanda, aunque con toda seguridad hubo más comisiones por el mismo concepto). Estas cantidades devengarán el interés legal desde la fecha de cada desembolso, lo que implica que: a) 50.187,80 euros lo harán desde el 27 de diciembre de 2007 (fecha que aparece en el extracto mencionado, y que no ha sido discutida); b) 46,51 euros desde el 31 de diciembre de 2013; y c) 45,75 euros desde el 30 de junio de 2014.

Respecto a los demandantes, tienen que restituir a Banco Santander las cantidades que, derivadas de las preferentes, han venido percibiendo a lo largo del tiempo en concepto de rendimientos; se trata de un total de **4.989,85 euros**, según resulta de los documentos obrantes en la causa (de cuya corrección y veracidad no hay motivo alguno para dudar), junto con el interés legal, computado desde la data de cada abono. Habría que computar los rendimientos brutos abonados, y no sólo los netos, ya que el rédito que el cliente de las preferentes percibe es la cantidad bruta que la entidad bancaria entrega, sin perjuicio de que parte del mismo sea retenido a efectos del IRPF, no obstante, aquí el demandado sólo ha acreditado el importe neto, por lo que solamente ese podemos conceder. Con arreglo a estas pautas, ese interés legal a favor de Banco Santander será devengado: a) por 761,48 euros desde el 20 de marzo de 2008; b) por 746,66 euros desde el 20 de junio de 2008; c) por 778,82 euros desde el 22 de septiembre de 2008; d) por 773,35 euros desde el 20 de diciembre de 2008; e) por 574,25 euros desde el 20 de marzo de 2009; f) por 427,73 euros desde el 22 de junio de 2009; g) por 646,19 euros desde el 17 de abril de 2013; y h) por 281,37 euros desde el 20 de junio de 2014.

SÉPTIMO.- Conforme al art. 394.1 de la LEC, *en los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.* En este proceso tiene lugar la estimación de las pretensiones de los demandantes, sin que concurra ninguna de las dudas a que se refiere la norma, por lo que procede la condena en costas de la entidad demandada.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente aplicación.



FALLO

Se ESTIMA la demanda interpuesta por D^a. Felicita y D. Francisco frente a Banco Santander, S.A., y se DECLARA LA NULIDAD ABSOLUTA de todas las operaciones de suscripción en virtud de las cuales les fue adjudicada una de las denominadas "PARTICIPACIONES SOS CUETARA", nulidad que se extiende a todas las operaciones posteriores que derivaron, como las de cobro de comisiones por el depósito de ese valor. Como consecuencia de esta declaración, Banco Santander, S.A., ha de restituir a los actores la cantidad de **50.280,06 EUROS**, mientras que éstos dejarán de aparecer como titulares de los valores suscritos o de los que los hayan podido sustituir, en favor de dicha entidad y además deberán de restituirle **4.989,85 EUROS** percibidos en concepto de rendimientos de ese valor. Las cantidades a restituir generarán el interés legal del modo establecido en el Fundamento Jurídico Sexto.

Se CONDENAN a Banco Santander, S.A., al pago de las costas procesales.

Esta Resolución no es firme y contra la misma cabe interponer recurso de apelación en el plazo de **20 DÍAS**, por escrito y expresando los motivos por los que se recurre, ante la Ilma. Audiencia Provincial de Ourense. De acuerdo con la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, las partes, para poder presentar el recurso tendrán que consignar la cantidad de **50 EUROS** en la cuenta de este Juzgado, abierta en Santander, n^o **ES55 0049 3569 92 0005001274**, indicando en el concepto el n^o de referencia **3215 0000 04 0384 14**. Están exentos de esta obligación los titulares del derecho a la justicia gratuita.

Notifíquese esta Sentencia a las partes, llévase al Libro de su clase y déjese testimonio suficiente en los autos.

Así por esta mi Sentencia la pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia ha sido leída por el Sr. Juez que la dictó en el día de la fecha, hallándose celebrando audiencia pública. Doy fe.

DILIGENCIA.- La anterior sentencia ha quedado depositada en la secretaria de mi cargo una vez leída y publicada. DOY FE

O Carballiño, 11 de mayo de 2015.

EL SECRETARIO JUDICIAL