

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 5 DE
VITORIA-GASTEIZ
GASTEIZKO LEHEN AUZIALDIKO 5 ZK.KO
EPAITEGIA
AVENIDA GASTEIZ 18 3ª Planta - C.P. (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) /PK: 01008
TEL.: 945-004875
FAX: 945-004927
N.I.G. P.V. / IZO EAE (RCL 1983, 381) : 01.02.2-12/015464
N.I.G. CGPJ / IZO BJKN :01.059.42.1-2012/0015464
Pro.ordinario L2 / Proz.arrunta 2L 1810/2012 - L
Demandante / Demandatzailea: Florencio
Procurador / Prokuradorea: SEBASTIAN IZQUIERDO ARRONIZ
Demandado / Demandatua: CAJA LABORAL POPULAR COOP. DE CREDITO
Procurador / Prokuradorea: MARIA LECETA BILBAO

SENTENCIA Nº 72/2013
JUEZ QUE LA DICTA: D/Dª JOSE LUIS NUÑEZ CORRAL
Lugar: VITORIA-GASTEIZ
Fecha: veintiséis de marzo de dos mil trece

El Sr. D. JOSE LUIS NUÑEZ CORRAL, Magistrado Juez de Primera Instancia número 5 de Vitoria, vistos los presentes autos de juicio ordinario seguidos a instancia de Florencio , actuando en nombre de sus hijos, Lucas y Manuel , representado por el Procurador de los Tribunales, Sr. Izquierdo, y asistido de la letrado, Sra. González, contra Caja Laboral Popular, Coop de Crédito, representada por la Procuradora de los Tribunales, Sra. Leceta, y asistida del letrado, Sr. Illarramendi. Objeto; acción de nulidad de pleno derecho, y reclamación de cantidad.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: La representación procesal de la parte actora interpuso demanda de juicio ordinario alegando los hechos en que se basa con los correspondientes fundamentos de derecho que ha tenido por conveniente, suplicando se dicte sentencia por la que estimándose la demanda decreta lo interesado en el suplico de la demanda.

SEGUNDO: Presentada la demanda junto con los documentos que le acompañan y tras el correspondiente reparto, recae en este juzgado bajo número de autos 1810/12. Se celebra el juicio. Ratificándose la parte actora en su escrito de demanda. La demandada formula oposición a la misma. Practicada la prueba se dejan los autos vistos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Se plantea en la presente litis una acción de nulidad de pleno derecho y reclamación de cantidad. Funda la parte actora su acción en los siguientes razonamientos y según su escrito de demanda.

Parte actora y demandada han suscrito un contrato de depósito y administración de valores. El actor creyó suscribir un aportaciones financieras subordinadas de Eroski y que podía retirar dichas cantidades una vez transcurridos cinco años desde su contratación. La cantidad depositada es la que es objeto de reclamación. Solicita, en fin, se estime la demanda. Con imposición de costas a la parte demandada.

La parte demandada contesta a la demanda oponiéndose. Niega los hechos que se le imputan, que la parte actora sabía lo que suscribía y los efectos del contrato. La comercialización fue correcta y la operación fue simple. Solicita, en fin, se desestime la demanda. Con imposición de costas a la parte actora.

SEGUNDO

Es obvio y evidente que existen posturas contrapuestas entre demandantes y demandado en orden a la forma de su causación, así las cosas, rige en materia de distribución de la carga de la prueba-el Principio del "Onus Probandi", ahora consagrado en los números 2 y 3 del [artículo 217](#) de la vigente [Ley de Enjuiciamiento Civil \(RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892\)](#) , conforme a los cuales corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la Demanda y de la Reconvención, e incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior; Todo lo cual significa que corresponde a la parte actora (y a la reconviniente) acreditar los hechos constitutivos del derecho cuyo reconocimiento y protección invoca y, a la parte demandada (y a la reconvenida), los impeditivos o extintivos del mismo.

La demanda debe ser estimada, atendido el resultado de la prueba practicada.

En efecto, queda probado lo siguiente: El 29 de junio de 2007, la parte actora, obrero de Michelin y sin mayor cualificación profesional, en nombre y representación de sus pequeños hijos, suscribe un contrato de depósito y administración de valores, folios 67 y ss de las actuaciones. El mismo día suscribe una orden de valores para aportaciones de Eroski. En el clausulado se cita "el solicitante reconoce que ha tenido a su disposición el folleto y que se le ha entregado el resumen de la emisión de aportaciones financieras subordinadas Eroski y que acepta los términos de la emisión contenida en la nota de

valores y resumidos en el resumen de dicho folleto. En el folleto publicitario propio de Eroski se detallan, entre otras circunstancias,

1. Que las aportaciones Eroski tienen la consideración de financiación subordinada.
2. El vencimiento no tendrá lugar hasta la liquidación de la sociedad. Sin embargo, Eroski podría amortizar anticipadamente, de forma total o parcial, la emisión después del quinto año de la fecha de desembolso
3. Se describe la rentabilidad del producto, que no es puesta en solfa por la parte actora.

Formulada reclamación por el actor a la entidad financiera se manifiesta por esta como "si un inversor deseaba vender sus participaciones debía de dar la orden de venta y tenía que esperar a que hubiera compras para que se ejecutase la venta. Actualmente había un estrangulamiento del mercado dado que había muchas ordenes de venta y pocas de compra, por lo que costaba vender mucho tiempo las participaciones. Señala que se procederá a ejecutar las ventas en la medida que haya demanda".

En cuanto a la posición e intervención de las partes en la litis. En cuanto a la naturaleza jurídica del actor. Conforme la normativa de consumidores y usuarios el actor ostenta la condición de consumidor o usuario lo que es fundamental a efectos de prueba por lo que deberá probar los hechos y alegaciones que formula, ex art 217 de la [Lecv \(RCL 2000, 34, 962\)](#) , la parte demandada, produciéndose, por tanto, inversión en la carga de la prueba. El actor es un obrero de Michelin, sin mayor cualificación académica o profesional. Era titular de acciones y letras del tesoro, lo que quiere decir que no era un experto financiero o persona avezada en el control y manejo de los mercados financieros.

En cuanto a la entidad financiera. En cuanto a la naturaleza jurídica de la intervención de la demandada en la operación bancaria. La demandada adopta la condición de comisionista de Eroski. Nos encontramos ante una actuación por parte de Caja Laboral de mediación, que es un contrato, pacto o actuación innominado, atípico o "sui generis", "facio ut des", pero de carácter principal, consensual y bilateral (SSTS. de 3 de mayo de 1950 , 27 de diciembre de 1972 y [4 de julio de 1994 \(RJ 1994, 6427\)](#) , entre otras), y que puede definirse como aquel contrato especial por virtud del cual una de las partes (mediador) se obliga, a cambio de una remuneración, a promover o facilitar la celebración de un determinado contrato entre la otra parte y un tercero, o a servirle de intermediario en esa conclusión que ha de buscar al efecto (STS. de 5 de marzo de 1973); contrato, pues, que se presenta revestido de atipicidad, pero dotado de propio contenido sustantivo, generándose al amparo de la libertad de contratación que autorizan los [artículos 1.091 y 1.255 del Código Civil \(LEG 1889, 27 \)](#) y predominando en el mismo la función de gestión mediadora, por lo que reviste de naturaleza de pacto de encargo, al intentar el agente, en su condición de intermediario, para que por sus relaciones en el

mercado financiero oferte a la venta determinados productos a sus clientes aportándose los datos de los mismos y un precio inicial, y en el que el agente, salvo apoderamiento y representación expresa, interviene directamente, cual es el caso que nos ocupa, en la conclusión de la adquisición de las participaciones preferentes, habiendo de regirse este contrato por las normas generales de los contratos contenidas en los artículos 1.254 y siguientes del Código Civil y por la aplicación analógica de las especiales de los tipos contractuales afines, como el mandato, el arrendamiento de servicios y la comisión mercantil, en especial este último.

Relación y naturaleza jurídica entre el actor y la demandada. Del resultado de la prueba practicada se desprende como no solo nos encontramos ante un contrato de depósito y administración de valores. También se debe incluir en la mención un contrato o pacto verbal de asesoramiento en virtud del cual la parte actora adquiere el producto financiero. Es obvio y evidente que la parte actora recibe oferta y asesoramiento del comercial bancario y suscribe el contrato que se acompaña con la demanda como documento número 2. Asesoramiento, y no solo depósito y administración, que se refleja en la cláusula 2 y 7. "como servicio, "con carácter enunciativo que no limitativo", que realizará en nombre y por cuenta del mismo los actos que sean necesarios para que los títulos depositados y/o administrados conserven los derechos que le corresponden. El titular admitirá, en caso de falta de respuesta, la decisión que adopte Caja Laboral conforme a los usos bancarios". Así, consta documentalmente que ambos contratos fueron firmados el mismo día, depósito y participaciones preferentes. De igual modo, ambos contratos estaban interrelacionados hasta el punto de que la suscripción del contrato de depósito y administración de valores resultaba imprescindible para la posterior suscripción de las participaciones preferentes, operando como marco de actuación para las mismas. Por tal razón, resulta razonable entender que el vicio del consentimiento que el cliente padeció en la suscripción de participaciones preferentes también estaba presente cuando realizó el contrato de depósito y administración de valores, al desconocer la verdadera esencia y finalidad del mismo y pensar que lo suscrito era un documento más de los necesarios para la apertura de un depósito a plazo fijo, tal y como señalaré posteriormente.

Item más, la [STS de 18 de septiembre de 2006 \(RJ 2006, 6362\)](#) , señala que los contratos son lo que son y la calificación no depende de las denominaciones que le hayan dado los contratantes, pues para la calificación, que constituye una labor insertada dentro de la interpretación, habrá de estarse al contenido real, es decir, que habrá de realizarse de conformidad con el contenido obligacional convenido y el protagonismo que las partes adquieren con prevalencia de la intención de las mismas sobre el sentido gramatical de las palabras, al tener carácter relevante el verdadero fin jurídico que los contratantes pretendían alcanzar con el contrato; y, en este mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 2006 , recuerda que "La literalidad de los contratos no se imponen de manera absoluta cuando los términos de la relación no se presentan con la

suficiente precisión y claridad, y resultan disconformes con la voluntad de los contratantes, pues ha de estarse a cual fue la verdadera intención contractual, no dependiendo la naturaleza con los negocios jurídicos de la denominación que les hayan atribuido las partes, y es el contenido real del contrato el que determina su calificación, en correlación a las declaraciones de voluntad que lo conforman". Por lo demás, el alcance de esta labor calificadora no se puede minimizar, pues de dicha calificación depende, en definitiva, la determinación de las distintas obligaciones asumidas por las partes, lo que resulta imprescindible para poder pronunciarse sobre si se han producido o no los incumplimientos contractuales que recíprocamente se imputan las partes y fundamentan sus respectivas pretensiones, y, en su caso, sobre sus efectos. Por tanto, lo que real y efectivamente pactan y estipulan las partes contratantes es un contrato de depósito, administración y asesoramiento de productos financieros. Del resultado de la prueba practicada se desprende como es la propia demandada a través de su gestor la que ofrece los productos financieros y asesora, como no puede ser menos al actor. Dicha actuación es de asesoramiento, que no pura recomendación comercial. Así el gestor le explica y asesora sobre la rentabilidad, los pros y contras de la operación, que ocurriría si Eroski quebrara, etc. El gestor sigue el protocolo de la entidad financiera en cuanto a las explicaciones que debe dar. Fruto de la convicción y persuasión del gestor bancario las partes contratantes suscriben los contratos referidos anteriormente. Es obvio que si el gestor no hubiera dado ese asesoramiento el actor no hubiera suscrito la operación objeto de enjuiciamiento. Y es que de la testifical practicada se desprende que el gestor bancario explico muy bien las bondades del producto, en especial la rentabilidad, pero no la losa del carácter perpetuo de la inversión ni en que consistía la posibilidad de amortización por Eroski de los títulos y que pasaría si Eroski no los amortizaba. Carga de la prueba que compete a la parte demandada, atendido el carácter de consumidor del actor, y que demuestra la información parcial, inveraz y sesgada del gestor bancario lo que genera, que duda cabe, un error invalidante en la prestación del consentimiento al actor.

En cuanto al producto que adquiere el actor. Con carácter previo corresponde analizar la naturaleza jurídica de las participaciones preferentes y normativa aplicable. Esta situación está reconocida en la exposición de motivos del [RDL 24/2012 \(RCL 2012, 1224\)](#) de reestructuración y resolución de entidades de crédito (BOE de 31 de agosto de 2012). El Banco de España las define como un instrumento financiero emitido por una sociedad que no otorga derechos políticos al inversor, ofrece una retribución fija (condicionada a la obtención de beneficios) y cuya duración es perpetua, aunque el emisor suele reservarse el derecho a amortizarlas a partir de los cinco años, previa autorización del supervisor (en el caso de las entidades de crédito, el Banco de España). Al hilo de la anterior definición se desprende que las participaciones preferentes son valores emitidos por alguna sociedad, a través de las cuales no confieren participación precisa en el capital ni tampoco derecho a voto. Por otra parte, estas participaciones tienen carácter perpetuo y su rentabilidad, generalmente, no está garantizada. De esta manera, se determinan como instrumentos de

riesgo elevado. Estamos frente a un producto híbrido entre la renta fija y variable, porque no es deuda exigible por carecer de vencimiento, pero tampoco se pueden considerar acciones dado que no otorgan derechos políticos. La Comisión Nacional del Mercado de Valores afirma que "se trata de un instrumento complejo y de riesgo elevado que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido". Su régimen o sistema de rentabilidad no es el de una deuda en sentido propio porque su devengo está legalmente supeditado a los resultados del emisor, e incluso su pago puede depender de la decisión del órgano de administración de éste. Su liquidez queda eliminada ipso facto ante situaciones que determinen la desactivación de su sistema de rentabilidad. Su seguridad (como posibilidad real de recuperación de la inversión) depende su nivel de liquidez bajo condiciones de normalidad y regularidad en el pago de su sistema de rentabilidad o en su caso de la existencia de remanente patrimonial suficiente para atender su pago una vez pagada la totalidad de los créditos de los acreedores del emisor.

El sector bancario es un sector caracterizado por la utilización generalizada de contratos de adhesión, con una condiciones generales unilateralmente redactadas por las entidades financieras, que han de ser aceptadas en bloque por el cliente si este quiere obtener el servicio solicitado, sin posibilidad de discusión, salvo, naturalmente, en los contratos celebrados por dichas entidades entre sí, o los contratos concertados con grandes empresas o corporaciones, dado el equilibrio en la posición de las partes. El profesor Garriges ya decía en su obra clásica "Contratos bancarios" que las condiciones generales crean un marco dibujado a gusto del banco y precisamente para conseguir descargar sobre el cliente todos los hechos que puedan originar daño o responsabilidad -condiciones generales oscuras y sorpresivas, decisiones unilaterales, instrumentos jurídicos privilegiados, desplazamientos de riesgos propios de la actividad empresarial, etc, y que traen como consecuencia una cierta cultura del "donde hay que firmar" del ciudadano que carece de conocimientos de derecho mercantil o matemática financiera. Así se desprende, al menos, del contrato de depósito de valores.

En cuanto a la cuestión objeto de enjuiciamiento. Es importante destacar, sin perjuicio de lo señalado anteriormente, que el derivado financiero suscrito por la parte actora lo fue de mutuo consenso y acuerdo con la demandada. Sin embargo, el producto le fue ofrecido, como a tantas otras personas, como la suegra del actor, por la propia entidad financiera. Queda probado como una vez explicado el producto el actor se fue convencido de las bondades del mismo y suscribe el producto escaso tiempo después, el actor confió en el gestor bancario. Queda probado como la parte actora recibe antes de la emisión del consentimiento una información sesgada por parte del gestor bancario de la demandada. Lo esencial y determinante es que el gestor no le asesoró ni le manifestó que el producto podía tener un carácter perpetuo, sí le asesoró sobre otros aspectos como rentabilidad, tiempo en que concluía la oferta, etc, elementos accidentales, que no nucleares. Por tanto, el actor tuvo oportunidad de conocer de la demandada las condiciones, intereses y demás

elementos que conforman la voluntad negociada de ambas partes contratantes y donde el actor emite su consentimiento y refleja su voluntad. Sin embargo, nada se le dice del carácter posiblemente perpetuo del producto y que dependía exclusivamente de Eroski amortizar la emisión. En absoluto se le describe o asesora en que consistía dicha amortización. Y es que se entregó por el comercial al actor un folleto explicativo con las características del producto. Ha quedado probado que el actor era prácticamente un novato y un alevín en la práctica bancaria, solo tenía acciones y letras del tesoro, lo típico del ciudadano medio. El actor era un humilde trabajador, que pensaba que contrataba un producto para sus pequeños hijos y por un plazo de cinco años, y trascurrido ese tiempo quería recuperar la inversión, que no olvidemos estaba destinada para sus pequeños.

Entiendo que concurre una cláusula poco clara, su redacción es confusa, incluso engañosa, en el folleto explicativo de la operación, "el vencimiento no tendrá lugar hasta la liquidación de la sociedad, Sin embargo, Eroski podría amortizar anticipadamente, de forma total o parcial, la emisión después del quinto año de la fecha del desembolso". Y es que examinada la cláusula para el profano, parece que lo que ha contratado el actor es un producto con un depósito a cinco años, confusión que por supuesto la entidad financiera nunca aclaró.

Interesa, dentro de lo planteado, la parte actora la nulidad del contrato por incurrir vicio en el consentimiento.

Debo señalar, siguiendo el código civil, y con carácter general, que el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o a prestar un servicio y se perfeccionan por el mero consentimiento, concurriendo el objeto y la causa, cualquiera que sea su forma como regla general y desde entonces tiene fuerza de ley entre las partes contratantes y obligan no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias, que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley, todo ello de acuerdo a las normas generales de las obligaciones y contratos, en especial los art. 1.088 , 1.091 , 1.254 , 1.258 , 1.261 , y 1.278 CC , sin que la validez y cumplimiento de los contratos pueda dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, y por otro lado, que en virtud del principio de libertad de pactos que establece el [art. 1.255](#) CC no existe en nuestro derecho un "numerus clausus" de contratos y de ahí que al lado de los nominados o típicos sean válidos también los innominados o atípicos, que a diferencia de aquellos, se regirán, en primer lugar por lo convenido por sus propias partes, y en su defecto, por las normas de los contratos nominados que le sean afines y, en último término, por los principios generales de las obligaciones o contratos.

A lo anterior debemos añadir que, como establece el 1.265 CC el consentimiento será nulo si se presta por error, violencia, intimidación o dolo, añadiendo el [art. 1.266](#) CC que para que el error invalide el consentimiento deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que

fuere objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo. La acción de nulidad basada en vicio del consentimiento por error en el objeto prestado por los contratantes en el momento de perfeccionarse el contrato, según reiterada jurisprudencia, para que pueda llegar a tener trascendencia anulatoria y provocar la nulidad del contrato queda condicionada a la concurrencia en el caso de determinados requisitos, que sea esencial e inexcusable; también que sea sustancial y derivado de actos desconocidos para el que se obliga; y que no se haya podido evitar con una regular diligencia.

Item más, en cuanto al error en el consentimiento. En cuanto al error contemplado en el [artículo 1266](#) del Código Civil y calificado en el artículo 1265 como vicio del consentimiento, abundante y constante jurisprudencia del Tribunal Supremo exige para apreciarla en el consentimiento contractual que exista por parte del contratante que la alega el desconocimiento de algún dato sustancial, determinante de la voluntad, de tal suerte que desvíe el objeto del contrato y que no hubiera podido salvarse con una diligencia normal al tiempo de prestar el consentimiento ([Sentencias del Tribunal Supremo 3-2-1986 \(RJ 1986, 409\)](#) y [21-5-1997 \(RJ 1997, 4235\)](#)), debiendo aplicarse un criterio restrictivo para su apreciación cuando de ello dependa la existencia del contrato, y así, dice la Sentencia de ese Tribunal de 18 de abril de 1978 , citando alguna de las anteriores, que para que el error invalide el contrato es indispensable:

- a) Que recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieren dado lugar a su celebración.
- b) Que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar.
- c) que no sea imputable a quien la padece.
- d) Que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado, requisitos éstos a los que la [Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1994 \(RJ 1994, 1096\)](#) añade el requisito de que ha de ser excusable, además de esencial, razonando "que este requisito no lo menciona el Código Civil expresamente y que se deduce de los requisitos de autorresponsabilidad y buena fe, éste último consagrado en el [artículo 7](#) del Código Civil pudiendo decirse que es inexcusable el error cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media a regular, apreciándose ésta valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso, incluso las personales, pues la función básica de este último requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente. Dichos requisitos no concurren en las presentes actuaciones.

Y es que siguiendo a la actual y recientísima jurisprudencia del TS en materia de derivados

financieros se debe estar al caso concreto no hacer una abstracción general, generalista y generalizada de la teoría del error y dolo para la obtención del consentimiento y posterior declaración del mismo.

En todo caso, entiendo que se deben conjugar los preceptos señalados anteriormente con el art 3.2 del [código civil \(LEG 1889, 27\)](#) y relativo a la interpretación de las normas. Así las cosas, el producto enjuiciado implicaba-conforme a la normativa vigente al tiempo de su contratación, 2007, el cumplimiento por la entidad financiera de una serie de obligaciones en materia de transparencia y diligencia, que de no cumplirse pueden, podrían, producir un consentimiento no informado y viciado por error, por lo que se hace necesario abordar cada caso concreto desde la particularidad de la relación contractual que se enjuicia y sus circunstancias concurrentes, a los efectos de determinar en cada situación examinada sus efectos jurídicos. Tal error en el consentimiento por el actor viene motivado por la actuación de la demandada.

El artículo 79 de la [Ley de Mercado de Valores \(RCL 1988, 1656 y RCL 1989, 1782\)](#) , en su redacción primitiva, y vigente a la hora de contratar el producto, establecía como regla cardinal del comportamiento de las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente, la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses del cliente como propios. El [Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo \(RCL 1993, 1560 \)](#) , concretó aún más la diligencia y transparencia exigidas, desarrollando, en su anexo, un código de conducta presidida por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que aquí interesa, adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la Inversión. Item más, dicho Real Decreto 629/93 de 3 de mayo sobre normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros obligatorios, en su artículo 16.2 dispone: "2. Las entidades deberán informar a sus clientes con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones. En este sentido, dispondrán y difundirán los folletos de emisión, informarán sobre la ejecución total o parcial de órdenes, fechas de conversión, canjes, pagos de cupón y, en general, de todo aquello que pueda ser de utilidad a los clientes en función de la relación contractual establecida y del tipo de servicio prestado.", y en artículo 5 del anexo de código general de conducta en los mercados de valores indica "Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus 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. 2. Las entidades deberán disponer de los sistemas de información necesarios y actualizados con la periodicidad adecuada para proveerse de toda la información relevante al objeto de proporcionarla a sus clientes. 3. 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. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos. 4. Toda información que las entidades, sus empleados o representantes faciliten a sus clientes debe representar la opinión de la entidad sobre el asunto de referencia y estar basada en criterios objetivos, sin hacer uso de información privilegiada. A estos efectos, conservarán de forma sistematizada los estudios o análisis sobre la base de los cuales se han realizado las recomendaciones. 5. Las entidades deberán informar a sus clientes con la máxima celeridad de todas las incidencias relativas a las operaciones contratadas por ellos, recabando de inmediato nuevas instrucciones en caso de ser necesario al interés del cliente. Sólo cuando por razones de rapidez ello no resulte posible, deberán proceder a tomar por sí mismas las medidas que, basadas en la prudencia, sean oportunas a los intereses de los clientes. 6. Deberán manifestarse a los clientes las vinculaciones económicas o de cualquier otro tipo que existan entre la entidad y otras entidades que puedan actuar de contrapartida."

Asimismo el [artículo 48.2](#) de la [Ley 26/1988 de 29 de julio](#) ([RCL 1988, 1656](#) y [RCL 1989, 1782](#)) de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito mencionaba que los contratos entre las entidades de crédito y su clientela se formalicen por escrito debiendo los mismos reflejar de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos por las partes contratantes y los derechos de las mismas ante las eventualidades propias de cada clase de operación.

En relación a la carga de la prueba sobre el correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, y sobre todo en el caso de productos de inversión complejos, como es el caso que nos ocupa, debe tenerse presente la [STS de 14 de noviembre de 2005](#) ([RJ 2005, 7628](#)) en la que se afirma que "la diligencia en el asesoramiento no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes" y en segundo lugar la carga probatoria acerca de tal extremo debe pesar sobre el profesional financiero, lo que resulta lógico desde la perspectiva de los clientes en tanto que para ellos se trataría de probar un hecho negativo como es probar la ausencia de dicha información.

Y es que la parte actora obtiene beneficios, las liquidaciones de intereses, es lo máximo a lo que el actor podía aspirar. Sin embargo, el problema acontece cuando el actor a los cinco años pretende extraer el depósito de casi 15000 euros y no puede.

En este punto es esencial aplicar la doctrina jurisprudencial sobre interpretación de los contratos y su aplicación analógica, perfectamente dable al folleto informativo que es lo que motiva al actor a suscribir el producto financiero. En consonancia con lo expuesto, en la interpretación de los contratos hay que acudir en primer lugar a la literalidad de las cláusulas del contrato ([art. 1.281.1](#) del Código Civil), y sólo en caso de discrepancia o

duda, debe acudirse a la intención de los contratantes (art. 1.281, párr. 2º del Código Civil) para cuyo conocimiento deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato ([art. 1.282](#) del Código Civil), radicando la finalidad de estos preceptos en evitar que se tergiverse lo que aparece claro a que se admita, sin aclarar, lo que se ofrezca oscuro, siendo factor decisivo de interpretación, en el primer supuesto, las palabras empleadas y en el segundo, la intención evidente de los contratantes ([STS, Sala 1, de 8 marzo 2000 \(RJ 2000, 1512\)](#)). Las cláusulas del folleto son las que son y no han sido impuestas por el actor. El actor nunca fue informado que "quedaba ligado con Eroski y la entidad financiera de forma perpetua y de por vida". Este juzgador se pregunta porqué la entidad financiera no le da la magnífica explicación sobre las "bondades" del producto financiero cuando el actor formula la reclamación. Tampoco el gestor acertó a indicar al actor que si Eroski quebraba el cliente sería de los últimos en cobrar, si es que cobraba.

De lo anteriormente expuesto resulta acreditado que existió efectivamente en la suscripción del contrato de adquisición de las participaciones preferentes subordinadas de Eroski un error invalidante del consentimiento sufrido por la parte actora, cuya génesis radica en la confianza que depositó en la entidad bancaria, a través de la información sesgada, inadecuada e incompleta que le fue facilitada, ya que en principio las características que le fueron expuestas cumplían la exigencia de garantía del capital, pero, en absoluto, se le indicó el carácter perpetuo del producto financiero contratado y que en caso de quiebra de Eroski serían los inversores los últimos en recuperar su capital. Nunca se le dijo al actor "tu inversión es para siempre o para toda la vida".

Es evidente la complejidad del contrato formalizado por las partes no solo por su funcionamiento sino porque el complejo conocimiento de su real alcance exige disponer de información precisa acerca de los mecanismos y evolución previsible de los mercados financieros y de la situación financiera de Eroski. El actor nunca tuvo acceso a la situación contable de dicha mercantil, ni consta la situación de la misma en el folleto lo que permitiría al actor ponderar su inversión.

En cuanto a la excusabilidad del error del representante legal de los menores. La función básica del requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece protección por su conducta negligente, por lo que se debe trasladar entonces la protección a la otra parte, que la merece, por la confianza infundida por la declaración del actor. El actor merece el amparo de este juzgador. Si se le hubiera dado la contundente información que da la entidad financiera al folio 206 el actor no se hubiera ligado a perpetuidad ni con Eroski ni con la demandada. El derivado financiero no es un producto especulativo. Las explicaciones del gestor inducen al actor a tomar una decisión equivocada.

Item summun, a mayor abundamiento, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia del [TS, sentencias de 4 de enero de 1982 \(RJ 1982, 179\)](#) , o de [13 de](#)

mayo 2009 (RJ 2009, 4742) , exigen tal cualidad, no mencionada en el artículo 1266, porque valora la conducta del ignorante o equivocado, negando protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida.

La normativa vigente al firmarse el contrato era el [RD de 3 de mayo de 1993 \(RCL 1993, 1560\)](#) que desarrollaba la ley del mercado de valores, art 5.3 , que establecía la obligación de informar a la clientela de forma clara, correcta, precisa y suficiente y entregada a tiempo para evitar su correcta interpretación y hacer hincapié en los riesgos. Así las cosas, entiendo que el derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básica para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad tanto es lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar los sujetos que intervienen en él (el cliente bancario), principalmente, a través tanto de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación exigible. El derecho de información del cliente se considera, pues, como la forma más importante de la libertad contractual. Reitero, la entidad financiera nunca le indicó ni le explico que podía, a través del derivado, casarse con Eroski y la entidad financiera de por vida, ya que por máximas de experiencia el producto tal y como está el mercado bancario, la economía nacional y el numero de personas afectada, miles, tiene un carácter perpetuo y donde no se podrán casar o cruzar operaciones ya que no hay tanta oferta como demanda. El riesgo que asume el actor, atendido el asesoramiento y recomendación del gestor bancario, ha resultado letal para sus intereses.

Del resultado de la prueba practicada se desprende como el error en el que el actor incurrió, motivado e inducido por la entidad financiera, supone una representación falsa sobre la adecuación del objeto a la finalidad contractual perseguida, las bases del negocio, las premisas del contrato, los propios aspectos que conjuntamente las partes asumían como los que habían conducido a la celebración del contrato. El actor obtuvo una nula información de la entidad financiera acerca de las características del producto que adquirió, sin que le mencionaran el carácter perpetuo y las peculiaridades de su transmisión. Circunstancia ésta que incrementó, sin duda alguna, la creencia por parte del cliente de que efectivamente el producto que tenía en sus manos era un depósito a plazo por cinco años, y donde transcurridos estos el actor podía recuperar la inversión.

Un hecho digno de destacar es que el folleto refiere a la ley de cooperativas de Euskadi, el gestor bancario nunca hizo referencia a tal legislación a la hora de ofrecer el producto.

En definitiva, del resultado de la prueba practicada se desprende como el cliente no recibió información precisa, veraz, imparcial y clara sobre los riesgos del producto, en especial

sobre la duración misma atendido el carácter oscuro e interpretativo del clausulado obrante en autos.

En definitiva, responsabilidad de la demandada es obvia y evidente.

TERCERO

En cuanto a la acción de nulidad. Interesa la parte actora la nulidad del contrato. Discute la parte demandada a que contrato se refiere. Debemos dar respuesta a dicha parte que serán los de la adquisición de las participaciones preferentes y el contrato de depósito ya que no se entiende el uno sin el otro, atendido el resultado de la prueba practicada y el suplico de la demanda.

Los efectos de la anulación de un contrato son los previstos en el [artículo 1.303 del Código civil \(LEG 1889, 27 \)](#) , según el cual "declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses". De este modo, declarada la nulidad de un contrato se trataría de reponer a las partes en el estado en que se encontraban en el momento anterior a la celebración del contrato como si éste no hubiera existido. Resultaría incompatible a la naturaleza de la nulidad declarar que el contrato no ha existido (por lo que las partes deben restituirse las prestaciones) y al mismo tiempo señalar que una de las partes ha incumplido las obligaciones dimanantes de ese contrato (lo que supondría que el contrato seguiría existiendo. Puesto que como dice las [STS 12 julio 2006 \(RJ 2006, 4511\)](#) , se pretende conseguir que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador.

En cuanto a la reclamación pecuniaria. *Iura novit curia*, en toda reclamación de daños y perjuicios, la jurisprudencia exige que el perjuicio indemnizable en virtud de dicha responsabilidad ha de ser real y efectivo, y su acreditación precisa y categórica, sin que sean suficientes las meras hipótesis, conjeturas o probabilidades vinculadas a supuestos de hecho posibles o inciertos, para lo que es imprescindible concretar su entidad real ([SSTS. 29 septiembre 1986 \(RJ 1986, 4922\)](#) , 1986 / y [26 marzo 1997 \(RJ 1997, 1864\)](#)). Por otro lado, la indemnización de daños y perjuicios, derivada tanto de la culpa contractual como de la extracontractual, supone el resarcimiento económico del menoscabo producido al perjudicado y, en consecuencia, la reparación tiene que ser en principio total, a fin de restablecer la situación patrimonial anterior a la causación del daño, de manera que el acreedor no sufra merma, pero tampoco enriquecimiento alguno, como consecuencia de la indemnización. Este carácter amplio que reviste la obligación de resarcimiento, en cuanto a la extensión del daño indemnizable, queda claramente reflejada en los [artículos 1.106 y 1.107](#) del Código Civil .

La correcta resolución de las cuestiones litigiosas pasa por recordar, ex art 1110 del código

civil, subsidiariamente 1902 de dicho texto legal , en primer término, que para la prosperabilidad de una pretensión resarcitoria por culpa se precisa la concurrencia de ciertos presupuestos básicos, debiéndose justificar, en este orden de ideas:

Primero, la existencia de una acción u omisión constitutiva de conducta ilícita, esto es, un obrar humano controlable por la voluntad y consciente y, en consecuencia, imputable subjetivamente al agente, el cual habrá de responder jurídicamente incluso de aquellos efectos de su actuación relacionados directamente con su intervención, e incluso de aquellos que no haya previsto ni aún querido, pero con los cuales, según la ordinaria previsión humana, debió contar, y que por lo mismo han de considerarse sometidos al imperio de su control y al señorío de su voluntad;

Segundo, la antijuridicidad de la referida conducta, en cuanto contraríe determinadas normas de comportamiento positivas o afecte a bienes o derechos ajenos protegidos, o porque representen una infracción contra el mandato general de diligencia arriesgando, en el mejor de los casos, lesionando efectivamente en el peor y desgraciadamente más frecuente, intereses jurídicamente reconocidos y tutelados;

Tercero, la culpa del agente, en la forma que será examinada en las siguientes consideraciones;

Cuarto, la existencia de un daño, menoscabo material o moral infligido contraviniendo una norma positiva en la esfera jurídica patrimonial o extrapatrimonial de alguna persona, susceptible de resarcimiento por su causante; y.

Quinto, la existencia de una relación causal en entre la conducta y el resultado lesivo o dañoso, esto es, de un enlace preciso y directo que individualiza al responsable y determina el contenido de la obligación indemnizatoria.

El mecanismo causal resulta acreditado. La falta de transparencia por parte de la entidad financiera a la hora de explicar el producto. El silencio sobre el carácter perpetuo de la inversión, ya que se oferta como producto de duración temporal, el carácter de deuda subordinada perpetua y es que reiterando lo expuesto en el otro cardinal se ha vendido un producto como un depósito seguro y de inmediata disponibilidad, extremo que no concurre con la realidad. Se ha ocultado el vocablo " perpetuidad" de la preferente y el significado del mismo a la hora de ofrecerse el producto.

Por otra parte, ha quedado probado de que se le informó al actor de que había un mercado de renta fija, donde poder vender las participaciones, pero nunca se le explicó que podía haber dificultades sobrevenidas para encontrar liquidez, ni los posibles riesgos de poder perder la inversión o dinero depositado. Nunca, nunca, se le informó al actor del levado riesgo que estaba contrayendo.

Y es que, ítem summun, estos productos deben ser considerados como financiación subordinada. Por otro lado, el desequilibrio en la esfera negocial para el actor es evidente, desequilibrio que silencia la parte demandada al no manifestarle y explicarle al actor que solo la cooperativa tiene la potestad de amortizar títulos a partir del quinto año, mientras que para el actor estos títulos son perpetuos.

Circunstancias las anteriores que justifican la estimación de la demanda de reclamación de cantidad y donde el actor debe recuperar la inversión fallida y que asciende a 14800 euros.

CUARTO

En cuanto a los intereses proceden los de los arts 1108 y ss del [código civil \(LEG 1889, 27\)](#) y 576 de la [Lecv \(RCL 2000, 34, 962\)](#) desde la fecha de presentación de la demanda.

En cuanto a las costas no procede su imposición a parte alguna al no existir cuando se presentó la demanda la línea jurisprudencial que el TS está consolidando desde el año 2012, ex art 394 de la Lecv, que en este caso no se podría imputar a ninguna de las partes contratantes, en cuanto a los derivados y productos financieros.

FALLO

Estimo íntegramente la demanda formulada por Florencio , actuando en nombre de sus hijos, José Miguel y Manuel , contra Caja Laboral Popular, Coop de Crédito, y en su virtud, declaro la nulidad de los contratos de 29 de junio de 2007, restituyéndose todos sus efectos al momento anterior a la firma y condeno a la demandada a que abone al actor la cantidad de 14800 euros. A la cantidad objeto de condena se devengarán los intereses descritos en el fundamento de derecho cuarto de la presente resolución.

Sin imposición de costas.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de APELACIÓN ante la Audiencia Provincial de ALAVA (artículo 455 [LECn \(RCL 2000, 34, 962\)](#)). El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de VEINTE DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, debiendo exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos impugnados (artículo 458.2 [LECn](#)).Para interponer el recurso será necesario la constitución de un depósito de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Juzgado tiene abierta en el grupo Banesto (Banco Español de Crédito) con el número 0004 0000 04 1810 12, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 02-Apelación. La consignación deberá ser acreditada al interponer el recurso (DA 15ª de la [LOPJ \(RCL 1985, 1578 y 2635\)](#)).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Así por esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.-Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el/la Sr/a. MAGISTRADO-JUEZ que la dictó, estando el/la mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, el Secretario Judicial doy fe, en VITORIA-GASTEIZ, a veintiséis de marzo de dos mil trece.