



RESUMEN Y ANÁLISIS DE SENTENCIAS SOBRE PARTICIPACIONES PREFERENTES Y DEUDA SUBORDINADA

- ÍNDICE -

I. Presentación.....	Pág. 3
○ Ámbito analizado	
○ Partes del estudio	
○ Naturaleza y comercialización de las participaciones preferentes y deuda subordinada	
II. Sentencias sobre la naturaleza y obligaciones de las entidades comercializadoras con sus clientes.....	Pág. 5
○ Carácter del cliente y perfil	
○ Información y asesoramiento por parte de la entidad	
○ Conflicto de intereses	
III. Sentencias que declaran la nulidad de las participaciones preferentes.....	Pág. 17
○ Nulidad por error en el consentimiento	
○ Nulidad por dolo en el consentimiento	
○ Nulidad por incumplimiento de la directiva MiFID	
○ Vicio en el consentimiento ante la comercialización del mismo producto, la misma dinámica de contratación y el mismo perfil contratante → Sentencia 20/2014 del Juzgado de lo Mercantil N°1 de Bilbao “Caso Eroski”	
IV. Cuestiones procesales destacadas por las sentencias	Pág. 28
○ Acción colectiva en las demandas de participaciones preferentes	
○ Acción de cesación de incorporación a los contratos de cláusulas abusivas	
○ Especial consideración al Auto del Juzgado de lo Mercantil N° 5 C de Madrid a 27 de Febrero de 2014 → Participaciones Preferentes de Bankia y Caja Madrid	
○ Caducidad de la acción	
V. Breve consideración de la deuda subordinada.....	Pág. 38
VI. Anexos.....	Pág. 43
○ Anexo sentencias estimatorias participaciones preferentes	
○ Anexo sentencias desestimatorias participaciones preferentes	
○ Anexo sentencias deuda subordinada	

I. PRESENTACIÓN

1.- **Ámbito analizado:**

En este estudio se han analizado treinta y cinco sentencias de productos tóxicos emitidos y comercializados por las entidades bancarias, treinta relativas a litigios de participaciones preferentes y cinco respecto de deuda subordinada. De entre todas ellas, referentes a participaciones preferentes, son diecinueve en primera instancia o ante el juzgado de lo Mercantil cuando se trata de demandas agrupadas o colectivas, diez de las sentencias analizadas han sido dictadas en apelación es decir, pertenecen a la Audiencia Provincial correspondiente y una es de casación, es decir del Tribunal Supremo condenatoria de la entidad BBVA. Respecto de las sentencias de deuda subordinada cuatro de ellas son en primera instancia y una en Audiencia Provincial. Las Sentencias analizadas están comprendidas entre Marzo de 2011 hasta Marzo de 2014.

2.- **Partes del estudio:**

El presente estudio ha sido estructurado de la siguiente forma. Primeramente se realiza un estudio de las consideraciones de naturaleza y obligaciones que se generan a la hora de comercializar y contratar las participaciones preferentes, entre estos aspectos cabe destacar el perfil del cliente, la información y asesoramiento que dan las entidades a los clientes - consumidores y una mención al conflicto de intereses entre ambas partes contractuales, entidad y consumidor respecto de la contratación de las participaciones. Tras ello, se realiza una distinción entre la fundamentación jurídica que las sentencias dan al vicio del consentimiento y la consecuencia jurídica de tal vicio. También se introduce en el estudio aspectos procesales relativos a la acción colectiva, la acción de cesación y a la pretendida argumentación por parte de las entidades de que la acción había caducado para que no pudieran prosperar las acciones de los consumidores afectados. Por último, se hace una breve consideración de sentencias de deuda subordinada.

3.- **Naturaleza y comercialización de las participaciones preferentes y deuda subordinada**

Primeramente especificar que las Sentencias que a continuación se van a analizar demuestran el carácter masivo de fraude, hay alrededor de 700.000 personas afectadas, 25.000 millones de euros bloqueados y 52 entidades bancarias implicadas.

Tras el análisis de muchas de las sentencias sobre productos de ahorro e inversión puede concluirse que las entidades bancarias y financieras dotadas de una posición dominante frente a los consumidores, y haciendo uso de la confianza¹ que éstos han venido depositando durante años en ellos, han colocado y comercializado productos que no eran acordes para el perfil conservador de los consumidores², y que han creado un perjuicio económico muy grave en donde los consumidores además de no tener documentación suficientes para conocer el producto comercializado, eran inducidos a error por las entidades para su contratación prometiéndoles grandes beneficios y dándoles caracteres del producto contrarios al mismo, como por ejemplo su posibilidad de recuperación inmediata.

El Banco de España define las participaciones preferentes como instrumentos financieros emitidos por una sociedad que no otorga derechos políticos al inversor, ofrece una retribución fija pero condicionada a la obtención de beneficios cuya duración es perpetua, aunque la entidad emisora suele reservarse el derecho a amortizarlas partir de los cinco años, previa autorización del supervisor³

1 **Sentencia del Tribunal Supremo (sala primera de lo Civil) 244/2013, de 18 de abril de 2013** *“La confianza que caracteriza este tipo de relaciones negociales justifica que el cliente confíe, valga la redundancia, en que el profesional al que ha hecho el encargo de asesorarle y gestionar su cartera le ha facilitado la información completa, clara y precisa.”*

2 La normativa MiFID crea un doble concepto en el perfil conservador del consumidor:

Muy conservador: El cliente desea conservar el capital invertido y únicamente quiere asumir riesgo en las variaciones de rentabilidad, nunca del capital.

Conservador: El cliente quiere conservar en el tiempo estimado su patrimonio, sin sufrir ningún tipo de variación.

3 **Sentencia 219/2013 de la Audiencia Provincial de Oviedo** de 23 de Julio

II. CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE NATURALEZA Y OBLIGACIONES

CARACTERES DEL CONSUMIDOR Y PERFIL

En este apartado se va a proceder a explicar como el producto tóxico de las participaciones preferentes no era un producto adecuado para los clientes entendidos como consumidores. El Art. 3 del Texto Refundido de la Ley General de la Defensa de los Consumidores y Usuarios determina “A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.” Unido con lo anterior, cabe destacar que la Normativa MiFID especifica unos perfiles para aquellos clientes minoristas (muy conservador y conservador)

La doctrina y la jurisprudencia menor ha entendido que *“las preferentes no son instrumentos para ser vendidos entre particulares, sino que son instrumentos que tienen un nivel de sofisticación más elevado y que por su propia naturaleza deberían ser vendidos entre clientes institucionales, gestoras de inversión o fondos de pensiones”*.⁴

El Art. 78 bis LMV recoge la distinción entre inversor minorista y profesional. Los consumidores entran dentro del perfil del inversor minorista, entendido como aquel al que se le da el mayor nivel de protección a la hora de contratar servicios y productos financieros con mayor derecho a información. El art. 79 bis de la LMV establece la diligencia del deber de información⁵

4 Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra 324/2012, de 25 de Abril “La actora debe ser calificada de cliente minorista en cuanto a su perfil inversor, ostentando además la condición de consumidora y, por tanto, siendo merecedora de la máxima protección. En este sentido cabe tener en cuenta que las participaciones preferentes constituyen un producto complejo de difícil seguimiento de su rentabilidad y que cotiza en el mercado secundario, lo que implica para el cliente mayores dificultades para conocer el resultado de su inversión y para proceder a su venta, y, correlativamente, incrementa la obligación exigible al banco sobre las vicisitudes que puedan rodear la inversión, entre ellos, los rumores sobre la solvencia del emisor.

5 Sentencia del Juzgado de Primera Instancia Nº 13 de Barcelona, de 4 de Abril de 2012 “Los actores son inversores minoristas que asumen como inversores el riesgo de mercado en inversiones informadas, pero no tienen por qué soportar el riesgo de decisiones no informadas respecto a la complejidad y naturaleza de los productos comercializados por el Banco” “La totalidad de los inversores afectados forma parte de la categoría minorista y no tenían una preferencia notable por el riesgo. Todos ellos manifiestan un perfil conservador en sus inversiones. Los clientes no disponen de conocimientos ni experiencia para decidir por sí mismos si el producto se adecua a sus necesidades y menos aún para identificar por sí mismos los riesgos del producto. Por lo tanto, Bankprime ha ignorado la nula experiencia que tenían los clientes en inversiones en

por parte de las entidades comercializadoras para intentar compensar el bajo conocimiento que estos consumidores tienen, pero queda claro en la actualidad que el deber de información que debían cumplir las entidades no se ha dado efectivamente.

Respecto del perfil del cliente consumidor la **Sentencia 30/2013 de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife a 24 de Enero** *“La entidad bancaria llega incluso a reconocer tácitamente el perfil conservador de la actora, si bien sostiene que nada le impide a una persona cambiar el mismo⁶ y comenzar a invertir en productos de riesgo.”*

De dicha protección habla también la **Sentencia 30/2014 de la Audiencia Provincial de León a 6 de Marzo** *“Asimismo, resulta indudable el carácter de cliente minorista que cabe atribuir al actor, y, en consonancia con dicha consideración, habrá de reconocerse la mayor protección que expresamente establece dicha ley.”*

La **Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca 91/2011, de 21 de marzo** establece como aunque un consumidor quiere obtener mayor rentabilidad, sigue teniendo un perfil minorista y por tanto sigue siendo consumidor a los efectos que aquí venimos estableciendo *“Su única intención era obtener la mayor rentabilidad posible de sus ahorros, pero en modo alguno arriesgar el capital invertido, respecto del que, se insiste, se le aseguró que recuperaría en su integridad, lo que evidencia que, si no hubiera sido por la información errónea que a tal efecto le facilitó el apoderado de la sucursal y en cuyo error se le mantuvo hasta transcurridos cinco años, no hubiera efectuado la suscripción de dichas participaciones preferentes”*

De igual manera⁷ la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca 82/2012, de 16 febrero establece** el mayor nivel de protección que se debe tener para con los consumidores *“En primer lugar, la actora debe ser calificada de cliente minorista en cuanto a su perfil inversor, ostentando además, la condición de consumidora y, por tanto, merecedora de la máxima protección, sin que el hecho de que hubiera realizado con anterioridad varias operaciones*

productos complejos. Ha expuesto a los clientes a unos productos complejos y con una relación riesgo- beneficio desaconsejable para un cliente minorista.

Tal y como se puede comprobar, el 100% de los clientes no dispone de conocimientos ni experiencia para decidir por sí mismos si el producto se adecua a sus necesidades.”

⁶ Esta mención demuestra la finalidad de eludir el cumplimiento de la normativa establecida, en concreto la MiFID dado que no se ha comercializado un producto adecuado para el cliente.

⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza 206/2012, de 17 de abril

financieras con diversos importes, no varía dicha conclusión, pues ello en ningún modo supone que doña Carmela tuviera acceso a la información tan compleja de los temas financieros.”

Cabe destacar, que aunque haya clientes - consumidores que hayan contratado algún tipo de producto, un poco más arriesgado como puedan ser acciones de Bolsa, pueden tener un carácter conservador frente a la comercialización de participaciones preferentes, así lo determina la **Sentencia del Juzgado de Primera Instancia Nº 9 de Zaragoza, de 16 de septiembre de 2011** *“En cuanto al "perfil inversor" de la Sra. Africa y a sus operaciones anteriores hay que indicar que en su mayor'a son compras de fondos y acciones de compañías conocidas, que cotizan en bolsa, no en los mercados secundarios de participaciones preferentes, y sobre los que existe una mayor información en prensa general y económica a disposición del consumidor.”*

INFORMACIÓN Y ASESORAMIENTO POR PARTE DE LA ENTIDAD

Primeramente, hay que hacer constar que el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios como normativa específica reguladora de esta materia, establece como medio de protección de los consumidores la necesidad de que las empresarios, en el caso que aquí venimos desarrollando, las entidades bancarias, den a éstos toda la información necesaria. Así el Art. 21 establece *“1. Las prácticas comerciales que, de un modo adecuado al medio de comunicación utilizado, incluyan información sobre las características del bien o servicio y su precio, posibilitando que el consumidor o usuario tome una decisión sobre la contratación, deberán contener, si no se desprende ya claramente del contexto, al menos la siguiente información:*

- a) Nombre, razón social y domicilio completo del empresario responsable de la oferta comercial y, en su caso, nombre, razón social y dirección completa del empresario por cuya cuenta actúa.*
- b) Las características esenciales del bien o servicio de una forma adecuada a su naturaleza y al medio de comunicación utilizado.*
- c) El precio final completo, incluidos los impuestos, desglosando, en su caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación a la oferta y los gastos adicionales que se repercutan al consumidor o usuario.*

En el resto de los casos en que, debido a la naturaleza del bien o servicio, no pueda fijarse con exactitud el precio en la oferta comercial, deberá informarse sobre la base de cálculo que permita al consumidor o usuario comprobar el precio. Igualmente, cuando los gastos adicionales que se repercutan al consumidor o usuario no puedan ser calculados de antemano por razones objetivas, debe informarse del hecho de que existen dichos gastos

adicionales y, si se conoce, su importe estimado.

d) Los procedimientos de pago, plazos de entrega y ejecución del contrato y el sistema de tratamiento de las reclamaciones, cuando se aparten de las exigencias de la diligencia profesional, entendiéndose por tal la definida en el artículo 4.1 de la Ley de Competencia Desleal.

e) En su caso, existencia del derecho de desistimiento.

2. El incumplimiento de lo dispuesto en el apartado anterior será considerado práctica desleal por engañosa en iguales términos a los que establece el artículo 7 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.”⁸

Unido a lo anterior, el Art. 17.1 del TRLGDCU dispone “Los poderes públicos, en el ámbito de sus respectivas competencias, fomentarán la formación y educación de los consumidores y usuarios, asegurarán que estos dispongan de la información precisa para el eficaz ejercicio de sus derechos y velarán para que se les preste la información comprensible sobre el adecuado uso y consumo de los bienes y servicios puestos a su disposición en el mercado.” Entendemos que este aseguramiento no se ha dado a la hora de que las entidades bancarias comercializaran las participaciones preferentes, tal es el caso, que la mayoría de las Sentencias que venimos analizando han declarado nulos los contratos por vicio en el consentimiento por falta de información. De igual manera el Art. 64 Real Decreto 217/2008, derivado de la Directiva Europea MiFID también establece esta obligación de información ex ante a la contratación. El citado precepto dispone que se debe proporcionar información en la que se contenga una descripción general de naturaleza y los riesgos de los instrumentos financieros, debiendo tener en todo caso en cuenta la clasificación del cliente En la descripción deberá incluirse una explicación de:

- Las características de manera detallada
- Los riesgos conexos a esa producto contratado
- La volatilidad del precio
- Los compromisos y obligaciones inherentes a la contratación
- Los costes y gastos, directos e indirectos que soportará (gastos, comisiones, honorarios, divisa, moneda de pago, y cualquier otros inherentes al servicio de inversión) → Art. 66 Real Decreto 217/2008.
- Los términos contractuales: en el caso de que el contratante sea un nuevo cliente de la entidad, deberá suscribir un contrato que regule los derechos y obligaciones de ambas partes a la hora de contratar el servicio de inversión.

⁸ El **Art. 6 de la Orden 2899/2011** de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios dispone la obligación de facilitar la información precontractual igual que el Real Decreto 217/2008, además, determina como debe ser esa información precontractual disponiendo que “*Esta información deberá ser clara, oportuna y suficiente, objetiva y no engañosa*”.

- El servicio de asesoramiento de los productos de inversión no implica la realización de un contrato, basta con que conste la recomendación personalizada al cliente de manera escrita.

Toda esa información deberá ser detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de manera fundada respecto de la inversión.⁹

Tanto el Real decreto 629/1993¹⁰ como la actual Orden 2899/2011 de transparencia y protección de la clientela bancaria establecen la obligación de que las entidades bancarias proporcionen a los consumidores y usuarios toda la información necesaria¹¹, así como explicaciones adecuadas a la hora de contratar. El Real Decreto 629/1993 no recogía la exigencia de calificar a los clientes según un perfil, sino sólo la necesidad de recabar información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de financiación, para su correcta identificación. La Ley 47/2007 del Mercado de Valores introduce el deber de clasificación de los clientes como profesionales o clientes minoristas (art. 78.1 bis LMV), definiendo a los clientes minoristas por exclusión, esto es, será cliente minorista todo aquel que no sea profesional. La relevancia de esta clasificación radica en la aplicabilidad de los test de conveniencia e idoneidad, a los clientes minoristas habrá que realizarse ambos.

De igual manera, la Normativa MiFID transpuesta al ordenamiento jurídico español en el año 2007, tras la directiva Europea 2004/39/CE, dispone la obligatoriedad de dar información¹² a

9 La normativa MiFID junto con la Ley del Mercado de Valores van más allá, estableciendo el derecho del cliente consumidor a recibir los informes adecuados sobre el servicio prestado, incluidos los costes de las operaciones y servicios realizadas por su cuenta corriente (Art. 79 bis LMV).

10 El citado Real Decreto se encuentra en vigor en el momento de mayor comercialización de las participaciones preferentes, hasta el 17 de Febrero de 2008, dicho Real Decreto es derogado por el Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el R.D. 1309/2005, de 4 de noviembre. Su finalidad es *“la transparencia de los mercados y a la protección de los inversores, así como de disponer de una ordenación más completa de las relaciones entre éstos y las entidades que actúan en los mercados de valores”*,

11 **Sentencia 147/2013 del Juzgado de Primera Instancia Nº 6 de Vigo de 10 Octubre** *“Desde luego que aquella información previa absolutamente adulterada, dato que se considera probado en atención a lo ya expuesto, y desde luego incomprensible a la luz de las características y naturaleza del producto, hubo necesariamente de provocar el error de la actora, como lo puedo haber generado en cualquier ciudadano medio sin experiencia financiera, no ya media, sino alta.”*

12 **Sentencia 27/14 del Juzgado de Primera Instancia Nº 27 de Barcelona de 20 de Febrero** *“La información debe*

los consumidores por parte de aquellas entidades que presten servicios de inversión. Dicha información se debe proporcionar con antelación suficiente a la celebración del contrato, en soporte duradero (papel) y podrá darse en soporte distinto si el medio es apropiado a la actividad o lo elija el cliente. (Art. 3 Real Decreto 217/2008). Además, establece que la entidad informará al cliente sobre aquellos aspectos necesarios para que pueda adoptar una decisión sobre inversión.

Por lo tanto, no sólo es necesario que le entregue la información sino que además debe cerciorarse de que al cliente le quede clara, por lo que toda la información que reciba debe ser “imparcial, clara y no engañosa”, tanto en su contenido como en la forma de presentación. De igual manera el Art. 60 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios establece esos mismo requisitos disponiendo que *“Antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por un contrato u oferta correspondiente, el empresario deberá facilitarle de forma clara y comprensible, salvo que resulte manifiesta por el contexto, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas”* Por lo tanto, en aras de proteger a los consumidores son varias normativas tanto específica en materia de consumo como en materia de inversiones las que recogen los requisitos de una información clara, veraz y no engañosa para los consumidores, de igual manera los jueces y tribunales ¹³ también han entendido que este requisito debe ser obligatorio para las entidades bancarias comercializadoras de participaciones preferentes.

De esta forma, son muchas las sentencias¹⁴ las que entienden que no se ha cumplido dichos límites a la hora de la contratación de los productos que aquí venimos desarrollando;

contener recomendaciones y advertencias sobre el riesgo de los productos contratados y es importante insistir en que a fin de poder valorar la adecuación de los productos ofrecidos a cada cliente, las entidades deben recabar información sobre la experiencia de esos clientes a la hora de contratar ese tipo de productos.”

13 Sentencia 184/13 del Juzgado de Primera instancia 11 de Vigo. Obligaciones Subordinadas de NOVAGALICIA BANCO, S.A. *“ni de forma documental ni verbalmente, se haya proporcionado una información al demandante sobre el producto que se le ofrecía y que reúna las exigencias legales.”*

14 Sentencia del Tribunal Supremo (sala primera de lo Civil) 244/2013, de 18 de abril de 2013 *“No se suministra una información completa y clara al inversor ni se actúa de buena fe.” “El banco no cumplió el estándar de diligencia, buena fe e información completa, clara y precisa que le era exigible al proponer a los demandantes la adquisición de determinados valores que resultaron ser valores complejos y de alto riesgo, sin explicarles que los mismos no eran coherentes con el perfil de riesgo muy bajo que habían seleccionado al concertar el contrato de gestión discrecional de carteras de inversión. Este incumplimiento grave de los deberes exigibles al profesional que opera en el mercado de valores en su relación con clientes potenciales o actuales constituye el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por tales clientes como consecuencia de la pérdida casi absoluta de valor de las participaciones preferentes de Lehman Brothers adquiridas.”*

La **Sentencia 30/2013 de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife a 24 de Enero** dispone que *“La información proporcionada por la entidad bancaria fue absolutamente deficiente y nunca se le aclararon estos extremos puesto que constatado que, con carácter general, los contratos tienen, entre otras, las particularidades descritas, es difícilmente sostenible que una persona del perfil señalado, que nunca había llevado a cabo inversiones de riesgo como las hoy en litigio, decidiera invertir prácticamente la totalidad de su patrimonio en productos de este tipo, llegando incluso a pedir préstamos por importe de 200.000 euros con la finalidad de invertir el dinero prestado en los productos, todo ello, planteado y promovido por el banco demandado.”*

De manera similar, **Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra 163/2013, de 4 de Abril** establece varias consideraciones respecto del deber que tiene la entidad, Banco Santander, respecto de dar información a los consumidores que contratan los productos de los que aquí venimos tratando *“Deber de información reduplicado¹⁵ cuando de consumidores y usuarios se trata, como es el caso.”*

El tribunal trasponer las exigencias de la normativa sobre el deber de información, disponiendo lo siguiente: *“Debe existir una información previa al contrato, relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales y en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas. Información comprensible y adaptada a las circunstancias.”* A su vez, concluye *“La escasa información dada a los demandantes, distorsionaba la realidad sobre la adecuada calificación del producto. Aquí adquiere sentido las exigencias de información genéricas en el ámbito de los consumidores y usuarios, y reforzada en una materia tan especializada como los mercados de valores y mercados financieros, que tratan de equilibrar, de algún modo, la posición de inferioridad de los clientes minoristas, cuya actuación resulta excusable cuando confían en el buen hacer y asesoramiento de los empleados de la sucursal bancaria a la que llevan acudiendo muchos años¹⁶, sin tener la menor conciencia de los altos riesgos a que se exponen, y que de*

15 Cabe destacar las diferentes normativas anteriormente mencionadas en aras de protección de los consumidores: TRLGDCU, LMV, y Orden 2899/2011 todas ellas establecen la obligación de dotar al consumidor de toda la información necesaria a la hora de contratar.

16 Esto se entorna dentro de las **Prácticas Comerciales** reguladas en los **artículos 19 y ss del TRLGDCU**, el **Art. 19** las conceptúa *“se consideran prácticas comerciales de los empresarios con los consumidores y usuarios todo acto, omisión, conducta, manifestación o comunicación comercial, incluida la publicidad y la comercialización, directamente relacionada con la promoción, la venta o el suministro de un bien o servicio a los consumidores y usuarios, con independencia de que sea realizada antes, durante o después de una operación comercial.”* Unido con ello, el **Art. 20 TRLGDCU** dispone la forma y requisitos de esas prácticas comerciales *“1. Las prácticas comerciales que, de un modo adecuado al medio de comunicación utilizado, incluyan información sobre las características del bien o servicio y su precio, posibilitando que el consumidor o usuario tome una decisión sobre la contratación, deberán contener, si no se*

hecho se han realizado en una situación económica que les impide acceder y recuperar, cuando menos, las cantidades invertidas en supuestos productos de inversión segura y rentable.”

Cabe destacar en este apartado la consideración que hace la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca 91/2011, de 21 de marzo** “*el legislador, estableciendo códigos y normas de conducta y actuación tienden a proteger, no únicamente al cliente consumidor, sino al cliente en general, en un empeño de dotar de claridad y transparencia a las operaciones que se realizan con las entidades financieras, y a cuyo sector concurren los consumidores, de forma masiva, tanto para la celebración de contrato mas simples, como la apertura de una cuenta, como a los mas complejos, como los productos de inversión con lo que se pretende rentabilizar los ahorros, saliendo al paso de ese modo de la cultura del "donde hay que firmar" que se había instalado en este ámbito.*” Por lo que la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca hace una critica sobre la cultura que viene imperando en nuestro país donde la confianza en la entidad ha acarreado que las entidades entiendan que no tienen que cumplir con sus deberes de información legalmente establecidos, por lo que su actuación no es unicamente una mala praxis, sino también una practica contralegem.

Respecto de la **información dada por la entidad contrariamente a lo establecido legalmente**,¹⁷ son varias las sentencias las que determinan que las Entidades han vulnerado la

desprende ya claramente del contexto, al menos la siguiente información: a) Nombre, razón social y domicilio completo del empresario responsable de la oferta comercial y, en su caso, nombre, razón social y dirección completa del empresario por cuya cuenta actúa. b) Las características esenciales del bien o servicio de una forma adecuada a su naturaleza y al medio de comunicación utilizado. c) El precio final completo, incluidos los impuestos, desglosando, en su caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación a la oferta y los gastos adicionales que se repercutan al consumidor o usuario. En el resto de los casos en que, debido a la naturaleza del bien o servicio, no pueda fijarse con exactitud el precio en la oferta comercial, deberá informarse sobre la base de cálculo que permita al consumidor o usuario comprobar el precio. Igualmente, cuando los gastos adicionales que se repercutan al consumidor o usuario no puedan ser calculados de antemano por razones objetivas, debe informarse del hecho de que existen dichos gastos adicionales y, si se conoce, su importe estimado. d) Los procedimientos de pago, plazos de entrega y ejecución del contrato y el sistema de tratamiento de las reclamaciones, cuando se aparten de las exigencias de la diligencia profesional, entendiéndose por tal la definida en el artículo 4.1 de la Ley de Competencia Desleal. e) En su caso, existencia del derecho de desistimiento.

2. El incumplimiento de lo dispuesto en el apartado anterior será considerado práctica desleal por engañosa en iguales términos a los que establece el artículo 7 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.”

17 Sentencia 27/14 del Juzgado de Primera Instancia Nº 27 de Barcelona de 20 de Febrero “*Si ello debe ser así al tiempo de celebrar cualquier tipo de contrato, con mayor razón si cabe ha de serlo en el ámbito de la contratación bancaria y con las entidades financieras en general, que ha venido mereciendo durante los últimos años una especial atención por parte del legislador, estableciendo códigos y normas de conducta y actuación que tienden a proteger, no únicamente al cliente consumidor, sino al cliente en general, en un empeño por dotar de claridad y transparencia a las operaciones que se realizan en dicho sector de la actividad económica”.*

normativa vigente a la hora de comercializar estos productos de inversión a los consumidores. Ese modo de proceder por parte de las entidades ocasiona a groso modo lo siguiente: Las siguientes sentencias entienden que las entidades vulneran la normativa a la hora de comercializar, por lo tanto la información que dan a los consumidores en contralegem, ergo, el consentimiento del consumidor se ve viciado por falta de la información necesaria para consentir de manera adecuada la compra de estos productos.

Por un lado, la **Sentencia del Juzgado de Primera Instancia Nº 13 de Barcelona, de 4 de Abril de 2012** establece que *“BANKPIME ha despreciado el cumplimiento de las normas de conducta del mercado de valores que imponen actuar con diligencia y transparencia en interés de los clientes (Art.79 LMV). [...] Estamos ante conductas desleales identificadas por la CNMV. La totalidad de los inversores afectados forma parte de la categoría minorista y no tenían una preferencia notable por el riesgo. Todos ellos manifiestan un perfil conservador en sus inversiones. Los clientes no disponen de conocimientos ni experiencia para decidir por sí mismos si el producto se adecua a sus necesidades y menos aún para identificar por sí mismos los riesgos del producto. [...] Por lo tanto, Bankpime ha ignorado la nula experiencia que tenían los clientes en inversiones en productos complejos. Ha expuesto a los clientes a unos productos complejos y con una relación riesgo- beneficio desaconsejable para un cliente minorista. [...] Tal y como se puede comprobar, el 100% de los clientes no dispone de conocimientos ni experiencia para decidir por sí mismos si el producto se adecua a sus necesidades.”*

También la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza 209/2013, de 10 de Mayo de 2013** cuestiona la practica de comercializar dichos productos por las entidades *“Hubo negligente comportamiento en el cumplimiento de sus obligaciones legales por parte de la demandada. Impidieron claramente decidir con plenitud de conocimiento el contenido y consecuencias del producto litigioso, no sólo en el momento del contratar, sino durante la ejecución del mismo.”*

Cabe destacar la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias , Sección 7 de 26 de septiembre de 2011** en el que se establece una acción de incumplimiento contractual por falta del deber de información y los efectos de dicha resolución. La Audiencia Provincial de Asturias apreció que no se había producido la nulidad del contrato por error en el consentimiento, sino la existencia de una falta de información previa a la celebración del contrato y durante la vigencia de este que determina la resolución íntegra de la totalidad de la inversión al haberse producido un supuesto de incumplimiento total y relevante de la obligación esencial del contrato.

Por otra lado, existe la figura del **Asesoramiento**¹⁸, entendido en palabras de la Comisión Nacional del Mercado de Valores cuando la entidad recomienda al cliente servicios o instrumentos específicos atendiendo las características personales de dicho cliente a diferencia de la simple comercialización que supone exclusivamente, la venta del producto con la incorporación de una sucinta información sobre las características del mismo antes de que el cliente tome su decisión final.

El servicio de Reclamaciones de la CNMV ha entendido que no es necesario que medie contrato de asesoramiento, únicamente que cumpla sus caracteres principales. De igual manera, el Art. 63.1 apartado (g) de la Ley de Mercado de valores establece lo que se entiende por asesoramiento “*El asesoramiento en materia de inversión, entendiéndose por tal la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de servicios de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros. No se considerará que constituya asesoramiento, a los efectos de lo previsto en este apartado, las recomendaciones de carácter genérico y no personalizadas que se puedan realizar en el ámbito de la comercialización de valores e instrumentos financieros. Dichas recomendaciones tendrán el valor de comunicaciones de carácter comercial.*” Pues en relación con ello, tanto la doctrina como la jurisprudencia ha entendido que en algunos casos, a la hora de comercializar participaciones preferentes ha mediado asesoramiento por parte de la entidad y que este no ha sido acorde a su carácter esencial, así la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Mallorca 278/ 2011, de 2 de Septiembre** “*La entidad demandada presta un servicio muy activo de asesoramiento que excede de un simple contrato de administración de valores, lo cual supone una clara discordancia entre lo que la entidad demandada dice haber contratado y el servicio realmente prestado, de modo que los consumidores ahora demandantes pueden razonablemente creer que la entidad bancaria les asesora adecuadamente sobre los productos adquiridos para obtener el mayor rendimiento posible en cada momento, teniendo en cuenta los riesgos, y les recomienda sustituir alguno de ellos por otros pasado un año.*”¹⁹

CONFLICTO DE INTERESES

El Real Decreto 217/2008 derivado de la Directiva MiFID establece la necesidad de que el asesoramiento entendido como información personalizada para contratar un producto se de en mejor interés del consumidor cliente, pero entendemos que a la hora de comercialización y

¹⁸ **Sentencia del juzgado de Primera Instancia Nº 9 de Salamanca, de 4 de junio de 2013** “*su confianza, haciendo depender sus operaciones bancarias siempre previo asesoramiento del mismo empleado de la oficina*”

¹⁹ Véase lo referente a asesoramiento en materia de inversión en el apartado de Deuda Subordinada

colocación de las participaciones preferentes esto no se ha dado.

De esta manera, el Artículo 79 de la Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores determina que se entiende por interés del cliente, y por tanto toda actuación que sea contraria a tal estipulación se entiende que se ha realizado en contra del interés del cliente *“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, y, en particular, observando las normas establecidas en este capítulo y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo. En concreto, no se considerará que las empresas de servicios de inversión actúan con diligencia y transparencia y en interés de sus clientes, si en relación con la provisión de un servicio de inversión o auxiliar pagan o perciben algún honorario o comisión, o aportan o reciben algún beneficio no monetario que no se ajuste a lo establecido en las disposiciones que desarrollen esta Ley.”* Por lo tanto se entiende que la forma de comercialización de las participaciones preferentes no ha cumplido el interés del cliente sino que existía un conflicto entre el consumidor- cliente y la entidad bancaria y dicho conflicto ha sido perjudicial para el consumidor como parte débil.

Según se ha apreciado por algunos procedimientos judiciales, las participaciones preferentes computaban como capital de alta calidad, por lo que existía un conflicto de interés, ya que la entidad captaba capital del mercado, pero en muchas ocasiones, además de vender sus productos actuaba como asesor del adquirente. Otro conflicto de interés se ha dado en los canjes, puesto que la entidad vendía el capital por el mismo importe a otro cliente de su misma entidad, cuando su valor en el mercado era menor, es decir, arreglaba el problema de un cliente a costa de otro.²⁰

Aunque los Jueces y Tribunales no consideran este el único motivo para declarar nulo de participaciones preferentes, si que redundan en la idea de que las entidades comercializadoras de este tipo de productos lo hacían en su único beneficio sin entrar a valorar los posibles beneficios o perjuicios que pudieran ocasionar a los consumidores- clientes.²¹

De esta forma la **Sentencia del Juzgado de Primera Instancia Nº 13 de Barcelona, de 4 de Abril de 2012** ha determinado que existe una mala praxis a la hora de haber ofrecido y comercializado este tipo de productos a consumidores, de esta manera establece que *“BANKPIME era asesor de inversiones y al mismo tiempo comercializador de los productos*

20 Estudio sobre Participaciones Preferentes. El Defensor del Pueblo. Marzo 2013

21 El consumidor como inversor de alto riesgo: La Impugnación por vicios del consentimiento de los Contratos de adquisición de participaciones Preferentes y swaps, una opción sólo al alcance de algunos. Revista CESCO de Consumo *“los comerciales de las entidades de crédito querían colocar a toda costa los productos financieros, para poder cobrar su comisión –directamente proporcional al riesgo del producto colocado-”*

quedando encargado de ejecutar las compraventas en el mercado. El conflicto latente en las entidades que prestan conjuntamente ambos servicios, en el caso de BANKPIME se materializó, en perjuicio de los intereses de los actores. BANKPIME era el asesor de las inversiones de los actores, había ofrecido el servicio y realizaba la selección de productos y concretas recomendaciones de inversión personalizadas, pero la hacía con mala praxis, al anteponer su interés propio como comercializador, al interés de sus clientes de recibir un buen asesoramiento de inversiones. BANKPIME prestaba un servicio que la jurisprudencia denomina "gestión asesorada". Se trata de una venta asesorada, de un servicio que mezcla diversos negocios jurídicos, pues comprende el asesoramiento personalizado a los clientes sobre sus decisiones de inversión, vinculado a la ejecución de las órdenes recibidas de los clientes atendiendo a la recomendación ofrecida."

III. NULIDAD DE LAS PARTICIPACIONES PREFERENTES

El art.1261 del Código Civil establece los requisitos esenciales de un contrato: ellos son tres: Consentimiento, objeto y causa. Por lo tanto una de los requisitos fundamentales para la validez de un contrato es el consentimiento, y cualquier vicio en el mismo (error, dolo, violencia o intimidación) ²²generará la nulidad contractual (Art. 1265 CC)

Se entiende por vicio en el consentimiento por error, aquel consentimiento dado por una creencia equivocada o inexacta, dicho consentimiento es voluntario y lícito y cuya finalidad es establecer relaciones jurídicas con la otra parte. Para que el error en el consentimiento sea invalidante y por tanto se declare la nulidad contractual debe ser sustancial, imputable, desconocido, de importancia y que no haya podido ser evitado por la persona que lo ha sufrido

Se entiende por vicio en el consentimiento por dolo, a todo acto contrario a la honestidad, a la buena fe lo cual se utiliza en beneficio del que actúa de dicha manera. Es necesario destacar dos características por un lado, que exista un acto ilícito que consista en emplear palabras o maquinaciones tramposas con el objetivo de engaño a la otra persona y actuando de mala fe²³, y además que exista por quien realiza el acto una intención clara de engañar²⁴.

La **consecuencia de que un contrato sea nulo**, viene determinada por el Art. 1303 del Código Civil, en el que se dispone que *“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, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes.”*

*Sin embargo, las sentencias resolutorias que venimos analizando adoptan diferentes soluciones; Por un lado se encuentra algunas en las que se establece el régimen del Art.1303 CC, y por lo tanto las partes, dada la nulidad contractual, deben restituirse las cosas objeto del contrato, entre ellas cabe destacar, la **Sentencia 20/14 del Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de Bilbao de 27 de enero** establece dicha consecuencia y obliga a que la entidad devuelva las cantidades invertidas *“El efecto de la nulidad de los contratos celebrados será el que se recoge en el Art. 1303 del CC”*; o la **Sentencia 474/14 del Juzgado de Primera Instancia de Valladolid de***

22 La doctrina ha entendido que *“La relación que existe entre el dolo y el error como vicios del consentimiento es una relación de causa-efecto, ya que el que actúa de forma dolosa provoca en la otra parte que preste su consentimiento de forma errónea, basándose en una visión de la realidad equivocada por el engaño”*

23 Art. 1269 del Código Civil *“Hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho”*

24 Como establece Díez Picazo.

5 de Febrero “La nulidad apreciada, por falta de consentimiento conlleva, acorde al art. 1303 del C.Civil, una obligación recíproca de restitución. La demandada deberá restituir las cantidades percibidas por las obligaciones subordinadas y los intereses legales de las mismas desde la adquisición de las obligaciones (el 6 de julio de 2009).”

De igual manera, pero sin hacer una alusión directa al precepto citado anteriormente, hay sentencias que determinan la misma consecuencia, es decir, la restitución a la situación contractual anterior, entre ellas cabe destacar, la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia 105/2011, de 1 de Abril** ‘No cabe duda tampoco de que la falta de información por parte del Banco sobre los riesgos de la inversión ha de generar la correspondiente responsabilidad civil para éste, al no haber podido la actora recuperar el capital invertido.’ y la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 428/2012, de 26 de Junio de 2012** “En el supuesto que nos ocupa, al resolver los contratos que unen a las partes ha de retornarse a la situación existente con anterioridad a su celebración, debiendo las partes contratantes restituirse recíprocamente los importes abonados en virtud del contrato, con los intereses legales devengados desde la fecha del efectivo pago o cobro. Procediendo, por tanto, la estimación del recurso de apelación en este punto.”

Hay otras sentencias que a la hora de que el consumidor no inversionista recupere el capital invertido, no alegan la consecuencia jurídica establecida en el Código Civil sino que invocan una indemnización por daños y perjuicios²⁵ que es idéntica a la cantidad invertida por el consumidor, así cabe destacar las sentencias siguiente: **La Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca 82/2012, de 16 febrero** que establece que “La fijación de la cuantía de la indemnización resulta problemática, resultaría imposible recuperar el 100% de la inversión efectuada, con lo cual es improcedente una indemnización por el importe de ésta. Además es muy difícil saber qué habría decidido el cliente tras ser informado adecuadamente conforme a la normativa antes indicada. En tal tesitura, estima la Sala que la cuantía indemnizatoria correspondiente al incumplimiento contractual apreciado en el presente caso debería consistir, a los efectos de reparar el daño producido por la falta de información que hubiera permitido a la actora adoptar una conducta en consonancia en la salvaguarda de sus intereses económicos, en una cantidad no inferior al 50% de su inversión.” y la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza 209/2013, de 10 de Mayo de 2013** que determina que “Por lo tanto, en aplicación del Art 1.101 C.c., el banco demandado habrá de indemnizar a su cliente los perjuicios derivados de aquel comportamiento negligente. Y éstos se concretan en las pérdidas

²⁵ **Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 26 de Septiembre de 2011** en la cual se condena a la entidad a determinar al particular por perjuicios y dicha cuantía es la totalidad de la inversión realizada por éste en un principio.

del capital, menos el precio percibido por los cupones. Es decir, 51.266,59 euros, menos 5.651,78 euros = 45.614,81 euros.”

En conclusión es una materia en la que la jurisprudencia todavía no es unánime a la hora de determinar las consecuencias que se derivan de la mala praxis (información y asesoramiento) a la hora de comercializar y de contratar con consumidores este tipo de productos.

1.- NULIDAD POR ERROR EN EL CONSENTIMIENTO²⁶

La principal consecuencia de las sentencias analizadas sobre el asunto que nos ocupa es relativo al vicio en el consentimiento²⁷.

Es decir, analizada la falta del deber de información²⁸ por parte de la entidad, el carácter no inversor sino conservador de los consumidores, y las practicas a la hora de su comercialización,entre otras, han supuesto que las sentencias vengán a determinar que el consentimiento a la hora de contratar por parte de los consumidores estaba viciado, es decir, era contrario a lo dispuesto en el Art. 1262 Código civil y por tanto ha sido prestado por error, violencia, intimidación o dolo, lo que supone su nulidad (Art. 1265 Código Civil) Para que el error sea invalidante del consentimiento es necesario que se cumplan los requisitos del Art.1266 Cc *“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 hubiesen dado motivo a celebrarlo.”*

26 Sentencia del Juzgado de Primera Instancia Nº 84 de Madrid, de 24 de mayo de 2013 *“La entidad bancaria realizó una labor de asesoramiento sobre el canje y adquisición de las participaciones preferentes sin realizar el obligatorio test de idoneidad. No se adoptó ninguna prevención específica para subsanar la falta de información de las emisiones anteriores. La entidad bancaria no empleó la mínima diligencia exigible para informar. La información verbal facilitada no fue veraz. Los datos facilitados fueron inexactos y poco veraces, se ocultó la información más relevante.El consentimiento contractual de los demandantes quedó viciado por error invalidante.”*

27 Sentencia del Juzgado de Primera Instancia Nº 10 de Valencia, de 3 de mayo de 2013 *“Bankia SA y Banco Financiero y de ahorros SA “El incumplimiento del deber de información , puede producir la anulación del contrato por concurrir un vicio del consentimiento; es decir, la falta de una información adecuada puede ser considerada como uno de los elementos determinante de que el cliente presta su consentimiento por error.”*

28 Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia 105/2011, de 1 de Abril *“No ha acreditado el Banco demandado que suministrase a la hoy actora esa precisa información sobre las características y riesgos reales de las participaciones preferentes adquiridas, por lo que, no constando acreditado que la actora posea una formación financiera que le permitiese conocer las características y riesgos de ese producto, especialmente el referente a la posibilidad de pérdida total o parcial del capital invertido, ha de concluirse que concurrió en el consentimiento prestado por la actora para la ejecución de la orden de compra de esas participaciones un error esencial y excusable, que resulta imputable al Banco.”*

¿Por qué ha existido error? Debido a que la mayoría de aquellos que contrataban participaciones preferentes, creían, basándose en la amplia confianza depositada en los directores de las oficinas de las diferentes entidades bancarias, que estaban contratando depósitos sin riesgo. Lo cual genera, y así lo siendo un vicio en el consentimiento dado que hay error al prestarlo porque se entiende que el objeto a contratar es diferente al que realmente se está contratando, y además la información dada por la entidad no es clara y por tanto, el error subsiste ante precontractual como contractualmente hablando.

La Primera Sentencia que se dictó respecto en el sentido de vicio en el consentimiento por error que establezca la nulidad contractual es la **Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nº 1 de Cambados, de 10 de Julio de 2012** contra la entidad bancaria Novagalicia Banco S.A. En esta sentencia se determina por el Juez de Primera Instancia que *“Debemos por lo tanto considerar probado que en dicha fase previa no se le dio a la cliente información suficiente sobre los riesgos que asumía, máxime cuando la demandante no era una persona experimentada y cabe considerar que ni tan siquiera conocedora de este tipo de contratos complejos, lo que implica la existencia de vicio en la prestación del consentimiento.”* *“Se considera que en la suscripción del contrato por parte de Don J L concurrió error invalidante del consentimiento.”* *“El cliente no fue informado de una forma directa y comprensible de las verdaderas características del producto contratado, que era de alto riesgo, y se ofertó a un cliente calificado como conservador, que nunca había realizado operaciones de esa naturaleza y que carece por completo de conocimientos mínimos en materia financiera, sin que el test de conveniencia, pese a estar firmado por Don José Luis contradiga esta afirmación, ya que la nulidad de este contrato viene dada por las características del producto de las que se informó engañosamente al cliente, que no se correspondían en absoluto con el que se contrataba en realidad”*

Quedó probado que la entidad, antigua Caixanova, ofreció un depósito de alta rentabilidad pero de disponibilidad en todo momento y sin riesgos, por lo que queda de manifiesto que existe una inducción a error por parte de la entidad al consumidor para la comercialización de estas participaciones preferentes.

En esta línea de argumentación son varias las sentencias que determinan que la falta de información y la mala diligencia del deber de información por parte de las entidades bancarias ha probado que los consumidores contratantes dieron un consentimiento viciado por error a la hora de la contratación y por ende, se produzca la nulidad del contrato y por tanto, la consecuencia principal de ello es la restitución por las partes de los objetos del contrato, es decir, el consumidor deberá devolver las participaciones preferentes (como título) y la entidad el capital invertido.

La **Sentencia 30/2013 de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife a 24 de Enero** dispone que en la comercialización de Participaciones Preferentes de SOS Cuétara y Valores Santander con el Banco Santander “Existió, por ello, un error esencial y excusable que vició el consentimiento de una forma trascendental que adecuadamente apreció la juzgadora a quo en la resolución apelada y que conlleva que la demanda deba ser estimada.” [...] *“La actora desconocía realmente la trascendencia de los productos litigiosos que estaba adquiriendo y suscribiendo, sobre todo, la dificultad que le conllevaría recuperar el capital invertido (no ya hipotéticos beneficios, sino su capital) y tampoco ya una parte de éste, sino que desconocía que existía la posibilidad de que no pudiera recuperar nada de lo invertido en toda su vida: de haber conocido este extremo, con la trayectoria acreditada de la actora y sus circunstancias, es claro que no hubiera celebrado contrato alguno.”*

El Tribunal entiende, que no sólo que hay vicio en el consentimiento de la parte consumidora por falta de información, sino por el tipo de producto comercializado, dicha mención entiendo que va más allá de los meros caracteres del consentimiento, introduciéndose así no sólo en el consentimiento, sino en el objeto del contrato y por tanto según este Tribunal estos dos elementos esenciales del contrato dispuestos en el Artículo 1261 del Código Civil no se darían; *“El mismo nombre del producto (“Valores Santander”), teniendo en cuenta la descripción del mismo que se ha transcrito llevada a cabo por la propia entidad bancaria, parece conllevar a error a un consumidor inexperto que únicamente se asesora por el banco confiando en que están velando por sus intereses. [...] Existió pues un error por falta de información en el contexto señalado: pero no es sólo la falta de información lo que genera el error, sino que además hay que tener en cuenta el perfil de la actora descrito y sus circunstancias. La suma de ambos elementos hace que el error sufrido por la actora conlleve un vicio en el consentimiento contractual que la misma prestó para celebrar los negocios litigiosos y que prospere, en consecuencia, lo instado por ella en su demanda.”*

La **Sentencia 61/2014 de la Audiencia Provincial de Valencia a 24 de Febrero** relaciona, de manera muy acertada la falta de información (a la que esta obligada la entidad Bancaja) con el vicio en el consentimiento *“En definitiva, atendiendo a lo expuesto, no puede estimarse que la entidad demandada cumpliera con la obligación de información que le imponen las normas a que se ha hecho referencia, lo que necesariamente supone que los Sres. carecían de los datos esenciales al momento de la contratación, habiendo prestado así un consentimiento viciado por el error en los términos que señalan los artículos 1265 y 1266 Código Civil; error, por otra parte, excusable, dada la carencia de los demandantes de los conocimientos mínimos necesarios para entender el producto y el hecho de haber actuado en la confianza que les ofrecía su condición de clientes durante años de la entidad Bancaja, entidad ésta, que como se ha dicho*

infringió la imperativa obligación de información.”

La **Sentencia 30/2014 de la Audiencia Provincial de León a 6 de Marzo** menciona reiterada jurisprudencia respecto de la anulación del contrato debido a un consentimiento viciado por error. A su vez, entiende que esta circunstancia debe ser excepcional *“Según reiterada jurisprudencia la anulación del contrato por error ha de ser excepcional, correspondiendo a quien lo invoca la carga de acreditar cumplidamente que recayó sobre "la sustancia de la cosa que constituyó su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieren dado lugar a su celebración" (art. 1266 Cc).”*

La Audiencia Provincial de León argumenta el vicio en el consentimiento con varias sentencias del Tribunal Supremo que cabe destacar

- *“Y como recuerda la S.T.S. 14-11-2005, en el contexto del tráfico de productos financieros, se exige un plus de información y de diligencia a la entidad financiera que los comercializa, precisamente por su posición preeminente y privilegiada respecto del cliente, sea éste consumidor o no. Indica además que “aunque en muchos casos un defecto de información puede llevar directamente al error de quien la necesitaba, no es correcta una equiparación, sin matices, entre uno y otro, al menos en términos absolutos””*
- *“La argumentación ofrecida por la recurrente en la alegación tercera de su escrito debe completarse para decidir la controversia con la interpretación que sobre el error como vicio de consentimiento ofrece la ya citada y muy reciente Sentencia del TS de 20 de enero de 2014 que analiza la contratación de un producto bancario complejo (swap de tipos de interés). En este caso se anula el contrato por error vicio que se vincula directamente con el deber de información. Añade el TS: “Pero conviene aclarar que lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente minorista que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera del deber de informar previsto en el art. 79 bis.3 LMV, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información”. Finalmente concluye: “En caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación, en atención a los intereses del cliente minorista que contrata el swap, como si al hacerlo tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo. La omisión del test que debía recoger esta valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por*

lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo". En realidad el razonamiento de la parte recurrente en este apartado vuelve a insistir en la información que fue suministrada y no en la inexcusabilidad del error, cuestiones que ya han sido analizadas en anteriores fundamentos."

- *"Y al respecto debemos citar nuevamente la Sentencia del TS de 20 de enero de 2014 que argumenta en el sentido siguiente: "...la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente".*

Una de las más recientes Sentencias en este posicionamiento es la **Sentencia 61/2014 de la Audiencia Provincial de Valencia a 24 de Febrero** que va más allá, no solo se queda en un juicio de valor, sino que realiza una comparación entre la información y asesoramiento a la hora de comercializar los productos, y hace referencia a la normativa MiFID, así dispone que *"Pues bien, de la prueba practicada en autos no resulta acreditado que la entidad demandante [...] cumpliera la labor informativa que le viene exigida legalmente, dando lugar a que los demandantes suscribieran un producto no adecuado a su perfil [...] En relación con cuanto se viene diciendo, incumplimiento de la obligación de información previa al contrato por parte de BANKIA[...]De la prueba testifical practicada con los empleados de la entidad bancaria en la que se verificó primero la suscripción de las preferentes y después el canje de éstas por acciones de Bankia, no es posible concluir que se proporcionara a los Sres. la necesaria información para realizar, tanto en uno como en otro caso, la suscripción de los contratos con pleno conocimiento del producto y de los efectos de la operación, pues el Sr. Donado, director de la oficina al momento del canje, se limitó a indicar que intervino en el canje como director, siendo la operación realizada por una empleada, y la Sra. empleada en la oficina bancaria al momento de la suscripción de las preferentes pero no en el del canje, que en la venta de las preferentes no se exigía documentación, no recordando las circunstancias que acompañaron la compra de aquellos valores por los demandantes."*

Tras la prueba testifical la Audiencia Provincial de Valencia concluye disponiendo que "En

definitiva, atendiendo a lo expuesto, no puede estimarse que la entidad demandada cumpliera con la obligación de información que le imponen las normas a que se ha hecho referencia, lo que necesariamente supone que los Sres. carecían de los datos esenciales al momento de la contratación, habiendo prestado así un consentimiento viciado por el error en los términos que señalan los artículos 1265 y 1266 Código Civil; error, por otra parte, excusable, dada la carencia de los demandantes de los conocimientos mínimos necesarios para entender el producto y el hecho de haber actuado en la confianza que les ofrecía su condición de clientes durante años de la entidad Bancaja, entidad ésta, que como se ha dicho infringió la imperativa obligación de información.”

2.- NULIDAD POR DOLO EN EL CONSENTIMIENTO

El Art. 1269 del Código Civil establece las circunstancias por las que se da el vicio en el consentimiento por este motivo *“Hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho.”*

Cabe destacar, desde una posición doctrinal que se entiende que en la comercialización de las participaciones preferentes ha habido dolo cuando se aprecia que la entidad comercializadora, abusando de la confianza que los consumidores y clientes tienen en la misma, le venden un producto objetivamente perjudicial para dicho consumidor o con un alto riesgo y toda esa información se oculta de manera consciente por la entidad comercializadora.

De entre las diferentes sentencias que estiman que ha existido un vicio en el consentimiento por dolo cabe destacar la **Sentencia Juzgado de Primera Instancia Nº 1 de Mataró, de 5 de febrero de 2013** *“La conducta pasa de ser de no honesta ni transparente o sincera, a poder incurrir, presuntamente, en responsabilidad de tipo cuasi delictual, ya que ante un producto complejo, un cliente con Alzheimer y el otro con un perfil no inversor que al practicar el test de conveniencia se evidencia que no es apto para este tipo de productos. En definitiva, dentro del dolo civil se incardina la maquinación fraudulenta o la emisión de expresiones insidiosas sin las que el cliente no hubiera suscrito el contrato cuya anulabilidad se insta y, aun cuando el término de participación preferente no ha sido creado por las entidades de crédito, sino por la propia ley, su mismo nombre es un ejemplo de despropósito legal porque es una denominación engañosa por sí misma e inductora a confusión aun incluso a personas con conocimientos técnico jurídicos no avanzadas como inversores. Por dos razones, porque no es una «participación» en sentido societario y porque no incorpora ningún derecho que, en rigor, pueda calificarse como «preferente».”*

3.- NULIDAD POR INCUMPLIMIENTO DE LA DIRECTIVA MiFID

Para integrar, entender e interpretar lo referente al vicio del consentimiento por error, algunas sentencias traen a colación el cumplimiento o no de la Directiva MiFID, a través de esta forma de lo cual argumentan desde la perspectiva de las participaciones preferentes el precepto de la normativa general (Art.1261 Código Civil) y lo integran en un ámbito más específico.

Por ello podemos entender que existe un tercer motivo de nulidad, se trata del incumplimiento de una directiva, y por tanto una actitud contralegem por parte de la entidad, es decir, el incumplimiento de la Directiva MiFID²⁹ cuya consecuencia es la nulidad total del negocio jurídico celebrado entre la entidad y el inversor minorista.

La **sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Noviembre de 2005**, determina en lo referente al cumplimiento de esta normativa que las entidades no deben observar un diligencia de actuación genérica de derecho civil “buen padre de familia” sino que específica, es decir del “ordenado empresario y representante lela en defensa de los intereses de sus clientes”.

Este año, a este respecto, cabe destacar la **Sentencia 30/2014 de la Audiencia Provincial de León a 6 de Marzo** centrada en el deber de Información por parte de la entidad bancaria en relación con la normativa aplicable al contrato, en dicha sentencia el tribunal dispone que “Concretamente la Directiva 2004/39 que está incorporada al ordenamiento jurídico interno ha sido objeto de interpretación en la sentencia del Tribunal de la Unión Europea de fecha 30 de mayo de 2013 que señala que la prestación de un servicio de inversión a un cliente conlleva, en principio, la obligación de la empresa de inversión de llevar a cabo la evaluación establecida en el artículo 19, apartados 4 y 5 de la Directiva 2004/39, indicando que el asesoramiento en materia de inversión, con arreglo al artículo 4, apartado 1, punto 4 de la Directiva 2004/39, consiste en la prestación de recomendaciones personalizadas al cliente. Debemos añadir además que el demandante se constituye en su relación contractual con la entidad bancaria como parte débil o consumidora de un producto o servicio financiero, siendo a todos los efectos el destinatario final del servicio y por tanto, teniendo el carácter legal de consumidor. Resulta entonces plenamente de aplicación las disposiciones contenidas en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 1 de diciembre de 2007, según las cuales las cláusulas generales deben cumplir con los requisitos de la buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye las cláusulas abusivas, así como el derecho de información adecuado a sus circunstancias se hace especialmente exigible en este caso. Asimismo, resulta indudable el carácter de cliente minorista que cabe atribuir al actor, y, en consonancia con dicha consideración, habrá de reconocerse la mayor protección que

²⁹ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia N° 70 de Madrid, de 28 de enero de 2013

expresamente establece dicha ley.

Cabe destacar la especial mención que este Tribunal al deber de información disponiendo en la Sentencia mencionada anteriormente *“El Legislador ha querido que el cliente de la entidad financiera reciba una determinada información y por tanto su omisión total o parcial, incide en el ámbito de formación de la voluntad y resulta relevante para determinar si al no recibirla pudo ignorar aquellos extremos precisos para la prestación del consentimiento y, muy en particular el alcance del riesgo asumido. Las normas de la LMV integran de modo imperativo la actividad contractual y tanto la fase precontractual como el acto mismo de contratación y el desenvolvimiento del contrato, y su infracción puede determinar la nulidad del contrato. En este sentido es indudable la aplicación al supuesto objeto de análisis de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, de Mercado de Valores, porque ya se encontraba en vigor y además la normativa MIFID resulta de incuestionable aplicación por el principio de "interpretación conforme" a la normativa comunitaria.”*

La sentencia reitera su posición respecto del deber de la Entidad, Banco Santander, de proporcionar información al cliente *“Analizadas las características de este producto financiero concluimos con la necesidad de prestar una información previa y exhaustiva por parte de la entidad bancaria al cliente de la misma pues no se ofrecen meramente acciones. En este caso, la adquisición de los VALORES SANTANDER controvertidos tuvo lugar sin haber sido aportada por la entidad bancada una información clara, transparente y suficiente sobre la naturaleza del producto y sus riesgos, sin explicaciones sobre su carácter de convertible en acciones y como tal dependiente la inversión de su cotización. En la orden de compra el ordenante manifiesta haber recibido y leído el tríptico informativo y declara que conoce y entiende las características de los Valores Santander que suscribe, sus complejidades y riesgos. Firma además un anexo en el que se dice que habiendo sido informado sobre las características y riesgos de la inversión ha decidido proceder “tras mi propio análisis, a realizar dicha suscripción”.*

4.- VICIO EN EL CONSENTIMIENTO ANTE LA COMERCIALIZACIÓN DEL MISMO PRODUCTO, LA MISMA DINÁMICA DE CONTRATACIÓN Y EL MISMO PERFIL CONTRATANTE

La **Sentencia 20/2014 del Juzgado de lo Mercantil Nº1 de Bilbao** sobre el “Caso Eroski”, determina que ha existido vicio en el consentimiento por error; dicho error entiende el Juzgado recae sobre las características principales del producto y el cual no es imputable al cliente, sino a la entidad financiera que estaba legalmente obligada a suministrar información suficiente,

comprensible y adecuada a sus clientes en atención a su eventual decisión en materia inversora.

El vicio del consentimiento por error entiende el juzgado que se da de manera colectiva y se reitera en la acumulación del procedimiento estableciendo que *“Todos los casos son idénticos: mismo producto, misma dinámica de contratación y el mismo perfil contratante (cliente minorista)”* [...] *“La forma de colocación del producto ha sido idéntica: información verbal de las características por los comerciales del banco y sin entregar a los contratantes documento escrito alguno donde consten dicha características en el momento de la contratación o antes”*

De forma colectiva, sigue quedando claro para el Juzgado de lo Mercantil N°1 de Bilbao que *“los comerciales no advirtieron a los clientes de la entidad de forma clara y comprensible del riesgo que corrían de perder total o parcialmente el importe invertido en AFSE”*

Cabe destacar que el Juzgado da más credibilidad al conjunto de los consumidores demandantes disponiendo que *“para quien ahora resuelve merecen mas credibilidad las de los clientes del banco que las de los empleado; los clientes relatan lo acontecido con todo detalle, con convencimiento, sin incurrir en contradicciones ni respuestas evasivas. En cambio los comerciales del banco contestan con respuestas extrañamente coincidentes obre la información y los documentos que daban a sus clientes, con respuestas poco concluyentes que luego precisan de matizaciones “no recuerdan” ningún dato concretos de las contrataciones que gestionaron y desde luego su testimonio transmite y logra menos convencimiento que el de los clientes”*

Dentro de la resolución por vicio en el consentimiento, la Sentencia, a efectos de argumentar la colectividad de la demanda dispone que *“aunque cada caso pueda tener su peculiaridad, entre todos ellos “existe un nexo por razón del titulo o causa de o pedir” (la defectuosa información suministrada en relación al riesgo del producto) lo que permite agrupar en una misma demanda todas las reclamaciones, por economía procesal y para evitar sentencias contradictorias”*

En conclusión, aunque la entidad insiste en la individualización del procedimiento y resolver “caso por caso”, el Juzgado entiende que todos los casos son sustancialmente idénticos, “prototípicos” y por tanto todos los casos demandados contienen un vicio en el consentimiento por error y todos ellos son semejantes e incluso idénticos.

IV. CUESTIONES PROCESALES DESTACADAS POR LAS SENTENCIAS

ACCIÓN COLECTIVA

El artículo 11.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los intereses generales de los consumidores y usuarios.

Llegados al concepto general cabe diferenciar entre intereses colectivos e intereses difusos. Los primeros son aquellos perjudicados de manera determinable y los difusos cuando la pluralidad de consumidores afectados sea indeterminada o de difícil determinación. Esta legitimación que la normativa establece a las asociaciones de consumidores encuentra su justificación en la propia sociedad de consumo creada por el estado de bienestar que yendo más allá de las propias relaciones individuales, crea un marco jurídico en el que la contratación colectiva, en masa, cada vez es más frecuente y por tanto entendemos que la lucha contra esos fraudes colectivos o en masa también debe ser colectiva para que el consumidor sufra los menos perjuicios, sobretodo económico a la hora de litigar y “luchar” contra las entidades bancarias en el caso que nos ocupa, las cuales tienen una posición dominante y económica más poderosa.

En este hilo argumentativo, podemos destacar la **Sentencia 259/2013 del Juzgado de lo Mercantil Nº 3 de Valencia de 2 de Diciembre**³⁰ que hace una distinción entre acción conjunta y colectiva por un lado *“Pero no conviene confundir acciones conjuntas o acumuladas con acciones colectivas, Las primeras, que pueden ejercitar quienes quieran en una misma demanda, permiten plantear la nulidad de varios contratos realizados con infracción de los requisitos legalmente establecidos particularmente, en materia de consentimiento.”*

Por otra lado, la **Sentencia 186/2013 Juzgado de Primera Instancia E Instrucción Nº 1 Y De Lo Mercantil De Cáceres De 5 De Diciembre** determina la legitimidad de la acción colectiva haciendo que la carga de la prueba recaiga sobre las entidades bancarias *“Eso sí como tutela colectiva que es, considerando que la legitimación colectiva de las asociaciones de consumidores*

³⁰ A su vez la **Sentencia 259/2013 del Juzgado de lo Mercantil Nº 3 de Valencia de 2 de Diciembre** determina que *“En definitiva, que la nulidad de los concretos contratos sobre preferentes y subordinadas solo puede pedirse en un procedimientos en que se analice cada contrato y las propias circunstancias de la contratación, que pueden ser muy variables, de ahí que el cliente deba pedirlo individualmente y no a través de una acción colectiva de cesación.”* por lo que niega la colectividad de la acción a la hora de la defensa de los intereses de los consumidores.

y usuarios está íntimamente ligada al objeto del proceso, debe probarse que están afectados los intereses colectivos de los usuarios afectados, y así ha sido, no sólo por la prueba aportada por la demandante, sino porque la entidad demandada no ha aportado ninguna prueba al respecto, limitándose a negar los hechos. Precisamente se reconoce implícitamente esta posibilidad en la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 sobre las cláusulas suelo, en que se analizó la falta de transparencia de dichas condiciones generales, en una acción colectiva, sin necesidad de valorar caso por caso que el consumidor era consciente de dicha condición, habida cuenta del carácter instrumental de los procesos colectivos.”

ACCIÓN DE CESACIÓN DE INCORPORACIÓN DE CLÁUSULAS ABUSIVAS A LOS CONTRATOS

La acción de cesación persigue un doble efecto: por un lado la condena judicial a cesar en el comportamiento lesivo, es decir, en el caso que nos ocupa, que ya no se aplique las cláusulas que se consideran abusivas a los contratos, y por otra parte, que se prohíba la incorporación de dichas cláusulas abusivas en nuevos contratos. Además según determina el Artículo 12 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación “A la acción de cesación podrá acumularse, como accesoria, la de devolución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de las condiciones a que afecte la sentencia y la de indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de dichas condiciones.”

A raíz de la interposición de Acciones de Cesación por parte de ADICAE son varias las sentencias que tratan sobre ello; La **Sentencia 289/2013 del Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de Santander de 27 de noviembre** establece cuales son las pretensiones fundamentales de dicha acción “No debe perderse de vista, sin embargo, que la acción colectiva de cesación no sólo aspira a proyectar efectos para evitar una futura contratación con cláusulas ilícitas (efecto de prohibición) sino que también persigue impedir que se persista en la utilización de las mismas en contratos de pretérita suscripción que todavía tengan vigencia al tiempo de la demanda (efecto de abstención). *La estimación de la acción de cesación no sólo entrañaría que el predisponente no pudiera incluir esa condición general en futuros contratos (eliminación de la cláusula) sino que tampoco podrá invocarla para fundar ninguna pretensión jurídica en la fase de ejecución de los contratos anteriores que la incluyeran, pues no podrá seguir utilizándola (abstención de emplearla en lo sucesivo)...”*

A su vez, la **Sentencia 290/2013 del Juzgado de lo Mercantil Nº1 de Santander de 27 de noviembre** dispone que “Partiendo pues a la luz de lo señalado de que son notas definitivas y

comunes a las acciones de cesación ahora ejercitadas , la abstracción , la generalidad y el peligro de reiteración, debe entrarse a valorar , bajo estos parámetros y tomando en consideración en palabras del el Tribunal Supremo “ lo que puede entenderse como un consumidor medio³¹”, si las cláusulas examinadas contravienen la legislación que específicamente contempla la posibilidad de utilizar dichas acciones , que en este caso son la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y la Ley de Publicidad” [...] “Cabe así conforme al art 4.2 Directiva 93/13 el control del carácter abusivo de una CG aunque defina el objeto principal del contrato, si no está redactadas de manera clara y comprensible, lo que nos lleva, en contratos con consumidores, al art 80.1 TRLCU conforme al cual la cláusulas no negociadas individualmente con consumidores y usuarios deben cumplir los requisitos de concreción, claridad y sencillez en la redacción con posibilidad de comprensión directa, así como de accesibilidad y legibilidad de forma que permita al consumidor el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido.”

Respecto de las consideraciones de cláusulas abusivas dentro de los contratos de participaciones preferentes cabe destacar que la **Sentencia 291/2013 del Juzgado de lo Mercantil Nº1 de Santander de 26 de noviembre** establece los requisitos necesarios para entender que hay abusividad en una cláusula, determinando que *“En efecto, que una cláusula sea clara y comprensible en los términos expuestos no supone que sea equilibrada y que beneficie al consumidor. Lo que supone es que si se refiere a cláusulas que describan o definen el objeto principal del contrato no cabe control de abusividad -este control sí es posible en el caso de cláusulas claras y comprensibles que no se refieren al objeto principal del contrato-. De forma correlativa, la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas...”* a su vez, la **Sentencia 302/2013 del Juzgado de lo Mercantil Nº2 de Bilbao de 27 de diciembre** determina que *“La previsión contenida en la estipulación supone, a juicio de este Tribunal, una estipulación abusivo al hacer recaer exclusivamente en el consumidor errores y fallos ajenos por completo al mismo cuando precisamente el emisor de la información es la entidad bancaria.”*

ESPECIAL CONSIDERACIÓN AL AUTO DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 5 C DE MADRID A 27 DE FEBRERO DE 2014 → PARTICIPACIONES PREFERENTES DE BANKIA Y CAJA MADRID

LA LEGITIMIDAD ACTIVA DE ADICAE

El Auto dispone respecto de la legitimidad de la parte actora lo siguiente *“La parte demandante reúne los requisitos de capacidad, representación y postulación procesales necesarios para comparecer en juicio conforme a lo determinando en los art. 6,7,23 y 31 de la ley*

1/200 de enjuiciamiento civil” La parte demandante o actora es aquella que ostenta la titularidad³¹ de los derechos o obligaciones o bien, algún interés legítimo en una determinada relación jurídica discutida. Cabe especificar que el Auto determina que los actores de la demanda contra las entidades Bankia y Caja Madrid cumplen los requisitos expresados, que a continuación procedemos a analizar.

1.- Capacidad para ser parte: Art. 6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil determina “1. Podrán ser parte en los procesos ante los tribunales civiles: 8.º Las entidades habilitadas conforme a la normativa comunitaria europea para el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios.”

Por lo tanto ADICAE tienen la capacidad para ser parte dado que el Art. 11 de la LEC determina que “1. Sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios. 3. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas.”

Además el Art. 24.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios determina que “Las asociaciones de consumidores y usuarios constituidas conforme a lo previsto en este título y en la normativa autonómica que les resulte de aplicación, son las únicas legitimadas para actuar en nombre y representación de los intereses generales de los consumidores y usuarios.” Por lo tanto queda claro que ADICAE cumple con los requisitos necesarios para ser parte.

2.- Comparecencia en juicio y representación: El Art. 7 de la LEC establece “Sólo podrán comparecer en juicio los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles.4. Por las personas jurídicas comparecerán quienes legalmente las representen.”

En virtud del Art. 5 de la Ley orgánica 1/2002 de 22 de marzo reguladora del derecho de Asociación “El acuerdo de constitución, que incluirá la aprobación de los Estatutos, habrá de formalizarse mediante acta fundacional, en documento público o privado. Con el otorgamiento del acta adquirirá la asociación su personalidad jurídica y la plena capacidad de obrar.” e inscrita en el correspondiente registro en virtud de lo establecido en el artículo 10 de esta ley.

Por lo tanto queda acreditado que ADICAE cumple con los requisitos de comparecencia y juicio y

³¹ **Art. 10 Ley de enjuiciamiento Civil** “Serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso.”

representación.

3.- Postulación procesal: Es exigencia legal que las partes comparezcan representadas por procurado (Art. 23 LEC) y defendidas por un abogado (Art. 31 LEC) a fin de poder ejercitar de manera válida sus acciones. Dicha exigencia legal que determina la obligatoriedad de Abogado viene determinada por el derecho de tutela judicial efectiva determinada por el Art 24 de la Constitución Española de 1978 para que no se produzca indefensión. Por otra parte, la exigencia del procurador se fundamenta en la exigencia de seguridad jurídica (Art.9.3 CE) y en la eficacia ya que es nexo de unión entre el Abogado y el órgano jurisdiccional.

LA COMPETENCIA JUDICIAL DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL

La Constitución Española otorga a los jueces y tribunales la potestad de “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado” en su Art. 118.3, de esta manera el auto entiende que el Juzgado de lo Mercantil ante el cual se presenta la demanda y según se turne es competente para conocer de parte de la materia que se solicita en el petitum “*En la exposición de motivos de la LO 8/2003 de 9 de julio (apartado II) se indica que “la creación de estos nuevos juzgados especializados dentro del orden jurisdiccional civil, de cuya necesidad incuestionada se ha hecho eco expresamente el Pacto de Estado para la reforma de la Justicia firmado el 28 de mayo de 2001, responde a un doble propósito. Por una parte, dar respuesta a la necesidad que planea la nueva Ley 22/2003, Concursal (...) De otro lado, la complejidad de la realidad social y económica de nuestro tiempo y su repercusión en las diferentes ramas del ordenamiento aconseja avanzar decididamente en el proceso de la especialización. Con tal finalidad, se encomienda a los juzgados de lo mercantil otras competencias añadidas a la materia concursal, abriendo con ello u camino de futuro que debe rendir frutos importantes en el proceso de modernización de nuestra Justicia. Interesa añadir en este punto dos aclaraciones importantes. La denominación de estos nuevos juzgados alude a la naturaleza predominante en las materias atribuidas a su conocimiento, no a una identificación plena con la disciplina o la legislación mercantil, siendo así que, ni se atribuye en este momento inicial a los juzgados de lo mercantil todas las materias mercantiles, ni todas las materias sobre las que extienden su competencia son exclusivamente mercantiles”*

Por lo tanto, en razón a la materia, el tribunal de lo mercantil no puede ser competente para acciones cuya principal pretensión en la nulidad de contratos por vulneración de los elementos esenciales del contrato dispuestos en el Art. 1261 del Código civil, es decir, consentimiento, objeto y causa. De esta manera el Art. 46 de la Ley de Enjuiciamiento Civil determina que “*Los Juzgados de Primera Instancia a los que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 98 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se les haya atribuido el conocimiento específico*

de determinados asuntos³², extenderán su competencia, exclusivamente, a los procesos en que se ventilen aquéllos, debiendo inhibirse a favor de los demás tribunales competentes, cuando el proceso verse sobre materias diferentes. Si se planteara cuestión por esta causa, se sustanciará como las cuestiones de competencia.” El propio Auto, establece que la pretensión a priori de la actora es la nulidad de los contratos por vicio en el consentimiento, así determina que “en la demanda y en las sucesivas ampliaciones de demanda se invocan como fundamento de la pretensión la nulidad de los contratos suscritos por falta de elementos esenciales para su validez, por infracción de preceptos del Código civil y por defectos causantes de la anulabilidad”

El auto del Juzgado de lo Mercantil en aras de determinar su **competencia material** respecto de los petitum de la demanda determina “No cabe sostener que el criterio de conexión atribuye competencia a los Juzgados de lo Mercantil; es decir, si se ejercen acciones que son conexas a las materias expresamente previstas en el Art. 86.2 ter de la ley, se extiende el conocimiento a aquellas materias. Sin embargo, debe rechazarse esta argumentación también, y ello porque no debe olvidarse que la conexión no constituye un criterio de atribución de competencia objetiva, tal como se desprende del Art. 73.1.1º de la ELC, que exige para la acumulación de acciones que el Juzgado sea competente objetivamente para conocer todas las acciones que se ventilen; en este sentido se expresan AAP de Zaragoza (sec 5º) de 17 de octubre de 2006 y AAP de Madrid (sección 28) de 14 de diciembre de 2006.”

El Art.86 ter apartado segundo de la LOPJ determina que “Los juzgados de lo mercantil conocerán, asimismo, de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de: a) Las demandas en las que se ejerciten acciones relativas a competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad, así como todas aquellas cuestiones que dentro de este orden jurisdiccional se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas.
d) Las acciones relativas a condiciones generales de la contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia.”

Por lo tanto, se entiende que el Juzgado de lo Mercantil de Madrid sólo va a poder entrar a conocer de lo expuesto anteriormente pero no de la nulidad de los contratos por vicio en el consentimiento.

Prosigue el Auto disponiendo que “Ante esta tesitura, cabría la posibilidad de inadmitir

32 En el caso que nos ocupa a los tribunales mercantiles se les ha establecido unas materias a las que pueden entrar a conocer por la **Ley Orgánica 8/2003**, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

totalmente la demanda, por indebida acumulación de acciones, pero es posible, para evitar que vuelva a presentar una nueva demanda, admitir la demanda solo por aquellas pretensiones sobre las que este juzgado es competente, debiendo no admitirse la demanda de las pretensiones que tienen fundamento en la nulidad de los contratos suscritos por falta de elementos esenciales para su validez, por infracción de los preceptos del Código Civil y por defectos causantes de la anulabilidad.”

El Tribunal Constitucional en referencia al derecho a la tutela, ha dispuesto de manera reiterada que no debe cerrarse al acceso al proceso del demandante, siempre y cuando dicha exposición defectuosa no genere indefensión al demandado, ni impida al Tribunal cumplir con su obligación de congruencia.

Según determina el **Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 4 de Septiembre de 2009**, las normas que regulan, tanto la inadmisión de la demanda como la excepción del defecto legal, deber ser interpretadas de forma restrictiva, es decir con carácter excepcional y extraordinario. El mencionado Auto determina que *“sólo será posible decretar la inadmisión o el archivo o sobreseimiento cuando no se realicen las aclaraciones y precisiones interesadas por el tribunal, pero siempre y cuando, pese a la desidia de la parte actora en cumplir el requerimiento judicial, fuese absolutamente imposible determinar las pretensiones que contiene el suplico de la demanda”* Por lo que es necesario que las pretensiones sean indeterminables de manera plena y absoluta para inadmitirse la demanda.

De manera similar, y estableciendo el rechazo de inadmitir demandas debido a errores formales, el **Auto 125/2010 de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de mayo** determina que *“Las demandas sólo pueden rechazarse cuando falten los presupuestos exigidos en la ley o cuando se formulen con manifiesto abuso de derecho o en fraude de ley de modo que el derecho a la tutela judicial efectiva y principio «pro actione» proscriba si no faltan los presupuestos exigidos legalmente que las demandas sean inadmitidas e impone que éstas sean admitidas para dar al juicio la tramitación que corresponda”*

LA PUBLICIDAD E INTERVENCIÓN EN PROCESOS PARA LA PROTECCIÓN DE DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS Y DIFUSOS DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

El auto determina que en el tipo de procedimiento que se viene tramitando cabe la posibilidad de aplicar el Art. 15 de la LEC relativo a la publicidad e intervención en procesos para la protección de derechos e intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios, de manera

determina se dicta por el Juzgado de lo Mercantil que “Se trata de un procedimiento al que resulta aplicable lo previsto en el Art. 15 1 y 3 de la LEC que dice “ En los procesos promovidos por asociaciones o entidades constituidas para la protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, o por los grupos de afectados, se llamará al proceso a quienes tengan la condición de perjudicados por haber sido consumidores del producto o usuarios del servicio que dio origen al proceso, para que hagan valer su derecho o interés individual. Este llamamiento se hará por el Secretario judicial publicando la admisión de la demanda en medios de comunicación con difusión en el ámbito territorial en el que se haya manifestado la lesión de aquellos derechos o intereses.”

El Ministerio Fiscal será parte en estos procesos cuando el interés social lo justifique. El tribunal que conozca de alguno de estos procesos comunicará su iniciación al Ministerio Fiscal para que valore la posibilidad de su personación. 3. Cuando se trate de un proceso en el que el hecho dañoso perjudique a una pluralidad de personas indeterminadas o de difícil determinación, el llamamiento suspenderá el curso del proceso por un plazo que no excederá de dos meses y que el Secretario judicial determinará en cada caso atendiendo a las circunstancias o complejidad del hecho y a las dificultades de determinación y localización de los perjudicados. El proceso se reanudará con la intervención de todos aquellos consumidores que hayan acudido al llamamiento, no admitiéndose la personación individual de consumidores o usuarios en un momento posterior, sin perjuicio de que éstos puedan hacer valer sus derechos o intereses conforme a lo dispuesto en los artículos 221 y 519 de esta ley.”

Los rasgos esenciales del citado artículo son los siguientes:

- El reconocimiento expreso de la eventualidad de adhesión por parte de los consumidores y usuarios afectados
- El interviniente será parte activa del proceso
- El llamamiento a la adhesión se determinará (*habrá de estar a lo establecido en el Auto*)³³

33 Auto del Juzgado de lo Mercantil “Por lo tanto se deberá actuar de la presente forma:

1º) .- se llama al procedimiento 286/2013, a quienes tengan la condición de perjudicados por haber sido consumidores del producto o usuarios del servicio que dio origen a este proceso, para que hagan valer su derecho o interés individual. Este llamamiento se hará como preceptúa el mencionado Art. 15.1, por el Secretario Judicial publicando la admisión de la demanda en el medio de comunicación con difusión en el ámbito territorial en el que se ha manifestado la lesión de aquellos derechos o intereses, concretamente, en el periódico de ámbito nacional “el país” al que se remitirá oficio acompañado del correspondiente edicto, - costeando la parte actora los gastos de dicha publicación y remitiendo a este juzgado ejemplar donde se haya publicado-.

2º).- Tratándose de un proceso en el que el hecho dañoso perjudica a una pluralidad de personas indeterminadas o de difícil determinación y conforme al mencionado Art. 15.3 de la LEC, el llamamiento suspende el curso del proceso por un plazo de dos meses, desde el día de la publicación en el periódico el

La principal finalidad es garantizar la rapidez de los procedimientos judiciales en los que se ejercite la acción de cesación para la protección de los intereses colectivos o difusos de los consumidores (Véase exposición de motivos de la Ley 39/2002)

CADUCIDAD DE LA ACCIÓN

Frente a las acciones judiciales ejercitadas por los consumidores, las entidades bancarias han alegado caducidad en la acción, es decir, que los consumidores no podrían ejercitar acción porque la cual había caducado por haber transcurrido el plazo de cuatro años desde su comercialización, a raíz de ello, la **Sentencia 30/2013 de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife a 24 de Enero** determina que *“De esta manera, al establecer el art. 1301 del Código Civil un plazo de caducidad (que no de prescripción) de cuatro años para este tipo de acciones, es claro que la acción no había caducado cuando se interpuso la demanda en la medida en la que si bien ciertamente el error se detecta una vez que la compraventa de acciones ha sido perfeccionada, lo cierto es que el error no se puso de manifiesto entonces, sino que fue conocido por la demandante una vez que ésta pretendió ejercitar uno de los derechos que tenía: el derecho a cancelar las participaciones por parte del emisor siendo precisamente en ese momento en el que ella detecta y es consciente del error que ahora denuncia. Además, no hay que olvidar que se está ante contratos de prestaciones periódicas y de tracto sucesivo (y no de ante un contrato de tracto único, máxime porque no se prevé una fecha exacta de vencimiento o amortización, lo que es tanto como decir que se trata de participaciones de carácter "perpetuo"), por lo que la consumación del mismo no coincide con el momento de la perfección.”*

Tampoco prevé la caducidad la **Sentencia 30/2014 de la Audiencia Provincial de León a 6 de Marzo** la cual entiende que *“El cómputo del plazo de caducidad de la acción ejercitada para pedir la anulación del contrato por error, dolo o falsedad de la causa, se inicia desde la consumación del contrato. La perfección y la consumación del contrato son conceptos diferentes: el contrato se perfecciona cuando se presta consentimiento por ambas partes sobre la cosa y la causa que han de ser objeto del contrato pero se consuma cuando se da cumplimiento a las obligaciones contraídas (con la perfección del contrato surgen las obligaciones y con la consumación su cumplimiento). Es decir, sin duda, la regulación legal está prevista pensando en*

País. El proceso se reanuda con la intervención de todos aquellos consumidores que hayan acudido al llamamiento, no admitiéndose la personación individual de consumidores o usuarios en un momento posterior, sin perjuicio de que éstos puedan hacer valer sus derechos o intereses conforme a lo dispuestos en los arts. 221 y 519 de la ley. A tal efecto, los consumidores que acudan al llamamiento lo harán personándose en el procedimiento con Abogado y Procurador- en las formas legalmente admitidas: Justicia gratuita, solicitud de Abogado y Procurador de oficio, a través de Asociación de consumidores o usuarios; apud acta.....”

la "posibilidad real" del ejercicio de la acción. La STS de 11-06-2003 señala lo siguiente: "Dispone el art. 1301 del Código Civil que en los casos de error, o dolo, o falsedad de la causa, el plazo de cuatro años, empezará a correr, desde la consumación del contrato, norma a la que ha de estarse de acuerdo con el art. 1969 del citado Código. En orden a cuando se produce la consumación del contrato, dice la sentencia de 11 de julio de 1984 que "es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad del contrato de compraventa, con más precisión por anulabilidad, pretendida por intimidación, dolo o error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones (sentencias, entre otras, de 24 de junio de 1897 y 20 de febrero de 1928), y la sentencia de 27 de marzo de 1989 precisa que "el art. 1301 del Código Civil señala que en los casos de error o dolo la acción de nulidad del contrato empezará a correr "desde la consumación del contrato". Este momento de la "consumación" no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar, como acertadamente entendieron ambas sentencias de instancia, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes".

Por lo tanto las Audiencias Provinciales³⁴ de manera acertada consideran que no hay caducidad en la acción dado que el perfeccionamiento de un contrato de inversión a largo plazo y más en los de participaciones preferentes que son perpetuas, no implica que el plazo comience, sino que se trata de contratos de tracto sucesivo y por tanto, no ha sido consumo todavía.

34 Sentencia Juzgado de Primera Instancia Nº 1 de Mataró, de 5 de febrero de 2013 "La acción sólo podría ejercitarse «desde» la consumación del contrato. Las participaciones preferentes son de carácter permanente o perpetuo, no sometidas a plazo de vencimiento, el Tribunal entiende que la acción no está en ningún caso caducada por cuanto ni tan siquiera ha dado inicio al plazo de 4 años de caducidad de la misma, al estar el contrato desarrollando sus efectos jurídicos y económicos de forma plana."

VI. Breve consideración a la Deuda Subordinada

Al igual que ocurre en el caso de las participaciones preferentes, la deuda subordinada también se trata de un producto complejo³⁵, y como tal, no puede ser comercializado a clientes minoristas, es decir a consumidores, de esta manera, la **Sentencia 184/13 del Juzgado de Primera Instancia Nº 11 de Vigo** determina que *“Las Obligaciones Subordinadas son un producto complejo con riesgos superiores a los de una cuenta o depósito tradicional, por lo que el perfil del inversor de este tipo de productos debería ser un inversor especializado, y con conocimientos financieros, e invertir siempre cantidades ahorradas que el cliente se pueda permitir perder.”*

Por lo tanto, la forma de proceder por parte de las entidades comercializadoras, de este tipo de productos complejos y de riesgo, es similar al de la comercialización y colocación de las participaciones preferentes entre sus clientes.

Vamos a diferenciar varios aspectos de las sentencias que se han venido analizando al respecto:

Respecto del deber de la entidad de dar **información y asesoramiento** al consumidor, el Artículo 79 bis en su apartado octavo de la Ley de Mercado de Valores establece que la deuda subordinada es un tipo de producto complejo³⁶. Por lo tanto, su comercialización deberá regirse por la normativa MiFID, y por tanto las entidades bancarias deberán informar a sus clientes del producto, establecer su perfil inversionista³⁷ y tras el test de conveniencia establecer si los consumidores tienen un perfil apto para contratar. Pues bien, como es sabido, ninguna de estas diligencias ha sido llevada a cabo por las entidades bancarias que han comercializado la deuda subordinada de igual forma que las participaciones preferentes sin cumplir con sus deberes legalmente³⁸ establecidos.

35 Según el Banco de España, la **Deuda Subordinada** es *“un instrumento de renta fija emitido con características inferiores a las emisiones normales, principalmente porque su titular queda por detrás de todos los acreedores comunes en preferencia de cobro (orden de prelación). En el caso de las entidades de crédito esta deuda es considerada, junto a las participaciones preferentes, un instrumento híbrido de capital, en el sentido de que cumple ciertos requisitos que lo asemejan parcialmente al capital ordinario de las entidades de crédito, y es computable como recursos propios de las entidades.”*

36 **Sentencia 184/13 del Juzgado de Primera instancia 11 de Vigo** *“las obligaciones subordinadas también están catalogadas por dicha normativa como PRODUCTO COMPLEJO.”*

37 **Sentencia 184/13 del Juzgado de Primera instancia 11 de Vigo** *“debe ser calificado de cliente minorista en cuanto a su perfil inversor, ostentando además la condición de consumidor y, por tanto, siendo merecedor de la máxima protección”*

Así la **Sentencia Juzgado de Primera Instancia Nº 2 de Mataró, de 14 de marzo de 2013** establece como se ha producido esa comercialización *“La contratación proviene de la confianza que le inspira la relación de clientela que mantiene con el comercializador de los valores. La existencia de un folleto informativo por si solo no exime de responsabilidad al emisor ni garantiza que la información transmitida por el mismo haya sido adecuada. La entidad no proporcionó toda la información necesaria a la actora para que esta conociera y comprendiera la naturaleza y riesgo del producto contratado.”*

La **Sentencia 184/13 del Juzgado de Primera instancia 11 de Vigo** establece referencias respecto al carácter complejo del producto que venimos aquí analizando y además hace referencia a lo que dispone la Comisión Nacional del Mercado de Valores sobre este producto. *“El carácter del complejo instrumento financiero sobre el que recae la operación tiene mucha relevancia. La Comisión Nacional del Mercado de Valores afirma que “... en un contexto de campañas internas de distribución masiva de productos complejos de riesgo medio o alto (participaciones preferentes, bonos estructurados en capital garantizado, contratos financieros atípicos, derivados, etc.) entre los clientes de banca comercial, es posible que se utilice un lenguaje con elementos de opinión presentando la inversión como idónea para los clientes con la finalidad de que el inversor adopte la decisión de adquirir el instrumento financiero, es decir, el riesgo de prestar el servicio de asesoramiento en materia de inversión de forma inadvertida es mucho mayor...”*La complejidad de los productos financieros aumenta la asimetría entre el cliente y la entidad, ocasionando un desequilibrio que empuja, en la mayor parte de los casos, a las entidades financieras a transmitir recomendaciones activas y orientadas a la contratación como un elemento sustitutivo de la información técnica del producto, que el cliente no puede valorar por su carencia de experiencia, conocimientos financieros específicos y medios técnicos especializados.”

La Jurisprudencia, al igual que en el caso de las participaciones preferentes, entiende que dado que la comercialización de estos productos va a ser con consumidores, el deber de información que se les exige a las entidades debe ser mayor, a este respecto la **Sentencia 138/2013 del Juzgado de primera Instancia e Instrucción de Ponteareas de 22 de noviembre** determina que *“En el supuesto que nos ocupa en modo alguno consta que de forma verbal se haya proporcionado una información a la actora sobre el producto adquirido, que reúna las exigencias legales. Atendiendo al perfil de la demandante es claro el esfuerzo de información que habría que*

38 Sentencia 184/13 del Juzgado de Primera instancia 11 de Vigo *“Ni de forma documental ni verbalmente, se haya proporcionado una información al demandante sobre el producto que se le ofrecía y que reúna las exigencias legales. Atendiendo al perfil del demandante, que en el test realizado aparece como conservador, es claro el esfuerzo de información habría que realizar para explicar las características de este producto financiero, antes recogidas sucintamente, pues se trata de personas sin conocimientos especializados que se conozcan, tal y como se ha verificado en su interrogatorio”*

realizar para explicar las características de este producto financiero, antes recogidas sucintamente, pues se trata de personas sin conocimientos especializados que se conozcan y que nunca habían invertido en ningún producto financiero complejo como las obligaciones subordinadas. No es posible conocer a ciencia cierta cuál es la información que se le ha proporcionado a la actora acerca de la verdadera naturaleza, efectos, riesgo, extensión y consecuencias jurídicas del producto contratado porque no se ha propuesto por las partes que se escuche en el acto de juicio a la persona que directamente celebró los contratos objeto de litigio con la Sra. A Valle Franco”

Cabe destacar que en la mayoría de los contratos celebrados por la contratación de estos productos complejos, al igual que sucede en las participaciones preferentes se ha habido **vicios en el consentimiento.**

Al igual que lo expresado anteriormente, para la contratación de la deuda subordinada también es necesario que se den los requisitos esenciales del Artículo 1261 del Código Civil, es decir, Consentimiento, objeto y casusa. Cuando alguno de estos elementos falta o falla se cabe la nulidad contractual³⁹.

El vicio en el consentimiento puede darse por varias vías: error, dolo, violencia o intimidación y cualquier contrato en el que el consentimiento se haya prestado por una de las partes mediando cualquiera de estas circunstancias será nulo.

La **Sentencia Juzgado de Primera Instancia Nº 2 de Mataró, de 14 de marzo de 2013** dispone respecto de la comercialización de la deuda subordinada que existe “ *Error invalidante del consentimiento de la demandante*”, a su vez, continua estableciendo que ha mediado también un consentimiento no valido para el caso del canje de la deuda subordina estableciendo que “*El canje , tampoco tiene un consentimiento valido, dado que la entidad no daba otra posibilidad para recuperar el capital invertido. Debe mantenerse que existe una ineficacia del contrato de origen que ese presupuesto acarrea la nulidad del contrato dependiente que es consecuencia suya*”

Sentencia 138/2013 del Juzgado de primera Instancia e Instrucción de Ponteareas de 22 de noviembre se basa en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 19 de septiembre de 2013 para dar su determinación respecto del vicio en el consentimiento dado por el consumidor- cliente a la hora de contratar la deuda subordina y se establece que “Al respecto no

³⁹ **Sentencia 138/2013 del Juzgado de primera Instancia e Instrucción de Ponteareas de 22 de noviembre** “*Los efectos de la nulidad que se declara se residencian en el art. 1303 CC , que impone que deben restituirse recíprocamente las cosas del contrato*”

cabe sino reproducir el criterio de esta Sala, expresado entre otras en nuestra sentencia de 16 de julio de 2012, en la que se dice textualmente que "aun cuando diésemos por buena la tesis sostenida por la recurrente, en el sentido de que no nos hallamos ante un supuesto de nulidad radical del contrato sino de mera anulabilidad por hallarse viciado de error el consentimiento, lo cierto es que el propio precepto citado previene que en los casos de error, dolo o falsedad de la causa, el plazo en cuestión comenzará a correr desde la consumación del contrato. El momento de la consumación no ha de confundirse con el de la perfección, máxime en el caso de contratos de tracto sucesivo como el que nos ocupa, sino que debe referirse al instante en que terminan por cumplirse completamente las prestaciones que a ambas partes incumben"

Por último cabe destacar que la **Sentencia 184/13 del Juzgado de Primera instancia 11 de Vigo** hace especiales menciones al aspecto de los **conflictos intereses**.

Teniendo en cuenta lo analizado anteriormente, en que los consumidores daban un consentimiento viciado, sin información por parte de la entidad, cabe cuestionarnos, como así hace la recién mencionada sentencia si las entidades que colocaban a sus clientes y comercializaban estos productos lo hacían únicamente en interés de la propia entidad y por tanto vulnerando los principios bancarios y financieros que se derivan de un asesoramiento.

La normativa Española derivada de la Directiva MiFID, ha entendido en su Real Decreto 217/2008 que el servicio de asesoramiento de los productos de inversión no implica la realización de un contrato, basta con que conste la recomendación personalizada al cliente de manera escrita, así la Sentencia de Vigo determina que *"se observa que la razón esencial de ofrecer las obligaciones subordinadas no es el interés del cliente, que legalmente sería lo único a lo que podría atenerse la entidad bancaria en su labor de asesoramiento financiero, sino el de fortalecer los recursos propios de Caixanova"*

La Comisión Nacional del Mercado de Valores en su Memoria del Servicio de Reclamaciones del año 2011 ha establecido que "Las características de la relación establecida entre la entidad y el inversor constituían una evidencia de que la entidad estaba prestando un servicio de asesoramiento, aunque este no estuviera formalizado como tal en un contrato. [...] Es de destacar que el hecho de que el servicio de asesoramiento no se formalice por escrito con el cliente se encuentra en línea con el principio recogido en el ordenamiento asesoramiento, aunque no haya sido formalizado como tal, tanto si es de forma continuada como de forma puntual para una determinada operación, la entidad está obligada a realizar una evaluación de la idoneidad, teniendo en cuenta todos los elementos que son necesarios para la misma. [...] Por tanto, el conflicto no surge tanto porque la entidad busque un beneficio propio, algo consustancial a cualquier actividad con ánimo de lucro, sino que ese beneficio actúe en contra de los intereses del cliente o a costa de los mismos.

Por lo tanto, la Sentencia de Vigo entiende que *“Es evidente que este modus operandi es un esquema potencialmente generador de conflictos de intereses, ya que existe el riesgo cierto de que las recomendaciones del asesor/comercializador (Caixanova) vayan orientadas, de forma prioritaria, a los intereses de la contrapartida (Caixanova) y no a los del cliente. Debe recordarse que el banco no es el mero intermediario de la operación, sino la contrapartida directa de la operación y actúa por cuenta propia. Además, es importante que el inversor tenga en cuenta que las obligaciones subordinadas, debido a su naturaleza de inversión a largo plazo, están especialmente sujetas al riesgo de la evolución de los tipos de interés, lo que tampoco se indica en ninguno de los documentos aportados. Y, por último, debería haberse advertido que, en caso de insolvencia del emisor, las obligaciones subordinadas suponen “una renuncia al régimen legal de prelación de créditos que obliga al acreedor subordinado a participar del riesgo empresarial de forma similar a la del socio, aunque nunca igual, dado que el acreedor subordinado es preferente a éste”, lo que tampoco se explica. En conclusión, atendiendo al grado de complejidad de las obligaciones subordinadas, sólo los clientes que tengan un adecuado conocimiento de las peculiares características del producto, sobre todo en lo referido a su vencimiento, a la posibilidad de amortización anticipada por parte del emisor y, especialmente, a los riesgos mencionados anteriormente (plazo, rentabilidad, posibilidad de venta en mercado secundario...) haría posible que pudiesen adoptar una decisión informada y evitar las consecuencias negativas de una inversión no adecuada a su situación y expectativas.”*

Por lo que de este análisis queda claro que en ningún momento se buscaba asesorar e informar al cliente - consumidor, sino que a través de la comercialización de la deuda subordinada, actuar en único y exclusivo beneficio de la entidad.

IX. ANEXOS

ANEXO SENTENCIAS ESTIMATORIAS PARTICIPACIONES PREFERENTES

SENTENCIAS	ENTIDAD BANCARIA	FALLO DE LA SENTENCIA NULIDAD/ANULABILIDAD	CONSECUENCIA JURÍDICA
Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca 91/2011, de 21 de marzo	Banco Santander	Nulidad por vicio en el consentimiento por error	Restitución de las cantidades invertidas
Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia 105/2011, de 1 de Abril	Bankinter	Nulidad por vicio en el consentimiento por error por falta de información	Responsabilidad civil → devolver
Sentencia de la Audiencia Provincial de Mallorca 278/ 2011, de 2 de Septiembre	DEUTSCHE BANK	Resolución del contrato de asesoramiento en materia de valores por defectuosa información prestada por la entidad bancaria. No ha lugar a la declaración de anulabilidad del contrato suscrito entre las partes por error o dolo.	Se condena a la entidad a que abone a los demandantes la suma de 83.840,23 euros y sus intereses legales.
Sentencia del Juzgado de Primera Instancia Nº 9 de Zaragoza, de 16 septiembre 2011	Popular Banca Privada S.A	Nulidad por falta de información	Devolución de cantidades
Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca 82/2012, de 16 febrero	Banco Español de Crédito S.A (Banesto)	Incumplimiento contractual en la falta de información y asesoramiento	Cuantía indemnizatoria por incumplimiento contractual Reparar el daño producido por la falta de información que hubiera permitido a la actora adoptar una conducta en

			consonancia en la salvaguarda de sus intereses económicos, en una cantidad no inferior al 50% de su inversión.
Sentencia del Juzgado de Primera Instancia Nº 13 de Barcelona, de 4 de Abril de 2012	BANKPIME	Declarando el incumplimiento por parte de BANKPIME de sus obligaciones contractuales de diligencia, lealtad e información en la comisión mercantil consistente en una venta asesorada de los instrumentos objeto de la presente demanda, en los términos recogidos en la demanda.	Artículo 1124 del Código Civil → resolución de contrato y reclamación de cantidad resarcimiento de daños y abono de intereses
Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza 206/2012, de 17 de abril	Popular Banca Privada	Nulidad por Falta de información	Responsabilidad civil contractual → devolución e la cantidad
Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra 324/2012, de 25 de Abril	Banco Santander S.A.	Nulidad por falta de información	Devolución de cantidades
Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 428/2012, de 26 de Junio de 2012	Bankinter	Nulidad por vicio del consentimiento por error	resolución de los contratos y restitución de las cantidades más intereses
Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nº 1 de Cambados, de 10 de Julio de 2012	Novagalicia Banco S.A..	Nulidad por vicio en la prestación del consentimiento por error invalidante	Devolución de cantidades
Sentencia del Juzgado de Primera Instancia Nº 70 de Madrid, de 28 de enero	Barclays Bank S.A.	Incumplimiento parte de Barclays Bank de sus obligaciones contractuales asumidas	Resolución de los contratos con resarcimiento de daños

de 2013		con los actores.	
Sentencia Juzgado de Primera Instancia Nº 1 de Mataró, de 5 de febrero de 2013	BANKIA	Nulidad por vicio en el consentimiento por dolo civil nulidad de los contratos	Restitución de las cantidades más los intereses legales del mismo
Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra 163/2013, de 4 de Abril de 2013	Banco Santander	Nulidad por vicio en el consentimiento	Devolución de cantidades
Sentencia del Tribunal Supremo (sala primera de lo Civil) 244/2013, de 18 de abril de 2013	BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A	Incumplimiento culposo del contrato de gestión → falta de información y asesoramiento	Devolución de los interés legales desde que se requiere el pago
Sentencia del Juzgado de Primera Instancia Nº 10 de Valencia, de 3 de mayo de 2013	Bankia SA y Banco Financiero y de ahorros SA	Nulidad por vicio del consentimiento por error	Restitución de cantidades
Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza 209/2013, de 10 de Mayo de 2013	POPULAR BANCA PRIVADA S.A	Declarar negligente el cumplimiento de sus obligaciones por parte de la entidad	Condenar a la entidad a que indemnice con el capital
Sentencia del Juzgado de Primera Instancia Nº 84 de Madrid, de 24 de mayo de 2013	Caja Madrid	Nulidad por vicio en el consentimiento por error invalidante	Restitución de las cantidades
Sentencia del juzgado de Primera Instancia Nº 9 de Salamanca, de 4 de junio de 2013	Bankia SA	El consentimiento del demandante para la compra de participaciones preferentes fue prestado por error excusable.Nulidad	Condena a Bankia a pagar al actor la cantidad
Sentencia 289/2013 del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Santander de 27 de noviembre	Cantabria preferentes s.a.u y la Caja de ahorros de Santander y Cantabria,	<u>acción colectiva de cesación</u> Nulidad de cláusulas abusivas → eliminación de dichas condiciones generales de la contratación y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo en sus contratos.	
Sentencia 290/2013 del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Santander 27 noviembre.	Cantabria preferentes s.a.u	<u>acciones de cesación</u> Nulidad de clausulas abusivas → eliminación de dichas condiciones generales de	

		la contratación y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo en sus contratos.	
Sentencia 291/2013 del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Santander de 26 de noviembre.	Caja de ahorros de Santander y Cantabria y Cantabria preferentes s.a.u	<u>acciones de cesación</u> Nulidad de clausulas abusivas → eliminación de dichas condiciones generales de la contratación y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo en sus contratos.	
Sentencia 302/2013 del Juzgado de lo Mercantil Nº2 de Bilbao de 27 de diciembre	BBVA	<u>Acción Colectiva</u> Nulidad de las clausulas abusivas → eliminación de sus contratos de estas clausulas declaradas nulas y abstenerse en lo sucesivo de su utilización	
Sentencia 20/14 del Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de Bilbao de 27 de enero	Erosky + BBVA	Nulidad por vicio del consentimiento	Restitución de la cantidades
Sentencia 27/14 del Juzgado de Primera Instancia Nº 27 de Barcelona de 20Febrero	Catalunya Banc S.A	Nulidad por vicio en el consentimiento	Restitución de las cantidades
Sentencia 474/14 del Juzgado de Primera Instancia de Valladolid de 5 de Febrero	BANKIA S.A	Nulidad por falta de consentimiento	Restitución de las cantidades
Sentencia 147/2013 del Juzgado de Primera Instancia Nº 6 de Vigo de 10 Octubre	Nova Galicia Banco	Nulidad del contrato por vicio del consentimiento	Restitución de las cantidades

ANEXO SENTENCIAS DESESTIMATORIAS PARTICIPACIONES PREFERENTES

SENTENCIAS	ENTIDAD BANCARIA	FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA LA DESESTIMACIÓN
Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia Nº 116/2013, de 3 de abril	POPULAR BANCA PRIVADA S.A	La AP no aprecia error invalidaste del consentimiento
Sentencia 288/2013 del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Santander de 27 de noviembre	CAJA DE AHORROS DE SANTANDER Y CANTABRIA CAPITAL LIMITED	No cabe control de abusividad
Sentencia 308/13 del Juzgado de lo Mercantil Nº1 de Santander de 3 de Diciembre	BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO S.A y SANTANDER EMISORA 150 S.A.U,	No se está impugnando el contenido del clausulado de la emisión. Orden de suscripción o contrato tipo mal puede subsumirse la pretensión de la actora en el contenido propio de las acciones de cesación
Sentencia 259/2013 del Juzgado de lo Mercantil Nº3 de Valencia de 2 de Diciembre	BANKIA	La nulidad de los concretos contratos sobre preferentes y subordinadas solo puede pedirse en un procedimientos en que se analice cada contrato y las propias circunstancias de la contratación, que pueden ser muy variables, de ahí que el cliente deba pedirlo individualmente y no a través de una acción colectiva de cesación.

ANEXO SENTENCIAS DEUDA SUBORDINADA

SENTENCIAS	ENTIDAD BANCARIA	FALLO DE LA SENTENCIA NULIDAD/ANULABILIDAD	CONSECUENCIA JURÍDICA
Sentencia Juzgado de Primera Instancia Nº 2 de Mataró, de 14 de marzo de 2013	Bankia SA → (Caixa d'Estalvis Laietana)	Nulidad por vicio en el consentimiento por falta de información	Restitución íntegra del capital invertido
Sentencia 184/13 del Juzgado de Primera instancia 11 de Vigo.	CAIXANOVA NOVAGALICIA BANCO, S.A	Incumplimiento del deber de información	Restitución recíproca entre las partes de las obligaciones subordinadas y de los intereses
Sentencia 138/2013 del Juzgado de primera Instancia e Instrucción de Ponteareas de 22 de noviembre	Nova Caixa Galicia Banco S.A.	Nulidad por vicio en el consentimiento emitido por los actores	Restitución de las cantidades
Sentencia 186/2013 Juzgado de 1ª Instancia E Instrucción Nº 1 Y De Lo Mercantil De Cáceres De 5 De Diciembre	Liberbank SA (anteriormente Caja de Extremadura),	Nulidad de las condiciones generales de los contratos suscritos con los consumidores → eliminar de sus contratos estas condiciones generales y a abstenerse en lo sucesivo de su utilización	
Sentencia 81/2014 de la Audiencia Provincial de Caáceres de 20 de Marzo de 2014	Liberbank SA (anteriormente Caja de Extremadura),	Acción colectiva de cesación → desfavorable porque las acciones deben ser individuales de nulidad contractual por vicio en el consentimiento,	

* Sentencias sombreadas son de ADICAE