



Tlf. 963344731
Fax 963942494



FERRAN ABOGADOS

c/ Roger de Lauria 9-8ª
46002 VALENCIA

www.ferranabogados.com

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA NUM. 5 DE VALENCIA

Avenida del Saler, 14-3º "Ciudad de la Justicia" (46071)
TEL: 961929014
FAX: 961929314

Procedimiento: JUICIO ORDINARIO 1666/2011-F

SENTENCIA nº 181

MAGISTRADO-JUEZ: ILMO. SR. D.

Lugar: VALENCIA

Fecha: Ocho de octubre de dos mil doce

PARTE DEMANDANTE:

Abogado:

Procurador: GARCIA ORTS, AMPARO y GARCIA ORTS, AMPARO

PARTE DEMANDADA BANCO CAM

Abogado:

Procurador:

OBJETO DEL JUICIO: Reclamación de Acción de nulidad de contrato de orden de compra de participaciones y subsidiariamente de cumplimiento de contrato y reclamación de daños y perjuicios por responsabilidad contractual

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Dª se formuló en fecha 7 de noviembre del 2011 demanda de reclamación de cantidad por la que solicitaba de BANCO CAM el abono de 100.551,43 €. Ello como consecuencia de dos contratos celebrados en fecha 18 de noviembre y 21 de diciembre del 2.005, en virtud de los cuales BANCO CAM habría transmitido a Dª dos títulos de un producto denominado "UNIÓN FENOSA PREF VAR", sin haberle informado convenientemente de las características del citado producto, como que el mismo podía dar lugar a la pérdida del dinero invertido o que los mismos pudieran dejar de percibir intereses atendiendo a la evolución de la compañía

en cuestión. A la vez que se le informaba que podía obtener el reintegro de su dinero en el plazo de 6 a 15 días.

Resultando que a finales del año 2.008 _____ dieron orden de vender las citadas participaciones, sin poder efectuar la venta de las mismas, tanto por la dificultad de venta del producto, como por la propia actuación de BANCO CAM, que no hizo lo necesario para que pudiera llevarse a buen término la venta.

Alegaciones las expuestas que sirvieron para justificar la petición de los actores en el sentido de instar la declaración de nulidad del contrato de venta de las participaciones preferentes, con devolución de las cantidades abonadas más intereses legales desde la fecha de entrega del dinero y, de forma alternativa, la condena a BANCO CAM a la venta de las participaciones preferentes en el plazo de 15 días, con obligación de completar el pago hasta llegar a los 100.551,43 €.

SEGUNDO.- Por BANCO CAM se contestó la demanda rechazando las peticiones efectuadas por D^a _____, manteniendo la caducidad de la acción, como que no procedería dar respuesta afirmativa a la reclamación de D^a _____ en la medida que la entidad demandada solamente fue la intermediaria en la operación, por lo que nunca procedería declarar respecto a la misma la nulidad de un contrato en el que la misma no fue parte.

Oponiéndose igualmente respecto al fondo, aduciendo que no existió el vicio de consentimiento invocado por D^a _____ pues los clientes fueron perfectamente informados de las características del producto adquirido, que por otra parte era conocido por los mismos, al haber invertido con anterioridad en participaciones preferentes. Conociendo por ello que estaban adquiriendo un producto en el que, a cambio de unos intereses superiores a los del mercado, se sacrificaba la seguridad propia de otro tipo de productos, al poder sufrir la disminución o pérdida de intereses, como la necesidad de acudir al mercado para hacer venta del producto, con los riesgos que ello conlleva.

Negando en todo caso haber tenido una actuación poco diligente a la hora de poner en el mercado los títulos al recibir la orden de los actores.

Añadiendo a lo expuesto que D^a _____ eran personas con experiencia financiera, que antes había invertido en acciones y fondos de inversión, por lo que pudieron conocer las características del producto que estaba adquiriendo, siendo este adecuado al perfil del cliente.

TERCERO.- Por la actora se propusieron las pruebas de documental e interrogatorio de testigos; y, por la demandada, se propuso las pruebas de interrogatorios de los demandantes, documental y testifical, practicándose conforme consta en autos.

CUARTO.- En base a la prueba practicada se da por probado, que:

1. En fecha 18 de noviembre del 2005 D^a _____, de 65 años, escasa formación académica, con un perfil inversor conservador y casi nula experiencia financiera, acudió a las oficinas que BANCO CAM tiene en la calle Bilbao, de la que era cliente desde hacía años, a fin de informarse sobre como invertir cierto dinero que la misma y su esposo tenían.

2. En tal sucursal fue informada de los productos en que podía

realizarse la inversión, decidiéndose D^a y su esposo por comprar participaciones preferentes de REPSOL, que fueron adquiridas en fechas 18 de noviembre del 2005 y 21 de diciembre del mismo año por un montante de 100.551,43 €.

3. D^a no fueron informados que el producto que adquirirían era catalogado como de alto riesgo y complejo, pudiendo llegar a ocurrir que no llegara a disfrutar de un regular abono intereses o que incluso pudiera perder la totalidad del capital invertido. No recibiendo información en el sentido que si decidía vender el producto tendría que acudir al mercado secundario, donde podría tener que venderse el valor a precio muy inferior al que satisfizo, pudiendo tardar mucho tiempo en venderse el mismo.

4. A finales del año 2.008 D^a cursaron orden a BANCO CAM para que procediera a la venta de las participaciones preferentes, resultando que a fecha 4 de noviembre del 2011 aun no habían sido vendidas.

5. D^a cursó reclamación a la CNMV que finalizó con resolución estimatoria de la queja formulada por la citada reclamante, aseverando que no quedaba acreditado que BANCO CAM hubiera dado información adecuada y suficiente respecto al producto que había vendido a los actores, como que había existido una mala práctica por la entidad bancaria a la hora de acometer la orden de venta recibida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se efectúa por D^a acción mediante la que insta la nulidad de dos contratos de adquisición de participaciones preferentes o, subsidiariamente, se declare un incumplimiento contractual de BANCO CAM con condena a satisfacer la cantidad de 100.551,43 €, como perjuicios derivados de tal incumplimiento. Y puesto que la demandada se opone a las peticiones formuladas tanto por cuestiones procesales, como por cuestiones de fondo, lo primero que tendremos que valorar es qué acciones se están ejercitando en concreto y en que medida afectan las excepciones procesales hechas valer a las acciones ejercitadas.

Para ello procederá hacer un análisis de los hechos alegados en relación con la fundamentación jurídica, donde por una parte se insta la nulidad del contrato por falta vicios del consentimiento, alegando no haber recibido la actora una información adecuada que le permitiera conocer el producto que realmente estaba contratando y el riesgo que se derivaba del mismo y por otra parte se insta la condena al abono de la cantidad anteriormente reseñada como consecuencia de la responsabilidad civil en que hubiera incurrido las demandadas, bien por no cumplir con las exigencias de información necesarias a la hora de firmar el contrato, bien por no dar información cumplida una vez el mismo fue suscrito.

Pues bien, así las cosas, y por lo que se refiere a la acción de nulidad, es necesario destacar como BANCO CAM alega la excepción de caducidad, manteniendo que realmente se está ejercitando una acción de anulabilidad. Cobrando especial importancia tal alegación desde el mismo momento que la acción de anulabilidad tiene señalado un plazo de prescripción de cuatro años, mientras que la acción de nulidad es imprescriptible. Debiendo aceptar la posición de la parte actora en el sentido que toda acción tendente a buscar la ineficacia de un contrato por vicios del consentimiento, que no por ausencia del

mismo, debe ser incardinada dentro de los supuestos previstos por la Ley como causa de anulabilidad del contrato, en la medida que el artículo 1300 del Código Civil tilda de nulos los contratos en los que no exista consentimiento, mientras que el artículo 1.301 del mismo texto legal confiere el carácter de anulables aquellos en que, concurriendo el consentimiento el mismo se ve viciado por existir una divergencia entre aquello para lo que se dio el consentimiento y lo que realmente se quería, siendo esta divergencia ocasionada por una causa no imputable al prestador del consentimiento. Debiendo encuadrar el caso estudiado dentro de este segundo grupo, en la medida que lo que se está alegando es que D^a prestó su consentimiento a la adquisición de las acciones preferentes, si bien no tenía un conocimiento adecuado sobre qué riesgos asumía con la adquisición de tal producto.

Una vez resuelta tal cuestión quedará por analizar si realmente ha transcurrido el plazo de cuatro años previsto legalmente para poder dar por extinguida la acción, debiendo acudir para contestar tal duda al artículo 1.301 del Código Civil , a tenor del cual:

“La acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr:

En los casos de intimidación o violencia, desde el día en que éstas hubieren cesado.

En los de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato.”

El problema se centra en determinar el dies ad quo de inicio del plazo de caducidad, pues mientras BANCO CAM considera que se corresponde con el mismo día de suscripción del contrato, habida cuenta que en ese mismo momento se produjo la consumación del mismo, cumpliendo cada parte sus respectivas prestaciones, la parte actora entiende que el plazo no empezaría a contar sino desde la fecha del vencimiento del plazo de amortización previsto por parte de la entidad emisora.

La respuesta a tal cuestión la encontraremos en la STS de 11 de junio de 2003, que nos recuerda como el artículo 1.301 del Código Civil establece que en los casos de error, dolo o falsedad de la causa, el plazo de cuatro años empezará a correr desde la consumación del contrato. Precisando por su parte la sentencia del TS de 11 de julio de 1984 que, de cara a hacer cómputo del plazo de vigencia de la acción de anulabilidad, es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de anulabilidad por error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones, como por otra parte también reconoce la sentencia de 27 de marzo de 1989 precisando que el artículo 1.301 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". Añadiendo la citada doctrina jurisprudencial que el momento de la consumación no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que la consumación sólo tiene lugar, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes. Ratificándose tal criterio por la sentencia del TS de 5 de mayo de 1983 cuando dice "en el supuesto de entender no obstante la entrega de la cosa por los vendedores el contrato de 8 de junio de 1955, al aplazarse en parte el pago del precio, no se había consumado en la integridad de los vínculos obligaciones que generó...".

Por tanto, el TS deja claro que la consumación de los contratos sinalagmáticos no se ha de entender producida sino desde el momento en que cada una de las partes ha cumplido la totalidad de las obligaciones derivadas del mismo, debiéndose por ende distinguir entre la perfección, la consumación y el agotamiento del contrato, que no se produciría hasta que el contrato dejara de producir todos los efectos que le son propios. Debiendo quedar fijada la consumación en el momento en que se produce el cumplimiento recíproco de la totalidad de las prestaciones pactadas. Por tanto, si bien no puede afirmarse que la consumación del contrato no debe coincidir necesariamente con el abono de las remuneraciones, pues sería tanto como decir que contratos como el presentes en que se prevé un pago de remuneraciones periódicas sine die sería tanto como decir que no se consumiría nunca, sí que podremos concluir que la consumación no se produce hasta el vencimiento del ejercicio del derecho de amortización de la inversión que se reservaba a su favor la entidad emisora, y que según el documento 11 de la demanda estaba prevista para un momento posterior al 30 de junio del 2015 (véase pág. 11, punto 4 del documento resumen aportado por la CAM en la reclamación ante la CNMV). Debiendo entender por tanto que la acción no habría prescrito ni caducado. Haciéndose por tanto innecesario entrar a valorar si el plazo de ejercicio de cuatro años es de caducidad o prescripción.

Si aceptáramos que la acción quedaba consumada en el momento en que se formalizó el contrato de compraventa de las participaciones, como momento en que se pagó el precio, estaríamos olvidando que el contrato aun tenía una parte esencial que quedaba por desarrollarse, como era el ejercicio del derecho de amortización de las participaciones por parte del emisor, una vez llegada la fecha de amortización, que es precisamente cuando se puede constatar el error denunciado, puesto que no es hasta este momento hasta el cual los adquirentes no pueden saber la extensión real de las cargas a soportar. Conllevando ello la posibilidad de vender instrumentos financieros que, al tener fijado un plazo de diez años para dar lugar a la amortización, tendrían como consecuencia una pérdida total de derechos del adquirente, en cuanto no podría saber el cumplimiento de una condición que es esencial para él hasta que ya hubiera vencido el plazo para instar la anulación. No siendo necesario recordar como era práctica habitual en el mercado de la venta de acciones preferentes que la entidad emisora rescatara la misma una vez transcurrido el plazo que a tal efecto se señalaba, haciendo nacer tal práctica la creencia razonable del adquirente que, una vez vencido el plazo de rescate iba a poder la disponibilidad de su dinero. Como de hecho puede constatarse por las anteriores participaciones preferentes de la propia entidad que la CAM había vendido a los actores y no llegaron a hacerse perpetuas.

SEGUNDO.- Se argumenta por parte de BANCO CAM que no puede declararse la nulidad del contrato de adquisición de participaciones preferentes con condena a la misma en la medida que BANCO CAM no es parte en el citado contrato al haber intervenido en el mismo, no como titular de un producto que es transmitido a un particular que lo adquiere, sino como intermediaria que coloca en el mercado tal título. Y entendiendo que en el fondo lo que se está alegando bajo tal petición es la falta de legitimación pasiva, procederá a resolverse tal alegación

Sentado lo anterior deberemos significar como por parte de D^a se está instando la nulidad de un contrato de compraventa en que, por mediación de BANCO CAM, la misma adquiere ciertas participaciones preferentes de la

entidad Unión Fenosa. Encontrándonos por tanto ante un contrato perfeccionado entre D^a y la citada entidad mercantil, en la que interviene BANCO CAM como comisionista.

No podemos olvidar que la acción de anulabilidad prevista en los artículos 1.301 y 1.303 del Código Civil viene referida a un contrato específico, por lo que sólo es aplicable a la específica relación contractual en que se hubieran apreciado los defectos que pudieran justificar dicha declaración; pero nunca a relaciones contractuales completamente ajenas a aquélla, establecidas con terceros y respecto de las cuales no se ha apreciado vicio invalidante. Por ello, pretender la restitución de efectos frente a quien ni ha sido ni es parte en la relación que adolece del vicio de nulidad de pleno derecho, carece de toda justificación jurídica. Sin perjuicio que si la entidad intermediadora hubiera incumplido el deber de lealtad o información que le impone su contrato de intermediación en la compraventa del producto, pudiera responder de los daños y perjuicios que tal negligencia o incumplimiento de deberes pudiera haber generado.

Por tanto procederá estimar las alegaciones de BANCO CAM en el sentido que no procede declarar la nulidad de los contratos de adquisición de participaciones preferentes como condena a la citada demandada. No pudiéndose hacer tal declaración sin la intervención de la entidad emisora, que sería la afectada directamente por tal pronunciamiento, como encargada de reintegrar las prestaciones que hubiera percibido.

TERCERO.- Siendo que junto a la acción de nulidad contractual se ejercita una acción indemnizatoria de daños y perjuicios por la deficiente actuación de BANCO CAM a la hora de vender las acciones preferentes finalmente adquiridas por D^a, lo primero habrá que señalar es como basta leer la demanda formulada por D^a para comprobar que se está imputando a BANCO CAM una actuación negligente consistente en colocar un producto financiero de riesgo a la actora sin haberle informado convenientemente de los riesgos que ello conllevaba ni haber analizado previamente su perfil como inversor, cuando tenía obligación legal de así hacerlo, como de haberle informado erróneamente por afirmarle que se trataba de un producto con el que podía recuperar su dinero nada más que solicitara la venta, cuando la realidad no ha sido esa.

En aras a resolver tal cuestión y se hace forzoso considerar como punto de partida que el producto objeto de compraventa son acciones preferentes. Debiendo recordar al respecto la Comisión Nacional del Mercado de Valores ha indicado sobre este producto que:

"Son valores emitidos por una sociedad que no confieren participación en su capital ni derecho a voto. Tienen carácter perpetuo y su rentabilidad, generalmente de carácter variable, no está garantizada. Se trata de un instrumento complejo y de riesgo elevado que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido ... Las PPR no cotizan en Bolsa. Se negocian en un mercado organizado...No obstante, su liquidez es limitada, por lo que no siempre es fácil deshacer la inversión..."

Por ello, sería aplicable a tales ventas el artículo 79 de la Ley de Mercado de Valores, que ya de inicio introdujo ciertas exigencias para la comercialización de productos con cierto riesgo como el presente, imponiendo a las empresas titulares de servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente, la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada

y prudente, cuidando de los intereses del cliente como propios.

Por su parte el Real Decreto 629/1.993, de 3 de mayo, concretó, además, la diligencia y transparencia exigidas, desarrollando, en su anexo, un código de conducta presidida por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que aquí interesa, adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (art. 4 del Anexo 1), como frente al cliente (art. 5) proporcionándole toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquél de la decisión de inversión "haciendo hincapié en los riesgos que toda operación conlleva " (art. 5.3). Aumentándose las exigencias con Ley 47/2007 de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley del Mercado de Valores, como consecuencia de trasponer la Directiva 2004/39 CE, sobre Mercados de Instrumentos Financieros, conocida por sus siglas en inglés como MIFID (Markets in Financial Instruments Directive). La citada norma continuó con el desarrollo normativo de protección del cliente introduciendo la distinción entre clientes profesionales y minoristas, a los fines de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros (art. 78 bis); reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el art. 79 bis regulando exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, entre otros extremos, sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece a los fines de que el cliente pueda "tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa" debiendo incluir la información las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias, no sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencias financiera y aquellos objetivos (art. 79, bis núm. 3, 4 y 7). Debiendo interpretar por tal evolución legislativa que el deber de hacer previa valoración del cliente, ajustando la oferta a las especiales características que concurren en cada uno de ellos a la hora de proponer la venta de un producto financiero de riesgo no es de reciente introducción, sino que existía desde al menos 1993, constituyendo la reforma del año 2007 una concreción de los deberes impuestos en la normativa anterior. Siendo necesario precisar que, el hecho de a la fecha de la firma de la adquisición de las participaciones preferentes no estuviera vigente la modificación de la Ley de Mercado de Valores, no significa que las precauciones y cautelas que la misma contempla no fueran aplicables con anterioridad para la venta de los productos financieros a los que se dedica tal precepto. Y ello por dos motivos:

1. Existía una normativa anterior, representada por el artículo 79 de la LMV y los artículos 3, 4 y 5 del Real Decreto 629/1993, que ya eran suficientes para poder exigir a las entidades financiera que comercializaban productos de riesgo que informaran cumplidamente a sus clientes de los riesgos que se asumían con este tipo de productos, dirigiendo a los mismos a productos que fueran acordes a su conocimientos financieros y el riesgo que su contratación conllevaba. Sobre todo, si en casos como el presente existía la posibilidad que el cliente perdiera su dinero o no pudiera recuperarlo nunca si la entidad optaba por no recuperar la acción.

2. No podemos olvidar que en aquellos momentos ya se encontraba vigente la Directiva 2004/39 CE, que de forma más exhaustiva regulaba las precauciones que las entidades de crédito debían adoptar a la hora de vender productos financiero de riesgo, haciendo un previo estudio del mismo, con valoración de su formación económica, la finalidad de su inversión y la

correspondencia del producto con el fin perseguido por el cliente, advirtiendo expresamente a los clientes de los riesgos e incluso recomendando su no adquisición caso que el producto no se adecuara a su perfil. Y aunque es cierto que tal directiva no se encontraba aún transcrita al derecho español, no podemos olvidar que es constante la jurisprudencia que reconoce el llamado "Efecto Directo" de las directivas comunitarias, exigiendo a sus destinatarios la aplicación de la norma en aquellos aspectos que fueran aplicables directamente por no exigir una norma de complemento que defina las obligaciones que se derivan de la directiva, como ocurriría en el caso que nos ocupa, en que la citada norma es clara a la hora de establecer las precauciones a adoptar a lo hora de colocar un producto de riesgo como el que nos ocupa.

Tal y como nos recuerda la SAP de Valencia de 31 de enero de 2012, el artículo 19 de la Directiva 2.004/39, fija tales normas de conducta para la prestación de servicios de inversión a clientes:

1. Los Estados miembros exigirán que, cuando preste servicios de inversión o, en su caso, servicios auxiliares a clientes, la empresa de inversión actúe con honestidad, imparcialidad y profesionalidad, en el mejor interés de sus clientes, y observe, en particular, los principios establecidos en los apartados 2 a 8.

2. Toda la información, incluidas las comunicaciones publicitarias, dirigidas por la empresa de inversión a los clientes o posibles clientes serán imparciales, claras y no engañosas. Las comunicaciones publicitarias serán claramente identificables como tales.

3. Se proporcionará a los clientes o posibles clientes de manera comprensible información adecuada sobre:

- La empresa de inversión y sus servicios,
- Los instrumentos financieros y las estrategias de inversión propuestas; esta información debería incluir orientaciones y advertencias apropiadas acerca de los riesgos asociados a las inversiones en esos instrumentos o en relación con estrategias de inversión particulares,
- Centros de ejecución de órdenes, y
- Gastos y costes asociados,

de modo que les permita, en lo posible, comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece y, por consiguiente, puedan tomar decisiones sobre la inversión con conocimiento de causa. Esta información podrá facilitarse en un formato normalizado.

4. Al prestar asesoramiento en materia de inversiones o realizar gestión de carteras, la empresa de inversión obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio, la situación financiera y los objetivos de

inversión del cliente o posible cliente, con el fin de que la empresa pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan.

5. Los Estados miembros se asegurarán de que las empresas de inversión, cuando presten servicios de inversión distintos de los contemplados en el apartado 4, pidan al cliente o posible cliente que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, de modo que la empresa de inversión pueda evaluar si el servicio o producto de inversión previsto es adecuado para el cliente.

En caso de que la empresa de inversión, basándose en la información recibida en virtud del apartado anterior, considere que el producto o servicio no es adecuado para el cliente o posible cliente, deberá advertirle de su opinión. Esta advertencia podrá facilitarse en un formato normalizado.

En caso de que el cliente o posible cliente decida no facilitar la información solicitada a la que se refiere el párrafo primero o no facilite información suficiente en relación con sus conocimientos y experiencia, la empresa de inversión advertirá al cliente o posible cliente de que dicha decisión impide a la empresa determinar si el servicio o producto previsto es adecuado para él. Esta advertencia podrá facilitarse en un formato normalizado.

6. Los Estados miembros permitirán que, cuando las empresas de inversión presten servicios de inversión que se limiten exclusivamente a la ejecución o recepción y transmisión de órdenes de clientes, con o sin prestación de servicios auxiliares, dichas empresas presten dichos servicios de inversión a sus clientes sin necesidad de obtener la información o hacer la valoración mencionadas en el apartado 5 cuando se cumplan todas las condiciones siguientes:

- Que dichos servicios se refieran a acciones admitidas a cotización en un mercado regulado o en un mercado equivalente de un tercer país, a instrumentos del mercado monetario, obligaciones u otras formas de deuda titulizada (excluidas las obligaciones o los valores de deuda titulizada que incluyan derivados), OICVM y otros instrumentos financieros no complejos. Se considerará que un mercado de un tercer país es equivalente a un mercado regulado si cumple unos requisitos equivalentes a los establecidos en el título III. La Comisión publicará una lista de los mercados que deben considerarse equivalentes. Esta lista se actualizará periódicamente,

- Que el servicio se preste a iniciativa del cliente o posible cliente,

- Que se haya informado claramente al cliente o posible cliente de que en la prestación de dicho servicio la empresa de inversión no está obligada a evaluar la adecuación del instrumento ofrecido o del servicio prestado y de que, por tanto, el cliente no goza de la correspondiente protección de las normas de conducta pertinentes; esta advertencia podrá facilitarse en un formato normalizado,

- Que la empresa de inversión cumpla las obligaciones que le impone

el artículo 18.

7. La empresa de inversión creará un registro que incluya el documento o documentos objeto del acuerdo entre la empresa y el cliente que estipulen los derechos y las obligaciones de las partes y las demás condiciones en las que la empresa prestará servicios al cliente. Los derechos y las obligaciones de las partes en el contrato podrán indicarse mediante referencia a otros documentos o textos jurídicos.

8. El cliente deberá recibir de la empresa de inversión informes adecuados sobre el servicio prestado a sus clientes. Dichos informes incluirán, en su caso, los costes de las operaciones y servicios realizados por cuenta del cliente.

9. En caso de que se ofrezca un servicio de inversión como parte de un producto financiero que ya esté sujeto a otras disposiciones de la legislación comunitaria o a normas europeas comunes para entidades de crédito y créditos al consumo relativas a la valoración de riesgos de los clientes o a los requisitos de información, dicho servicio no estará sujeto además a las obligaciones establecidas en el presente artículo.

10. Para asegurar la necesaria protección de los inversores y la aplicación uniforme de los apartados 1 a 8, la Comisión adoptará, de conformidad con el procedimiento mencionado en el apartado 2 del artículo 64, medidas de ejecución que garanticen que las empresas de inversión cumplan los principios en ellos mencionados cuando presten servicios de inversión o auxiliares a sus clientes. Estas medidas de ejecución detalladas tendrán en cuenta:

a) la naturaleza del servicio o servicios ofrecidos o prestados al cliente o posible cliente, teniendo en cuenta el tipo, objeto, magnitud y frecuencia de las operaciones;

b) La naturaleza de los instrumentos financieros que se ofrecen o se prevé ofrecer;

c) El carácter particular o profesional del cliente o posible cliente."

Haciéndose evidente que la empresa mediadora del producto, en este caso BANCO CAM, tenía la obligación de asesorar fielmente a su cliente; BANCO CAM, haciendo una valoración de su perfil y ofreciéndole exclusivamente productos que se adecuaban al nivel de riesgos que es capaz de comprender y asumir un cliente con los conocimientos económicos o financieros como el que tenía delante.

Abundando en el mismo sentido la sentencia de 14 de noviembre de 2005, que, en relación a un caso anterior a la entrada en vigor de la citada directiva, ya decía que la diligencia exigible en el asesoramiento de este tipo de productos no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes. Lo que necesariamente conlleva dar información cumplida del riesgo que se asume, haciendo al cliente las recomendaciones que se adecuen a sus concretas características como sujeto del mercado económico.

Sin dejar de destacar como nos encontramos ante un instrumento normativo tutelador de los intereses del pequeño inversor, tendente a evitar que en ningún caso efectúe una contratación sin tener una información adecuada sobre todos y cada uno de los riesgos que está corriendo. Por ello el precepto a la hora de fijar las obligaciones de las entidades vendedoras de estos productos no se para en exigir que se de una correcta y amplia información sobre el producto suministrado, como exige su punto tercero, sino que dedica el punto cuarto a dejar claro que la actuación de la entidad suministradora del servicio no debe ser formalista dando una información objetiva, que el cliente podría no interpretar correctamente o hacerlo minimizando los riesgos existentes, por lo que añade un posterior punto tendente a garantizar que el cliente no va a asumir más riesgos de los que son propios de su condición de comprador minorista y sus especiales características, exigiendo a la entidad vendedora que recave la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio, la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente o posible cliente, con el fin de que la empresa pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan. Extendiendo tal deber de diligencia en la información el punto quinto a las empresas que comercialicen productos financieros pero no tengan como función la de asesorar a sus clientes.

Llevándonos ello al siguiente punto, que no es otro que el de valorar si se ofreció a los actores un producto acorde a las concretas circunstancias que presentaban los mismos como inversores y si se les explicó en que consistía el producto y los riesgos que se asumía al contratar el mismo.

CUARTO.- Para abordar tal cuestión, y en cuanto ambas partes están discutiendo si se dio o no una correcta información y asesoramiento sobre los productos adquiridos por D^a , se hace necesario acudir de nuevo a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2005, en la que, después de afirmar que la diligencia en el asesoramiento en este tipo de contratos no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes, continúa diciendo que en los procesos que versen sobre reclamaciones de este tipo, la carga probatoria acerca del cumplimiento del deber de correcta información y asesoramiento debe pesar sobre el profesional financiero. Lo cual es lógico por cuanto nos encontramos ante un hecho negativo para el cliente, como es la ausencia de información (Sentencia A. P. Valencia de 26-04-2006).

Debiendo valorar igualmente como nos encontramos ante un contrato en que el adquirente es un consumidor, por lo que sería aplicable igualmente la normativa sectorial de consumo, tanto en lo que se refiere a la aplicación de la Ley de Consumidores, como en lo que se refiere a las prescripciones de la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de Contratación, en cuya aplicación los tribunales se han pronunciado reiteradamente en aras a imponer a la entidad mercantil la carga de la prueba sobre el cumplimiento de las obligaciones impuestas a las mismas, entre las que se encuentra la de dar información fiel y leal al cliente.

En estos términos deberemos valorar las alegaciones efectuadas por las partes, pues mientras que D^a dicen que se le

ofreció este producto como conveniente a los mismos, por parte de BANCO CAM se niega tal ofrecimiento, manteniendo que se informó a los adquirentes de los productos existentes y fueron los mismos los que se decantaron por las participaciones preferentes a cambio de una alta rentabilidad, muy superior a la que ofrecían otros productos. No pudiendo dejar de destacar la falta de coherencia que presentan las manifestaciones de la parte demandada, habida cuenta que cuando se refiere a altas rentabilidades que hicieron a los actores por decantarse por este tipo de producto está hablando de un 2,5% en el primer año de contratación, que ha descendido hasta un 1,31% de rentabilidad en el último año. No pudiendo considerar en ningún caso que una rentabilidad de tal tipo pueda ser considerada como altamente productiva y decantadora para contratar un determinado tipo de producto de alto riesgo, sobre todo cuando la misma parte demandada reconoce en su escrito de alegaciones que cuando se pagaba el 2,5% con las preferentes el frente a un 2,35% que ofrecían los plazos fijos y la cantidad invertida eran los ahorros de toda la vida (se dice por el director de la sucursal que los actores tenían invertido un patrimonio de 100.000 € y esa cantidad coincide con el valor de compra de las preferentes) por unas personas jubiladas, que suele ser habitual destinen esos ahorros para garantizar su vejez.

Pero es que la falta de coherencia de las alegaciones de la parte demandada se hace más patente cuando comprobamos que por una parte afirma que se decanta por ese producto ante la suculenta oferta de intereses del 2,5% y afirma que los actores piden la nulidad del contrato por lo ínfimo de la retribución, que había bajado al 1,31 €. Pues bien, ante tal manifestación solamente caben dos opciones, o no es cierto que contrataran el producto por su alta rentabilidad, sino como medio de obtener seguridad en su inversión, o no se le informó que la rentabilidad dependía de la evolución del Euribor y podía bajar la retribución. Y es que no hace falta ser un sabio ni un entendido de las finanzas para saber que en época de expansión económica, como era el año 2.005, el inversor que pone todos sus ahorros a un 2,5% está buscando seguridad en su inversión, ya que con una evolución del IBEX, "corregido con dividendos", del 32% en el año 2.003, 21% en el 2.004, 22% en el año 2.005 y en el 36% en el año 2.006, pensar que alguien invierte todos sus ahorros al 2,5% lo hace para obtener un suculento beneficio, resulta de todo punto incomprensible. Más si son todos sus ahorros y se encuentra en una fase de su vida en la que las rentas del trabajo han desaparecido y el dinero que se tiene es un colchón ante las contingencias imprevistas propias de la edad.

Debiendo ser completada esta valoración con una circunstancia ya manifestada con anterioridad, como es que la propia CNMV califica este producto como de alto riesgo y susceptible de generar una pérdida del total del patrimonio invertido. Ante lo cual surge la siguiente pregunta. ¿De verdad es creíble que alguien adecuadamente informado va a poner todos sus ahorros en un producto de riesgo con cuya contratación puede perder el total capital a cambio de una mayor remuneración del 0,15%? Y puestos a preguntar... ¿Alguien que esté dispuesto a poner en juego sus ahorros va a preferir una retribución del 2,5% antes que entrar en bolsa con unas ganancias medias a largo plazo que quintuplica la rentabilidad obtenida?. La respuesta a tales preguntas parece obvia, al igual que la conclusión, D^a no fueron adecuadamente informados del producto que estaban contratando y los riesgos que asumían con tal inversión, no siendo conscientes de que, si la situación económica iba mal, o lo iba la entidad Unión FENOSA, podían encontrarse con un producto financiero que no le generaba ningún tipo de

interés y del que no podrían desprenderse por no ser demandado en el mercado. Como tampoco que los intereses podrían bajar, como lo han hecho.

De hecho, si vemos el contrato suscrito por las partes para la adquisición de las participaciones preferentes comprobamos que la denominación que utiliza la comercializadora, en letra grande, mayúscula y subrayado es la de RENTA FIJA A VENCIMIENTO, utilizando una expresión fácilmente asimilable a renta o ganancia fija e inamovible, que transmite una sensación de seguridad más cercana a un valor garantizado que a unas participaciones preferentes perpetuas, con las que el adquirente pierde la seguridad que le otorga un fondo de garantía de depósitos y está expuesto a la pérdida total del capital o una reducción o eliminación de los beneficios, que a buen seguro no son fijos, como indica la leyenda que encabeza el contrato. Denotando ello una cierta voluntad camufladota del contenido económico real del contrato.

Pero es que la prueba testifical practicada, lejos de acreditar que los actores recibieron una información adecuada del producto contribuye a todo lo contrario. Así como prueba contundente destinada a acreditar que D^a fueron perfectamente informados del contenido del contrato se presenta un director de oficina que no estaba en el momento en que se produjo la venta, un empleado que no recuerda nada y una gestora de inversiones que comienza diciendo que le vendió el producto para luego concluir que no reconoce a la señora a respecto a la que afirmaba la vendió el producto y que por lo tanto no fue ella quien se lo vendió. Eso sí, todos los empleados de la demandada cumplieron fielmente con su entidad, afirmando que la señora fue adecuadamente informada. Resultando llamativo igualmente como si el producto vendido era de alto riesgo los empleados del banco no recordaran la venta de tales productos por valor de 100.000 €. Debiendo resultarles más recordable si efectivamente hubieran sido unos jubilados que depositaban sus ahorros en tal producto, pues la concurrencia de dos circunstancias tan contradictorias debía ser llamativa en un sistema que hubiera funcionado de manera adecuada. Llevándonos a pensar tal falta de recuerdo a que tal tipo de producto debió venderse como churros y sin ningún control efectivo a personas que no cumplían el perfil requerido.

Destacando igualmente como BANCO CAM cuando transmite la información requerida por la CNMV dice que aporta "Documento resumen de la emisión que debió haberse entregado a los compradores". Dejando patente que la misma entidad comercializadora del producto no tiene seguridad y por lo tanto no puede afirmar que se hubiera entregado a los compradores el documento resumen de la emisión ni que por ende los mismos fueran informados adecuadamente. Como así concluye la CNMV.

QUINTO.- En todo caso, no podemos olvidar que, con independencia que se firme o no un contrato de asesoramiento, lo cierto es que la normativa comunitaria exige una función de asesoramiento de las entidades bancarias comercializadoras de tales productos respecto a los adquirentes minoristas en aras a evitar consecuencias desastrosas en unos clientes que poco saben de inversiones o por lo menos pueden hacer interpretación errónea de las características o riesgos de un producto. Lo que se ve complementado con que las relaciones entre clientes y entidades bancarias se basa en una relación de mutua confianza, atendiendo normalmente el cliente a las indicaciones del empleado de banca, por lo que, si tales indicaciones se dan, deberán efectuarse desde la responsabilidad y atendiendo a las reglas de prudencia que

exige el sector. Lo que no se hizo a la vista de la composición que se dio a la cartera de inversiones de la actora. Contraviniendo por ello tanto la normativa estatal (LMV y RD 269/2003), como la comunitaria (Directiva 2.004/39), que en el fondo no exigen más que los criterios de lógica y prudencia expuestos con anterioridad.

Como se dice en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2003:

"En el desempeño de su mandato, el comitente debe actuar con la diligencia y lealtad que se exigen a quien efectúa, como labor profesional y remunerada, una gestión en interés y por cuenta de tercero, en el marco de las normas de la Ley del mercado de valores, establecidas para regular la actuación profesional de las empresas de servicios de inversión en los dichos mercados, y, por ello, muy especialmente observar las "normas de conducta" (Título VII) que disciplinan su actuación, entre las que destacan, dentro del deber de diligencia, las de asegurarse que disponen de toda la información necesaria para sus clientes, manteniéndoles siempre adecuadamente informados y la de cuidar de los intereses de sus clientes, como si fueran propios, todo ello potenciado por un exquisito deber de lealtad....

En resumen, se ha de concluir que en base a la prueba practicada, resulta patente que la demandada no cumplió con las exigencias legales que se cifran en la normativa nacional y comunitaria y no informó a la parte actora de forma clara, completa y en términos comprensibles sobre las características del contrato en los términos que se exponen en los fundamentos anteriores. Suponiendo esta deficiente información un incumplimiento contractual del artículo 1.101 del Código Civil, que ha llevado a que D^a no hayan podido tener disponibilidad de sus ahorros durante más de tres años y con serias dudas de que con la venta del producto puedan recuperar una parte importante de su inversión.

SEXTO.- De las alegaciones efectuadas por la parte demandada parece desprenderse que nos encontramos con unos inversores avezados en el mundo de las finanzas que dominan los mercados. Sin embargo, si hacemos un estudio de las concretas inversiones que realizan podremos comprobar que realmente no es así. Ello por cuanto si atendemos a las declaraciones de D. José Vicente Sánchez comprobaremos como el patrimonio de D^a se cuantificaba en aproximadamente en 100.000 €. Pues bien, lo primero que haremos será estudiar como estaba estructurada la cartera de los actores. Resultando sospechoso el hecho de que, mientras que en el resto de los productos se hace cuantificación de los importes invertidos, de las acciones, como producto inversor de mayor riesgo de los reseñados por la actora, no se hace cuantificación alguna. Sin embargo este dato, ocultado por la parte demandada, encuentra respuesta rápida si tenemos en cuenta como el documento 2 de los presentados por BANCO CAM contiene una orden de venta de 90 títulos con fecha 27 de septiembre de 2.007. Bastando ir al histórico de cotización de tales acciones para extraer su valor de venta, establecido para tal fecha en 26,88 €. Es decir, la inversión en acciones se limita a 2.419,2 €. Sin duda por este tipo de inversión no podremos decir que nos encontremos ante unos inversores de riesgo. Como tampoco podemos afirmarlo por las inversiones en FIAMM, que el propio D. , experto de la entidad sobre productos de inversión de la entidad, dijo que los mismos no podían ser considerados productos de riesgo.

Queda por tanto valorar como posible producto de riesgo el fondo CAM DINERO PLUS FI, en el que los actores tenían invertidos 24.000 €. Pues bien, basta ver la propia información dada por la parte actora, en la que se dice que el 50% de la inversión se corresponderá con letras españolas a 12 meses y el otro 50% con títulos de venta de deuda pública o bonos de un inversor para comprobar que no nos encontramos ni mucho menos ante un producto de riesgo, sino ante un producto conservador. Y por mera curiosidad acude el juzgador a la propia página de la entidad demandada para ver que calificación da la misma al producto (www.gestimed.cam.es/pdf/635600ITR.pdf), comprobando para su sorpresa que la propia entidad gestora, dependiente de la demandada, califica el mismo como "MUY CONSERVADOR". Realmente curioso que para intentar vender el producto se diga que es de carácter muy conservador y una vez vendido se diga que el adquirente presenta un perfil de riesgo por tener tal producto. La conclusión no puede ser más que, o se intenta engañar al cliente, o se intenta engañar al juzgador. Decantándonos por esta segunda opción a la vista de la cartera prevista para el fondo de inversión.

Por lo tanto, si la demandada es la depositaria de las inversiones de D^a , contando con fondos de los mismos en una franja que va desde los 100.000 € a los 150.000 € (véase testifical de D. y de tal montante solamente pueden ser calificables como inversión en productos de riesgo 2.419,2 €, habrá que concluir que los actores han mantenido una cartera inversora que ha supuesto como mucho un 2,4% de su inversión. No pudiendo calificarse tal tipo de inversión como propia de un inversor arriesgado ni medio, sino propia de un inversor conservador o muy conservador. Más si tenemos en cuenta que las acciones con las que contaba en su cartera, y que son las que confieren el riesgo, son de una entidad tan consolidada como REPSOL.

SÉPTIMO.- El que la parte actora hubiera suscrito con anterioridad varios contratos de adquisición de participaciones preferentes con la demandada no altera para nada las conclusiones emitidas, pues pese a que se pretenda unir al hecho de haber poseído con anterioridad acciones preferentes la conclusión de que sabían los adquirentes las características del producto y tal conclusión podía ser aceptada, como hacía la sentencia citada por la parte actora, en aquellos casos en que nos encontramos con inversores que tienen un cierto nivel de conocimientos o participan habitualmente en el mercado bancario o financiero, no podrá sin embargo extraerse en casos como el presente, en que los inversores son personas con una formación limitada e intervienen esporádicamente en el mercado financiero, habida cuenta que la peculiaridad del producto contratado (más complejos que los swaps a que se refiere la sentencia citada) y la poca capacidad de los adquirentes para interpretar la propia esencia del contrato generan la creencia de una situación de inversión segura que realmente no existe. Pudiendo haber estado perfectamente 20 años renovando su inversión en participaciones preferentes sin percatarse de las características del producto hasta que se hubiera generado una situación de crisis en la que comprobar que podían no percibir beneficios o incluso perder el capital por falta de compradores del producto en el mercado secundario.

Sin dejar de señalar como la parte demandada, que tan rápidamente ha intentado hacer ver la existencia de productos de riesgo en el patrimonio de los actores, cuando en la casi totalidad de los casos no era así, no ha puesto de manifiesto la contratación de ningún producto de riesgo elevado antes de la adquisición de las primeras participaciones preferentes, que curiosamente son

de la propia CAM. En muestra clara de que lo que ha ocurrido no ha sido otra cosa que la intervención de una entidad financiera que, pese al carácter conservador del cliente, le ha sustituido un tipo de inversión segura por otra de riesgo, de creación propia y con unos intereses limitados. Siendo ello un indicio más de que la información suministrada no fue total ni objetiva.

Llegándose al absurdo con la última inversión en preferentes acometida, en que, pese a reconocer los propios operarios del banco que el nivel de productos de riesgo asumibles por un inversor de las características de los actores era de entre un 15% y un 30%, colocaron la totalidad o casi totalidad de su patrimonio. Contraviniendo así el deber impuesto legalmente de informar al cliente de los riesgos que se estaban asumiendo hasta llegar a situarle en una situación de riesgo extremo.

No se trata de exigir al banco una actuación exquisita previendo una posible crisis financiera como la que ha sobrevenido, sino que, como profesionales de la economía y la inversión son conocedores que las crisis son cíclicas y un revés económico puede producirse en cualquier momento, por lo que ante un producto de riesgo hay que dar una información adecuada con advertencia de qué puede ocurrir en el peor de los escenarios, para que sea el cliente quien decida en base a esta información. Con especial cuidado respecto a los pequeños clientes, que al no ser conscientes de este tipo de peligros ni las características concretas de cada producto financiero requieren una información especial, más cuidada y exhaustiva que le haga sabedor de los riesgos que está adquiriendo; sobre todo si con tal inversión puede perderse casi la totalidad de su patrimonio. Evitando en todo caso posiciones inversoras en las que la exposición al riesgo de los mismos hace que no sea descartable la posibilidad de pérdida de todos sus bienes, para lo que la práctica habitual es diseñar una cartera de inversión en que los riesgos sean moderados y distribuidos. Siendo este el sentido que hay que dar a la actuación de las sociedades que intermedian productos financieros a tenor de la normativa comunitaria. Recordando una vez más como la Directiva 2.004/39 exige la actuación conforme a los principios de lealtad y prudencia, llegando a exigir que, incluso aunque fuera el cliente quien comparece para decir que está decidido a comprar un producto calificable como de riesgo, debería la entidad vendedora informarle de las características del producto recomendándole expresamente su no compra. Siendo más llamativo el caso en que nos ocupa, en que la inversión cubría la totalidad o casi totalidad de los ahorros de D^a , inversores minoristas, con escasa formación académica y nula formación financiera.

OCTAVO.- Una vez en este punto procederá entrar a valorar el importe de los daños producidos. Siendo importante destacar al efecto como por parte de BANCO CAM no ha sido impugnada la cuantificación de daños efectuada por D^a , por lo que habrá que entender bien cuantificada la misma, cifrando los daños y perjuicios producidos en entre 100.551,43 €, como importe total de la inversión efectuada por los actores.

Sin que proceda minorar tal cantidad por compensación con los intereses percibidos en la medida que los intereses cobrados por D^a están dentro de los intereses de mercado, habiendo recibido unos intereses similares por cualquier inversión que hubiera realizado.

Debiéndose hacer el pago de la forma solicitada por la parte actora, es decir, haciendo BANCO CAM plazo de las participaciones preferentes en el plazo de 15 días y complementando el valor de la venta la propia demandada

hasta cubrir los 100.551,43 € objeto de condena.

NOVENO.- Siendo la cantidad reclamada vencida, líquida y exigible, procederá, conforme a los artículos 1.100, 1.101 y 1.108 del Código Civil, imponer a BANCO CAM el abono de los intereses generados desde la interposición de la demanda.

DÉCIMO.- Siendo estimada la acción de reclamación de cantidad formulada por D^a contra BANCO CAM, procederá imponer a la misma el pago de las costas derivadas del presente procedimiento.

FALLO

Que debo estimar y estimo la demanda formulada por D^a contra BANCO CAM, condenando a la misma a que abone a la actora la cantidad de 100.551,43 € con intereses legales. La cual se hará efectiva haciendo entrega BANCO CAM a D^a del valor resultante de la venta en un plazo máximo de 15 días de las acciones preferentes objeto del presente procedimiento, que será complementado hasta cubrir la cantidad objeto de condena directamente por la demandada.

Caso de no ser posible la venta de las participaciones preferentes en el plazo de 15 días, deberá BANCO CAM satisfacer a los actores de forma íntegra los 100.551,43 € reclamados, con sus respectivos intereses legales.

Todo ello a la vez que se impone a la demandada el pago de las costas.

Contra la presente resolución, que no es firme, cabe interponer recurso de apelación, el que conforme al art. 458 de la LEC habrá de tener lugar en el plazo de veinte días desde su notificación, exponiéndose las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna; y, a la par, deberá constituirse el depósito de 50 €, en la "Cuenta de Depósitos y Consignaciones", con las prevenciones legales, en caso contrario, conforme a la Disposición Adicional 15^a de la LOPJ.

Lo manda y firma, SS^a. Doy fe.

El Magistrado-Juez

La Secretaria



Tif. 963344731
Fax 963942494

FERRAN ABOGADOS

c/ Roger de Lauria 9-8^a
46002 VALENCIA

www.ferranabogados.com

