



Alfredogarcialopez

ABOGADOS

LA INCLUSIÓN EN EL CONTRATO DE UNA DECLARACIÓN DE CIENCIA, QUE SUELE CONSTAR EN LOS CONTRATOS QUE SUSCRIBEN LOS CONSUMIDORES, CLIENTES BANCARIOS O INVERSORES MINORISTAS, EN EL SENTIDO DE HABER SIDO DEBIDAMENTE INFORMADOS, <>, NI TAMPOCO <>, SIENDO EXPRESIÓN DE LO QUE SE DICE EL ART. 89.1 DEL REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2007, DE 16 DE NOVIEMBRE , POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS, QUE CONSIDERA COMO CLÁUSULAS ABUSIVAS "LAS DECLARACIONES DE RECEPCIÓN O CONFORMIDAD CON HECHOS FICTICIOS", DE LO SE VIENE A INFERIR QUE SON NULAS LAS DECLARACIONES DE CIENCIA SI SE ACREDITA QUE LOS HECHOS A LOS QUE SE REFIERE SON INEXISTENTES O "FICTICIOS", COMO LITERALMENTE SE EXPRESA EN EL TÉRMINO LEGAL; ES DECIR, QUE COMO CONTINÚA DICHIENDO LA SENTENCIA ÚLTIMAMENTE CITADA <>, DE AHÍ LA OBLIGACIÓN QUE EL LEGISLADOR IMPONE A LA ENTIDAD FINANCIERA O AL BANCO PARA QUE DESARROLLE UNA DETERMINADA ACTIVIDAD INFORMATIVA.

LA SUFICIENCIA Y CLARIDAD DE LA INFORMACIÓN QUE DEBE FACILITAR LA ENTIDAD DE CRÉDITO, QUE ES ÉSTA LA QUE DEBE PROBAR QUE HA CUMPLIDO CON LOS DEBERES DE INFORMACIÓN NECESARIOS A TENOR DE LA LEGISLACIÓN VIGENTE (SENTENCIA DE 4 DE DICIEMBRE DE 2.010 DE LA SECCIÓN TERCERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BURGOS), ASÍ COMO QUE LA DILIGENCIA QUE LE ES EXIGIBLE A LA ENTIDAD FINANCIERA NO ES LA DE UN BUEN PADRE DE FAMILIA, SINO LA DE UN ORDENADO EMPRESARIO Y REPRESENTANTE LEGAL, EN DEFENSA DE LOS INTERESES DE SUS CLIENTES.

CLÁUSULA INFORMATIVA: El contenido de este documento tiene carácter confidencial, privado, pertenece al ámbito del secreto profesional, y va dirigido a su destinatario. No se destinarán estos datos a otros fines que no sean recibir comunicaciones comerciales por parte de esta empresa, sobre nuestros servicios y productos, y no se entregarán a terceras personas conforme a la LOPD 15/1999, de 13 de diciembre. Si usted no desea seguir recibiendo nuestras comunicaciones, o no es el destinatario indicado, debe efectuar notificación en tal sentido en la dirección de fax 984 081 875 y destruya el mensaje sin quedarse copia alguna, ni distribuirlo o revelar su contenido.



Alfredogarcialopez
ABOGADOS

SENTENCIA AUDIENCIA PROVINCIAL ASTURIAS

PONENTE: RAFAEL MARTÍN DEL PESO GARCÍA
FECHA: 28/03/2014
SECCIÓN: SÉPTIMA
NÚMERO SENTENCIA: 113/2014
NÚMERO RECURSO: 360/2013

EN GIJÓN, A VEINTIOCHO DE MARZO DE DOS MIL CATORCE.

VISTO EN GRADO DE APELACIÓN ANTE ESTA SECCIÓN SÉPTIMA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ASTURIAS CON SEDE EN GIJÓN, LOS AUTOS DE PROCEDIMIENTO ORDINARIO 984/2012, PROCEDENTES DEL JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 3 DE GIJÓN, A LOS QUE HA CORRESPONDIDO EL ROLLO RECURSO DE APELACION (LECN) 360 /2013 , EN LOS QUE APARECE COMO PARTE APELANTE, NCG BANCO, S.A., REPRESENTADO POR EL PROCURADOR DE LOS TRIBUNALES, SR. FERNANDO LORENZO ALVAREZ, ASISTIDO POR EL LETRADO D. LUIS PIÑEIRO SANTOS, Y COMO PARTE APELADA, D. GERARDO Y DOÑA LORENZA , REPRESENTADOS POR EL PROCURADOR DE LOS TRIBUNALES, SR. MANUEL SUAREZ SOTO, ASISTIDO POR EL LETRADO D. JOSE ANTONIO BALLESTEROS GARRIDO.

ANTECEDENTES DE HECHO:

2

CLÁUSULA INFORMATIVA: El contenido de este documento tiene carácter confidencial, privado, pertenece al ámbito del secreto profesional, y va dirigido a su destinatario. No se destinarán estos datos a otros fines que no sean recibir comunicaciones comerciales por parte de esta empresa, sobre nuestros servicios y productos, y no se entregarán a terceras personas conforme a la LOPD 15/1999, de 13 de diciembre. Si usted no desea seguir recibiendo nuestras comunicaciones, o no es el destinatario indicado, debe efectuar notificación en tal sentido en la dirección de fax 984 081 875 y destruya el mensaje sin quedarse copia alguna, ni distribuirlo o revelar su contenido.



Alfredogarcialopez

ABOGADOS

PRIMERO.- EL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚM. 3 DE GIJÓN, DICTÓ EN LOS REFERIDOS AUTOS SENTENCIA DE FECHA 28 DE JUNIO DE 2013 , CUYA PARTE DISPOSITIVA ES DEL TENOR LITERAL SIGUIENTE: "QUE ESTIMANDO LA DEMANDA INTERPUESTA POR LA REPRESENTACIÓN DE DON GERARDO Y DOÑA LORENZA CONTRA NCG BANCO, S.A.:

1.- DECLARO LA NULIDAD DE LA ORDEN DE COMPARA DE PARTICIPACIONES PREFERENTES CAIXA GALICIA POR VALOR DE 156.000 EUROS QUE FIRMARON LOS DEMANDANTES EL 3 DE ABRIL DE 2009.

2.- CONDENO A LA DEMANDADA A REINTEGRAR A LOS ACTORES LOS 156.000 EUROS QUE INVIRTIERON, CON SUS INTERESES LEGALES DESDE EL 14 DE JULIO DE 2009; DEBIENDO, A SU VEZ, LOS ACTORES REINTEGRAR A LA DEMANDADA LOS INTERESES PERCIBIDOS POR UN TOTAL DE 32.310,54 EUROS, TAMBIÉN CON SUS INTERESES LEGALES DESDE LA FECHA DE COBRO.

TODO ELLO, CON IMPOSICIÓN DE COSTAS A LA PARTE DEMANDADA."

SEGUNDO.- NOTIFICADA LA ANTERIOR SENTENCIA A LAS PARTES, POR LA REPRESENTACIÓN DE NCG BANCO, S.A., SE INTERPUSO RECURSO DE APELACIÓN Y ADMITIDO A TRÁMITE SE REMITIERON A ESTA AUDIENCIA PROVINCIAL, Y CUMPLIDOS LOS OPORTUNOS TRÁMITES, SE SEÑALÓ PARA LA DELIBERACIÓN Y VOTACIÓN DEL PRESENTE RECURSO EL DÍA 25 DE MARZO DE 2014.

TERCERO.- EN LA TRAMITACIÓN DE ESTE RECURSO SE HAN CUMPLIDO LAS CORRESPONDIENTES PRESCRIPCIONES LEGALES.

VISTOS SIENDO PONENTE EL ILTMO. SR. MAGISTRADO D. RAFAEL MARATÍN DEL PESO GARCÍA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- EN EL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO SE INVOCAN UNA SERIE DE ALEGATOS QUE SUCINTAMENTE

CLÁUSULA INFORMATIVA: El contenido de este documento tiene carácter confidencial, privado, pertenece al ámbito del secreto profesional, y va dirigido a su destinatario. No se destinarán estos datos a otros fines que no sean recibir comunicaciones comerciales por parte de esta empresa, sobre nuestros servicios y productos, y no se entregarán a terceras personas conforme a la LOPD 15/1999, de 13 de diciembre. Si usted no desea seguir recibiendo nuestras comunicaciones, o no es el destinatario indicado, debe efectuar notificación en tal sentido en la dirección de fax 984 081 875 y destruya el mensaje sin quedarse copia alguna, ni distribuirlo o revelar su contenido.



Alfredogarcialopez

ABOGADOS

CONDENSADOS SE REFIEREN A LA EXISTENCIA DE ERROR EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA, INCORRECTA APRECIACIÓN DE LAS REGLAS DEL ONUS PROBANDI, EN CUANTO SE ATRIBUYE A LA RECURRENTE LA PRUEBA DEL DEBER DE INFORMACIÓN EN CONTRA DE LO EXPRESAMENTE APORTADO, EL HECHO DE QUE LA CONDICIÓN DE CONSUMIDORES DE LOS SUSCRIPTORES DE LAS PARTICIPACIONES PREFERENTES NO LES VEDA LA POSIBILIDAD DE LA SUSCRIPCIÓN DEL PRODUCTO, LA INCORRECTA INTELIGENCIA SOBRE LA NATURALEZA DEL PRODUCTO CONTRATADO (ALEGACIÓN CUARTA DEL RECURSO), LA INEXISTENCIA DEL ERROR SUSTANCIAL Y SU CONVALIDACIÓN EN TODO CASO.

SEGUNDO.- UNA ADECUADA SOLUCIÓN A LA CUESTIÓN DEBATIDA QUE SE FUNDA EN LA EXISTENCIA DE UN ERROR ESENCIAL EN LA SUSCRIPCIÓN DE PARTICIPACIONES PREFERENTES QUE SUSCRIBIERON LOS DEMANDANTES EL 18 DE MAYO DE 2009, OBLIGA A PRECISAR EN PRIMER TÉRMINO QUE SOBRE ESTA CUESTIÓN, LA NATURALEZA Y EXTENSIÓN DEL DEBER DE INFORMACIÓN EN ESTA CLASE DE PRODUCTOS QUE DEBE SUMINISTRAR LA ENTIDAD FINANCIERA AL CONSUMIDOR, ADEMÁS DE LAS SENTENCIAS QUE CITA LA RECURRIDA, HEMOS DE RESEÑAR EN EL SENTIDO QUE SE EXPONDRÁ LA SENTENCIA DE PLENO DEL L TS DE 20 DE ENERO DE 2014 QUE EXTIENDE EL DEBER DE INFORMACIÓN Y APRECIA EL ERROR AUNQUE LA SUSCRIPCIÓN DE UN PRODUCTO DE RIESGO LO SEA CON FINES ESPECULATIVOS (PERMUTA FINANCIERA), COMPLETANDO LA LÍNEA DOCTRINAL SENTADA YA EN LA ANTERIOR SENTENCIA DE 21 DE NOVIEMBRE DE 2012 , DE AHÍ QUE DIJÉSEMOS EN LA SENTENCIA DE ESTA SALA DE 11 DE MARZO DE 2014 QUE "NO OBSTANTE, SI EL PRODUCTO SE CONTRATÓ O NO CON UNA FINALIDAD PURAMENTE ESPECULATIVA NO RESULTA TRASCENDENTE, PUES EL TRIBUNAL SUPREMO, EN UNA RECIENTE SENTENCIA DE 20 DE ENERO DE 2.014 HA DECLARADO LA NULIDAD DE UN DENOMINADO SWAP DE INFLACIÓN, NO VINCULADO A UN PREVIO ENDEUDAMIENTO DEL CLIENTE CON LA ENTIDAD, INCIDIENDO EN LA FALTA DE CONOCIMIENTO DEL CLIENTE SOBRE LOS RIESGOS DEL PRODUCTO, DETERMINADO POR LA FALTA DE INFORMACIÓN SUFICIENTE PROPORCIONADA POR LA ENTIDAD...." Y POR OTRA PARTE CUANDO DE PARTICIPACIONES PREFERENTES COMO LAS QUE

CLÁUSULA INFORMATIVA: El contenido de este documento tiene carácter confidencial, privado, pertenece al ámbito del secreto profesional, y va dirigido a su destinatario. No se destinarán estos datos a otros fines que no sean recibir comunicaciones comerciales por parte de esta empresa, sobre nuestros servicios y productos, y no se entregarán a terceras personas conforme a la LOPD 15/1999, de 13 de diciembre. Si usted no desea seguir recibiendo nuestras comunicaciones, o no es el destinatario indicado, debe efectuar notificación en tal sentido en la dirección de fax 984 081 875 y destruya el mensaje sin quedarse copia alguna, ni distribuirlo o revelar su contenido.



Alfredogarcialopez

ABOGADOS

SON OBJETO DE AUTOS SE TRATA, HEMOS DE TRANSCRIBIR Y REITERAR LA RECIENTE SENTENCIA DE ESTA SALA DE 5 DE MARZO DE 2014 : " ANTES DE COMENZAR EL ESTUDIO DE LOS CONCRETOS MOTIVOS DE OPOSICIÓN INVOCADOS, HEMOS DE DELIMITAR LA NATURALEZA Y SUSTENTO LEGISLATIVO DE TAL PRODUCTO A FIN DE DETERMINAR LOS REQUISITOS Y LAS CONDICIONES NECESARIAS, TANTO EN EL CONOCIMIENTO DEL PRODUCTO, COMO DE SUS RIESGOS Y PREVENCIÓNES FUTURAS, TAL COMO SE HACE EN LA SENTENCIA DE 23 DE JULIO DE 2013 DE LA SECCIÓN 5ª Y DE LA QUE YA SE HIZO ECO LA SENTENCIA DE ESTA SALA DE 29 DE JULIO DE 2013 DONDE SE DICE:" LAS PARTICIPACIONES PREFERENTES SE ENCUENTRAN REGULADAS EN LA LEY 13/1985, DE 25 DE MAYO, DE COEFICIENTES DE INVERSIÓN, RECURSOS PROPIOS Y OBLIGACIONES DE INFORMACIÓN DE LOS INTERMEDIARIOS FINANCIEROS. EN EL ARTÍCULO 7 DE DICHA LEY 13/1985 SE ESTABLECE QUE LAS PARTICIPACIONES PREFERENTES CONSTITUYEN RECURSOS PROPIOS DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO. LAS PARTICIPACIONES PREFERENTES CUMPLEN UNA FUNCIÓN FINANCIERA DE LA ENTIDAD Y COMPUTAN COMO RECURSOS PROPIOS, POR LO QUE EL DINERO QUE SE INVIERTE EN PARTICIPACIONES PREFERENTES NO CONSTITUYE UN PASIVO EN EL BALANCE DE LA ENTIDAD. EL VALOR NOMINAL DE LA PARTICIPACIÓN PREFERENTE NO ES UNA DEUDA DEL EMISOR, POR LO QUE EL TITULAR DE LA MISMA NO TIENE DERECHO DE CRÉDITO FRENTE A LA ENTIDAD, NO PUDIENDO EXIGIR EL PAGO. LA CONSECUENCIA DE ELLO ES QUE EL RIESGO DEL TITULAR DE LA PARTICIPACIÓN PREFERENTE ES SEMEJANTE, AUNQUE NO IGUAL, AL DEL TITULAR DE UNA ACCIÓN. EN LA DISPOSICIÓN ADICIONAL SEGUNDA DE ESTA LEY SE REGULAN LOS REQUISITOS PARA LA COMPUTABILIDAD DE LAS PARTICIPACIONES PREFERENTES COMO RECURSOS PROPIOS. ESTA DISPOSICIÓN ADICIONAL SEGUNDA FUE REDACTADA POR EL APARTADO DIEZ DEL ARTÍCULO PRIMERO DE LA LEY 6/2011, DE 11 DE ABRIL , POR LA QUE SE TRANSPONE A NUESTRO DERECHO LA DIRECTIVA 2009/111/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 2009, POR LA QUE SE MODIFICÓ LA LEY 13/1985, LA LEY 24/1988, DE 28 DE JULIO DEL MERCADO DE VALORES Y EL R.D. LEGISLATIVO 1298/1986, DE 28 DE JUNIO, SOBRE ADAPTACIÓN DEL DERECHO VIGENTE EN MATERIA DE ENTIDADES DE CRÉDITO AL DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS.

5

CLÁUSULA INFORMATIVA: El contenido de este documento tiene carácter confidencial, privado, pertenece al ámbito del secreto profesional, y va dirigido a su destinatario. No se destinarán estos datos a otros fines que no sean recibir comunicaciones comerciales por parte de esta empresa, sobre nuestros servicios y productos, y no se entregarán a terceras personas conforme a la LOPD 15/1999, de 13 de diciembre. Si usted no desea seguir recibiendo nuestras comunicaciones, o no es el destinatario indicado, debe efectuar notificación en tal sentido en la dirección de fax 984 081 875 y destruya el mensaje sin quedarse copia alguna, ni distribuirlo o revelar su contenido.



Alfredogarcialopez

ABOGADOS

LA DIRECTIVA 2009/111/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 2.009 NO CALIFICA LA PARTICIPACIÓN PREFERENTE COMO INSTRUMENTO DE DEUDA, SINO COMO INSTRUMENTO DE CAPITAL HÍBRIDO AL QUE SE HA DE APLICAR EL MISMO TRATAMIENTO CONTABLE Y FINANCIERO QUE RECIBEN LOS RECURSOS PROPIOS DE LA ENTIDAD DE CRÉDITO EMISORA, DE AHÍ QUE UNA PRIMERA APROXIMACIÓN A ESTA FIGURA NOS LLEVA A DEFINIRLA COMO UN PRODUCTO FINANCIERO QUE PRESENTA ALTOS NIVELES DE RIESGO Y COMPLEJIDAD EN SU ESTRUCTURA Y CONDICIONES , COMO ASÍ SE RECONOCE EN LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL RDL 24/2012 DE REESTRUCTURACIÓN Y RESOLUCIÓN DE ENTIDADES DE CRÉDITO (BOE DE 31 DE AGOSTO DE 2.012).

EN LA MISMA LÍNEA EL BANCO DE ESPAÑA LAS DEFINE COMO UN INSTRUMENTO FINANCIERO EMITIDO POR UNA SOCIEDAD QUE NO OTORGA DERECHOS POLÍTICOS AL INVERSOR, OFRECE UNA RETRIBUCIÓN FIJA (CONDICIONADA A LA OBTENCIÓN DE BENEFICIOS) Y CUYA DURACIÓN ES PERPETUA, AUNQUE EL EMISOR SUELE RESERVARSE EL DERECHO A AMORTIZARLAS A PARTIR DE LOS CINCO AÑOS, PREVIA AUTORIZACIÓN DEL SUPERVISOR (EN EL CASO DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO, EL BANCO DE ESPAÑA).

EN LA MERITADA DISPOSICIÓN SE DESARROLLAN LOS REQUISITOS DE EMISIÓN DE LAS PARTICIPACIONES PREFERENTES Y SE SEÑALA COMO CARACTERÍSTICAS DE LAS MISMAS QUE NO OTORGAN A SUS TITULARES DERECHOS POLÍTICOS, SALVO SUPUESTOS EXCEPCIONALES, Y QUE NO OTORGAN DERECHOS DE SUSCRIPCIÓN PREFERENTE RESPECTO DE FUTURAS NUEVAS EMISIONES. OTRA CARACTERÍSTICA DE LAS PARTICIPACIONES PREFERENTES ES QUE TIENEN CARÁCTER PERPETUO, AUNQUE EL EMISOR PUEDE ACORDAR LA AMORTIZACIÓN ANTICIPADA A PARTIR DEL QUINTO AÑO DESDE SU FECHA DE DESEMBOLSO, PREVIA AUTORIZACIÓN DEL BANCO DE ESPAÑA, QUE SÓLO LA CONCEDERÁ SI NO SE VE AFECTADA LA SITUACIÓN FINANCIERA, NI LA SOLVENCIA DE LA ENTIDAD DE CRÉDITO, O DE SU GRUPO O SUBGRUPO CONSOLIDABLE. TAMBIÉN SE ESTABLECE QUE EL BANCO DE ESPAÑA PUEDE CONDICIONAR SU AUTORIZACIÓN A QUE LA ENTIDAD SUSTITUYA LAS PARTICIPACIONES PREFERENTES AMORTIZADAS POR ELEMENTOS DE CAPITAL

6

CLÁUSULA INFORMATIVA: El contenido de este documento tiene carácter confidencial, privado, pertenece al ámbito del secreto profesional, y va dirigido a su destinatario. No se destinarán estos datos a otros fines que no sean recibir comunicaciones comerciales por parte de esta empresa, sobre nuestros servicios y productos, y no se entregarán a terceras personas conforme a la LOPD 15/1999, de 13 de diciembre. Si usted no desea seguir recibiendo nuestras comunicaciones, o no es el destinatario indicado, debe efectuar notificación en tal sentido en la dirección de fax 984 081 875 y destruya el mensaje sin quedarse copia alguna, ni distribuirlo o revelar su contenido.



Alfredogarcialopez

ABOGADOS

COMPUTABLES DE IGUAL O SUPERIOR CALIDAD. OTRA CARACTERÍSTICA DE LAS PARTICIPACIONES PREFERENTES ES QUE COTIZAN EN LOS MERCADOS SECUNDARIOS ORGANIZADOS Y QUE, EN LOS SUPUESTOS DE LIQUIDACIÓN O DISOLUCIÓN, U OTROS QUE DEN LUGAR A LA APLICACIÓN DE LAS PRIORIDADES CONTEMPLADAS EN EL CÓDIGO DE COMERCIO, DE LA ENTIDAD DE CRÉDITO EMISORA O DE LA DOMINANTE, LAS PARTICIPACIONES PREFERENTES DARÁN DERECHO A OBTENER EXCLUSIVAMENTE EL REEMBOLSO DE SU VALOR NOMINAL JUNTO CON LA REMUNERACIÓN DEVENGADA Y NO SATISFECHA, QUE NO HUBIERA SIDO OBJETO DE CANCELACIÓN, SITUÁNDOSE, A EFECTOS DEL ORDEN DE PRELACIÓN DE CRÉDITOS, INMEDIATAMENTE DETRÁS DE TODOS LOS ACREEDORES, SUBORDINADOS O NO, DE LA ENTIDAD DE CRÉDITO EMISORA O DE LA DOMINANTE DEL GRUPO O SUBGRUPO CONSOLIDABLE DE ENTIDADES DE CRÉDITO Y DELANTE DE LOS ACCIONISTAS ORDINARIOS Y, EN SU CASO, DE LOS CUOTAPARTÍCIPIES.

SE HA INDICADO ANTERIORMENTE QUE EN LA DISPOSICIÓN ADICIONAL SEGUNDA DE LA LEY 13/1985 SE ESTABLECEN LAS CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DE LAS PARTICIPACIONES PREFERENTES. NO SE ATRIBUYE AL TITULAR DE LAS MISMAS UN DERECHO A LA RESTITUCIÓN DE SU VALOR NOMINAL, POR LO QUE ES UN VALOR PERPETUO Y SIN VENCIMIENTO, INDICÁNDOSE EXPRESAMENTE EN LA LETRA B) DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL SEGUNDA QUE EN LOS SUPUESTOS DE EMISIONES REALIZADAS POR UNA SOCIEDAD FILIAL DE LAS PREVISTAS EN LA LETRA A), LOS RECURSOS OBTENIDOS DEBERÁN ESTAR INVERTIDOS EN SU TOTALIDAD, DESCONTANDO GASTOS DE EMISIÓN Y GESTIÓN, Y DE FORMA PERMANENTE EN LA ENTIDAD DE CRÉDITO DOMINANTE DE LA FILIAL EMISORA, DE MANERA QUE QUEDEN DIRECTAMENTE AFECTOS A LOS RIESGOS Y SITUACIÓN FINANCIERA DE DICHA ENTIDAD DE CRÉDITO DOMINANTE Y DE LA DE SU GRUPO O SUBGRUPO CONSOLIDABLE AL QUE PERTENECE, DE ACUERDO CON LO QUE SE INDICA EN LAS LETRAS SIGUIENTES.

EN RELACIÓN A LA RENTABILIDAD DE LA PARTICIPACIÓN PREFERENTE SE INFIERE QUE EL PAGO DE LA REMUNERACIÓN ESTARÁ CONDICIONADO A LA EXISTENCIA DE BENEFICIOS O

7

CLÁUSULA INFORMATIVA: El contenido de este documento tiene carácter confidencial, privado, pertenece al ámbito del secreto profesional, y va dirigido a su destinatario. No se destinarán estos datos a otros fines que no sean recibir comunicaciones comerciales por parte de esta empresa, sobre nuestros servicios y productos, y no se entregarán a terceras personas conforme a la LOPD 15/1999, de 13 de diciembre. Si usted no desea seguir recibiendo nuestras comunicaciones, o no es el destinatario indicado, debe efectuar notificación en tal sentido en la dirección de fax 984 081 875 y destruya el mensaje sin quedarse copia alguna, ni distribuirlo o revelar su contenido.



Alfredogarcialopez

ABOGADOS

RESERVAS DISTRIBUIBLES EN LA ENTIDAD DE CRÉDITO EMISORA O DOMINANTE. TAMBIÉN HA DE MENCIONARSE QUE LA LIQUIDEZ DE LA PARTICIPACIÓN PREFERENTE SÓLO PUEDE PRODUCIRSE MEDIANTE SU VENTA EN EL MERCADO SECUNDARIO, POR LO QUE EN SUPUESTOS DE AUSENCIA DE RENTABILIDAD HACE DIFÍCIL QUE SE PRODUZCA LA REFERIDA LIQUIDEZ.

EL ARTÍCULO 72 DEL REAL DECRETO 217/2008, DE 15 DE FEBRERO , SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS DE INVERSIÓN, ESTABLECE QUE A LOS EFECTOS DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 79 BIS 6 DE LA LEY 24/1988, DE 28 DE JULIO , LAS ENTIDADES QUE PRESTEN EL SERVICIO DE ASESORAMIENTO EN MATERIA DE INVERSIONES O DE GESTIÓN DE CARTERAS DEBERÁN OBTENER DE SUS CLIENTES, INCLUIDOS LOS POTENCIALES, LA INFORMACIÓN NECESARIA PARA QUE PUEDAN COMPRENDER LOS DATOS ESENCIALES DE SUS CLIENTES Y PARA QUE PUEDAN DISPONER DE UNA BASE RAZONABLE PARA PENSAR, TENIENDO EN CUENTA DEBIDAMENTE LA NATURALEZA Y EL ALCANCE DEL SERVICIO PRESTADO, QUE LA TRANSACCIÓN ESPECÍFICA QUE DEBE RECOMENDARSE, O QUE DEBE REALIZARSE AL PRESTAR EL SERVICIO DE GESTIÓN DE CARTERA.

DICE, EN ESTE SENTIDO, LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÓRDOBA DE 30 DE ENERO DE 2.013 QUE < INFORMACIÓN SOBRE LOS INSTRUMENTOS FINANCIEROS. EL ART. 79 BIS LMV REGULA LOS DEBERES DE INFORMACIÓN QUE RECAEN SOBRE LAS ENTIDADES FINANCIERAS QUE PRESTEN ESTOS SERVICIOS DE INVERSIÓN. ESTOS DEBERES NO SE REDUCEN A QUE LA INFORMACIÓN DIRIGIDA A SUS CLIENTES SEA IMPARCIAL, CLARA Y NO ENGAÑOSA (APARTADO 2), SINO QUE ADEMÁS DEBEN PROPORCIONARLES, "DE MANERA COMPRENSIBLE, INFORMACIÓN ADECUADA SOBRE LOS INSTRUMENTOS FINANCIEROS Y LAS ESTRATEGIAS DE INVERSIÓN", QUE "DEBERÁ INCLUIR ORIENTACIONES Y ADVERTENCIAS SOBRE LOS RIESGOS ASOCIADOS A TALES INSTRUMENTOS O ESTRATEGIAS" (APARTADO 3).

EL ART. 64 RD 217/2008, DE 15 DE FEBRERO , REGULA CON MAYOR DETALLE ESTE DEBER DE INFORMACIÓN SOBRE LOS INSTRUMENTOS

8

CLÁUSULA INFORMATIVA: El contenido de este documento tiene carácter confidencial, privado, pertenece al ámbito del secreto profesional, y va dirigido a su destinatario. No se destinarán estos datos a otros fines que no sean recibir comunicaciones comerciales por parte de esta empresa, sobre nuestros servicios y productos, y no se entregarán a terceras personas conforme a la LOPD 15/1999, de 13 de diciembre. Si usted no desea seguir recibiendo nuestras comunicaciones, o no es el destinatario indicado, debe efectuar notificación en tal sentido en la dirección de fax 984 081 875 y destruya el mensaje sin quedarse copia alguna, ni distribuirlo o revelar su contenido.

Campoamor 9 2º 33001 OVIEDO

984 186 927

984 081 875f

www.alfredogarcialopez.es/com



Alfredogarcialopez

ABOGADOS

FINANCIEROS Y ESPECIFICA QUE LA ENTIDAD FINANCIERA DEBE "PROPORCIONAR A SUS CLIENTES (...) UNA DESCRIPCIÓN GENERAL DE LA NATURALEZA Y RIESGOS DE LOS INSTRUMENTOS FINANCIEROS, TENIENDO EN CUENTA, EN PARTICULAR, LA CLASIFICACIÓN DEL CLIENTE COMO MINORISTA O PROFESIONAL". Y ACLARA QUE ESTA DESCRIPCIÓN DEBE "INCLUIR UNA EXPLICACIÓN DE LAS CARACTERÍSTICAS DEL TIPO DE INSTRUMENTO FINANCIERO EN CUESTIÓN Y DE LOS RIESGOS INHERENTES A ESE INSTRUMENTO, DE UNA MANERA SUFICIENTEMENTE DETALLADA PARA PERMITIR QUE EL CLIENTE PUEDA TOMAR DECISIONES DE INVERSIÓN FUNDADAS".

ADEMÁS, LAS ENTIDADES FINANCIERAS DEBEN VALORAR LOS CONOCIMIENTOS Y LA EXPERIENCIA EN MATERIA FINANCIERA DEL CLIENTE, PARA PRECISAR QUÉ TIPO DE INFORMACIÓN HA DE PROPORCIONÁRSELE EN RELACIÓN CON EL PRODUCTO DE QUE SE TRATA, Y EN SU CASO EMITIR UN JUICIO DE CONVENIENCIA O DE IDONEIDAD ".

Y CONTINÚA LA SENTENCIA: " LA ENTIDAD FINANCIERA DEBE REALIZAR AL CLIENTE UN TEST DE CONVENIENCIA, CONFORME A LO PREVISTO EN EL ART. 79BIS. 7 LMV (ARTS. 19.5 DIRECTIVA 2004/39/CE), CUANDO SE PRESTAN SERVICIOS QUE NO CONLLEVAN ASESORAMIENTO. SE ENTIENDE POR TALES, LOS CASOS EN QUE EL PRESTATARIO DEL SERVICIO OPERA COMO SIMPLE EJECUTANTE DE LA VOLUNTAD DEL CLIENTE, PREVIAMENTE FORMADA. ESTE TEST VALORA LOS CONOCIMIENTOS (ESTUDIOS Y PROFESIÓN) Y LA EXPERIENCIA (FRECUENCIA Y VOLUMEN DE OPERACIONES) DEL CLIENTE, CON LA FINALIDAD DE QUE LA ENTIDAD PUEDA HACERSE UNA IDEA DE SUS COMPETENCIAS EN MATERIA FINANCIERA. ESTA EVALUACIÓN DEBE DETERMINAR SI EL CLIENTE ES CAPAZ DE COMPRENDER LOS RIESGOS QUE IMPLICA EL PRODUCTO O SERVICIO DE INVERSIÓN OFERTADO O DEMANDADO, PARA SER CAPAZ DE TOMAR DECISIONES DE INVERSIÓN CON CONOCIMIENTO DE CAUSA. COMO ACLARA EL ART. 73 RD 217/2008, DE 15 DE FEBRERO , SE TRATA DE CERCIORARSE DE QUE EL CLIENTE "TIENE LOS CONOCIMIENTOS Y EXPERIENCIA NECESARIOS PARA COMPRENDER LOS RIESGOS INHERENTES AL PRODUCTO O EL SERVICIO DE INVERSIÓN OFERTADO O DEMANDADO".

CLÁUSULA INFORMATIVA: El contenido de este documento tiene carácter confidencial, privado, pertenece al ámbito del secreto profesional, y va dirigido a su destinatario. No se destinarán estos datos a otros fines que no sean recibir comunicaciones comerciales por parte de esta empresa, sobre nuestros servicios y productos, y no se entregarán a terceras personas conforme a la LOPD 15/1999, de 13 de diciembre. Si usted no desea seguir recibiendo nuestras comunicaciones, o no es el destinatario indicado, debe efectuar notificación en tal sentido en la dirección de fax 984 081 875 y destruya el mensaje sin quedarse copia alguna, ni distribuirlo o revelar su contenido.



Alfredogarcialopez

ABOGADOS

ESTA "INFORMACIÓN RELATIVA A LOS CONOCIMIENTOS Y EXPERIENCIA DEL CLIENTE INCLUIRÁ LOS DATOS ENUMERADOS A CONTINUACIÓN, EN LA MEDIDA EN QUE RESULTEN APROPIADOS A LA NATURALEZA DEL CLIENTE, A LA NATURALEZA Y ALCANCE DEL SERVICIO A PRESTAR Y AL TIPO DE PRODUCTO O TRANSACCIÓN PREVISTO, INCLUYENDO LA COMPLEJIDAD Y LOS RIESGOS INHERENTES:

A) LOS TIPOS DE INSTRUMENTOS FINANCIEROS, TRANSACCIONES Y SERVICIOS CON LOS QUE ESTÁ FAMILIARIZADO EL CLIENTE.

B) LA NATURALEZA, EL VOLUMEN Y LA FRECUENCIA DE LAS TRANSACCIONES DEL CLIENTE SOBRE INSTRUMENTOS FINANCIEROS Y EL PERIODO DURANTE EL QUE SE HAYAN REALIZADO.

C) EL NIVEL DE ESTUDIOS, LA PROFESIÓN ACTUAL Y, EN SU CASO, LAS PROFESIONES ANTERIORES DEL CLIENTE QUE RESULTEN RELEVANTES" (ART. 74 RD 217/2008, DE 15 DE FEBRERO).

CONTRARIAMENTE A LO QUE ENTIENDE EL RECURRENTE, ESTAS EXIGENCIAS PROPIAS DEL TEST DE CONVENIENCIA SON MENORES QUE CUANDO DEBE VALORARSE LA IDONEIDAD DEL PRODUCTO CONFORME AL ART. 79BIS. 6 LMV (ART. 19.4 DIRECTIVA 2004/39/CE). EL TEST DE IDONEIDAD OPERA EN CASO DE QUE SE HAYA PRESTADO UN SERVICIO DE ASESORAMIENTO EN MATERIA DE INVERSIONES O DE GESTIÓN DE CARTERAS MEDIANTE LA REALIZACIÓN DE UNA RECOMENDACIÓN PERSONALIZADA. LA ENTIDAD FINANCIERA QUE PRESTE ESTOS SERVICIOS DEBE REALIZAR UN EXAMEN COMPLETO DEL CLIENTE, MEDIANTE EL DENOMINADO TEST DE IDONEIDAD, QUE SUMA EL TEST DE CONVENIENCIA (CONOCIMIENTOS Y EXPERIENCIA) A UN INFORME SOBRE LA SITUACIÓN FINANCIERA (INGRESOS, GASTOS Y PATRIMONIO) Y LOS OBJETIVOS DE INVERSIÓN (DURACIÓN PREVISTA, PERFIL DE RIESGO Y FINALIDAD) DEL CLIENTE, PARA RECOMENDARLE LOS SERVICIOS O INSTRUMENTOS QUE MÁS LE CONVENGAN.

PARA ELLO, ESPECIFICA EL ART. 72 RD 217/2008, DE 15 DE FEBRERO , LAS ENTIDADES FINANCIERAS "DEBERÁN OBTENER DE SUS



Alfredogarcialopez

ABOGADOS

CLIENTES(...)LA INFORMACIÓN NECESARIA PARA QUE PUEDAN COMPRENDER LOS DATOS ESENCIALES DE SUS CLIENTES Y PARA QUE PUEDAN DISPONER DE UNA BASE RAZONABLE PARA PENSAR, TENIENDO EN CUENTA DEBIDAMENTE LA NATURALEZA Y EL ALCANCE DEL SERVICIO PRESTADO, QUE LA TRANSACCIÓN ESPECIFICA QUE DEBE RECOMENDARSE(...) CUMPLE LAS SIGUIENTES CONDICIONES:

A) RESPONDE A LOS OBJETIVOS DE INVERSIÓN DEL CLIENTE. EN ESTE SENTIDO, SE INCLUIRÁ, CUANDO PROCEDA, INFORMACIÓN SOBRE EL HORIZONTE TEMPORAL DESEADO PARA LA INVERSIÓN, SUS PREFERENCIAS EN RELACIÓN A LA ASUNCIÓN DE RIESGOS, SU PERFIL DE RIESGOS, Y LAS FINALIDADES DE LA INVERSIÓN.

B) ES DE TAL NATURALEZA QUE EL CLIENTE PUEDE, DESDE EL PUNTO DE VISTA FINANCIERO, ASUMIR CUALQUIER RIESGO DE INVERSIÓN QUE SEA COHERENTE CON SUS OBJETIVOS DE INVERSIÓN(...).

C) ES DE TAL NATURALEZA QUE EL CLIENTE CUENTA CON LA EXPERIENCIA Y LOS CONOCIMIENTOS NECESARIOS PARA COMPRENDER LOS RIESGOS QUE IMPLICA LA TRANSACCIÓN(...).

COMO AFIRMA LA STJUE DE 30 DE MAYO DE 2013, CASO GENIL 48. S.L. (C-604/2011), "(L)A CUESTIÓN DE SI UN SERVICIO DE INVERSIÓN CONSTITUYE O NO UN ASESORAMIENTO EN MATERIA DE INVERSIÓN NO DEPENDE DE LA NATURALEZA DEL INSTRUMENTO FINANCIERO EN QUE CONSISTE SINO DE LA FORMA EN QUE ESTE ÚLTIMO ES OFRECIDO AL CLIENTE O POSIBLE CLIENTE" (APARTADO 53). Y ESTA VALORACIÓN DEBE REALIZARSE CON LOS CRITERIOS PREVISTOS EN EL ART. 52 DIRECTIVA 2006/73 , QUE ACLARA LA DEFINICIÓN DE SERVICIO DE ASESORAMIENTO EN MATERIA DE INVERSIÓN DEL ART. 4.4 DIRECTIVA 2004/39/CE .

EL ART. 4.4 DIRECTIVA 2004/39/CE DEFINE EL SERVICIO DE ASESORAMIENTO EN MATERIA DE INVERSIÓN COMO "LA PRESTACIÓN DE RECOMENDACIONES PERSONALIZADAS A UN CLIENTE, SEA A PETICIÓN DE ÉSTE O POR INICIATIVA DE LA EMPRESA DE INVERSIÓN, CON RESPECTO A UNA O MÁS OPERACIONES RELATIVAS A INSTRUMENTOS FINANCIEROS". Y EL ART. 52 DIRECTIVA 2006/73/CE

CLÁUSULA INFORMATIVA: El contenido de este documento tiene carácter confidencial, privado, pertenece al ámbito del secreto profesional, y va dirigido a su destinatario. No se destinarán estos datos a otros fines que no sean recibir comunicaciones comerciales por parte de esta empresa, sobre nuestros servicios y productos, y no se entregarán a terceras personas conforme a la LOPD 15/1999, de 13 de diciembre. Si usted no desea seguir recibiendo nuestras comunicaciones, o no es el destinatario indicado, debe efectuar notificación en tal sentido en la dirección de fax 984 081 875 y destruya el mensaje sin quedarse copia alguna, ni distribuirlo o revelar su contenido.



Alfredogarcialopez

ABOGADOS

ACLARA QUE "SE ENTENDERÁ POR RECOMENDACIÓN PERSONAL UNA RECOMENDACIÓN REALIZADA A UNA PERSONA EN SU CALIDAD DE INVERSOR O POSIBLE INVERSOR(...)", QUE SE PRESENTE COMO CONVENIENTE PARA ESA PERSONA O SE BASE EN UNA CONSIDERACIÓN DE SUS CIRCUNSTANCIAS PERSONALES. CARECE DE ESTA CONSIDERACIÓN DE RECOMENDACIÓN PERSONALIZADA SI SE DIVULGA EXCLUSIVAMENTE A TRAVÉS DE CANALES DE DISTRIBUCIÓN O VA DESTINADA AL PÚBLICO ".

CON ARREGLO A LO EXPUESTO, Y CONFIRMANDO EN ESTE PUNTO IGUALMENTE LA SENTENCIA DE INSTANCIA, NO CABE DUDA, QUE LA ENTIDAD FINANCIERA LLEVÓ A CABO UN SERVICIO DE ASESORAMIENTO FINANCIERO, PUES LAS PREFERENTES FUERON OFRECIDAS POR LA ENTIDAD FINANCIERA, POR MEDIO DE LA EMPLEADA DE LA ENTIDAD DE BANCO PASTOR, PARA INVERTIR UNA CANTIDAD DE LA QUE DÑA, INOCENCIA DISPONÍA, EN BASE A UNA RELACIÓN DE CONFIANZA, COMO UN PRODUCTO CON UNA ALTA RENTABILIDAD, Y CONTANDO EL BANCO CON LA INFORMACIÓN SOBRE LOS CONOCIMIENTOS Y EXPERIENCIA INVERSORA DE LA CLIENTA, PUES AL REALIZARLE EL TEST DE CONVENIENCIA SE CONSIDERÓ QUE EL NIVEL DE CONOCIMIENTOS Y EXPERIENCIA INVERSORA NO ERA SUFICIENTE PARA COMPRENDER LA NATURALEZA Y RIESGOS DE ESTE PRODUCTO, CONSIDERANDO NO CONVENIENTE LA REALIZACIÓN DE OPERACIONES CON ESTA FAMILIA DE PRODUCTOS, POR LO QUE DEBÍA SER ADVERTIDO EXPRESAMENTE DE ELLO, LO QUE NO SUCEDIÓ EN EL PRESENTE CASO EN DONDE LA EMPLEADA DECLARÓ EN LA VISTA, SIENDO CONOCEDORA DE ESA OBLIGACIÓN, QUE NO RECUERDA COMO SE LO ADVIRTIÓ, SE LO DA AL CLIENTE Y ELLA VE LO QUE PONE Y DECIDE, CUANDO DÑA. INOCENCIA NI SIQUIERA RECUERDA QUE SE LE LEYERA EL CUESTIONARIO, DEBIENDO EXTREMARSE EN ESTE CASO LA DILIGENCIA, DADO EL PERFIL DEL INVERSOR SIN CONOCIMIENTO NI EXPERIENCIA INVERSORA, TRATÁNDOSE DE UNA PREJUBILADA, FACILITANDO INFORMACIÓN SUFICIENTEMENTE CLARA Y ACORDE A SU PERFIL, CUANDO SE TRATA DE UN CLIENTE MINORISTA.

CUARTO.- EN RELACIÓN AL ALCANCE DEL DEBER DE INFORMACIÓN, DEBE DECIRSE QUE EN ESTE CASO, LA INFORMACIÓN SOBRE EL



Alfredogarcialopez

ABOGADOS

RIESGO SE LIMITÓ A EXPLICAR LA PROPIA MECÁNICA DE FUNCIONAMIENTO DEL PRODUCTO, ÚNICA A LA QUE HIZO REFERENCIA LA EMPLEADA DE LA OFICINA QUE DEPUISO COMO TESTIGO DÑA. MACARENA , QUIEN MANIFESTÓ QUE PESE A CONOCER QUE SE TRATA DE UN PRODUCTO DE RIESGO NO RECORDABA CÓMO SE LO ADVIRTIÓ Y CONCRETÓ QUE EL RIESGO VIENE SI EL BANCO TIENE PROBLEMAS, Y QUE SI TIENE DUDAS SE LE EXPLICA Y EN LO QUE ELLA NO SEPA LE PASA AL DIRECTOR, CREE QUE COMPRENDÍA EL PRODUCTO Y SUS RIESGOS. NO PUEDE ACEPTARSE QUE EL BANCO HUBIERA AGOTADO CON ESTA PARCA EXPLICACIÓN EL DEBER DE INFORMACIÓN QUE DEBÍA PROPORCIONAR AL CLIENTE ANTES DE RECABAR SU CONSENTIMIENTO COMPROBADO SU EXPERIENCIA INVERSORA, SIN PARA ELLO SEA SUFICIENTE EL SUMINISTRO DE TRÍPTICOS EXPLICATIVOS DONDE FIGURAN LOS RIESGOS. LA APELADA TIENE LA CONSIDERACIÓN DE CLIENTE MINORISTA, Y LOS DEMÁS DATOS ACERCA DE SU EDUCACIÓN E INVERSIONES CORROBORAN LA AUSENCIA TOTAL DE CONOCIMIENTOS FINANCIEROS, POR TANTO, EL NIVEL DE DILIGENCIA E INFORMACIÓN DEBE SER MÁXIMO, ATENDIENDO AL PRINCIPIO DE BUENA FE Y TRASPARENCIA, PUES LA CLIENTE CONFIABA EN LA OFICINA QUE SIEMPRE HABÍA GESTIONADO SUS AHORROS Y ESTABA ADQUIRIENDO UN PRODUCTO PERPETUO Y QUE CONLLEVA UN RIESGO.

POR ELLO DEBERÍA HABER SUMINISTRADO AL CLIENTE UNA INFORMACIÓN COMPENSIBLE Y ADECUADA SOBRE ESTE PRODUCTO QUE INCLUYERA UNA ADVERTENCIA SOBRE LOS CONCRETOS RIESGOS QUE ASUMÍA Y SU DURACIÓN, PROPORCIONÁNDOLE INFORMACIÓN CLARA, CORRECTA, PRECISA Y SUFICIENTE PARA EVITAR UNA INCORRECTA INTERPRETACIÓN, HACIENDO HINCAPIÉ EN EL RIESGO QUE ESTE PRODUCTO FINANCIERO COMPLEJO CONLLEVA, Y HABERSE CERCORADO QUE EL CLIENTE CON ESE PERFIL ERA CAPAZ DE COMPRENDER ESTOS RIESGOS Y DE QUE, A LA VISTA DE SU SITUACIÓN FINANCIERA Y LOS OBJETIVOS QUE PRETENDÍA CON LA INVERSIÓN, ESTE PRODUCTO ERA EL QUE MÁS LE CONVENÍA.

LA SENTENCIA DE 23 DE JULIO DE 2013 SOBRE ESTE DEBER DE INFORMACIÓN DEJO DICHO: "ASÍ, EN RELACIÓN CON ESTA CUESTIÓN

CLÁUSULA INFORMATIVA: El contenido de este documento tiene carácter confidencial, privado, pertenece al ámbito del secreto profesional, y va dirigido a su destinatario. No se destinarán estos datos a otros fines que no sean recibir comunicaciones comerciales por parte de esta empresa, sobre nuestros servicios y productos, y no se entregarán a terceras personas conforme a la LOPD 15/1999, de 13 de diciembre. Si usted no desea seguir recibiendo nuestras comunicaciones, o no es el destinatario indicado, debe efectuar notificación en tal sentido en la dirección de fax 984 081 875 y destruya el mensaje sin quedarse copia alguna, ni distribuirlo o revelar su contenido.



AlfredogarcialopezZ

ABOGADOS

DE LA INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL Y CONTRACTUAL QUE REQUIEREN ESTE TIPO DE INSTRUMENTOS FINANCIEROS, DEBE RECORDARSE, A PROPÓSITO DE ELLO, LO SENTADO EN LA SENTENCIA DE ESTE TRIBUNAL DE 15 DE MARZO DE 2.013 , QUE DEJÓ DICHO QUE LA INCLUSIÓN EN EL CONTRATO DE UNA DECLARACIÓN DE CIENCIA, QUE SUELE CONSTAR EN LOS CONTRATOS QUE SUSCRIBEN LOS CONSUMIDORES, CLIENTES BANCARIOS O INVERSORES MINORISTAS, EN EL SENTIDO DE HABER SIDO DEBIDAMENTE INFORMADOS, <>, NI TAMPOCO <>, SIENDO EXPRESIÓN DE LO QUE SE DICE EL ART. 89.1 DEL REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2007, DE 16 DE NOVIEMBRE , POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS, QUE CONSIDERA COMO CLÁUSULAS ABUSIVAS "LAS DECLARACIONES DE RECEPCIÓN O CONFORMIDAD CON HECHOS FICTICIOS", DE LO SE VIENE A INFERIR QUE SON NULAS LAS DECLARACIONES DE CIENCIA SI SE ACREDITA QUE LOS HECHOS A LOS QUE SE REFIERE SON INEXISTENTES O "FICTICIOS", COMO LITERALMENTE SE EXPRESA EN EL TÉRMINO LEGAL; ES DECIR, QUE COMO CONTINÚA DICHIENDO LA SENTENCIA ÚLTIMAMENTE CITADA <>, DE AHÍ LA OBLIGACIÓN QUE EL LEGISLADOR IMPONE A LA ENTIDAD FINANCIERA O AL BANCO PARA QUE DESARROLLE UNA DETERMINADA ACTIVIDAD INFORMATIVA.

DEBIENDO SEÑALARSE, RESPECTO DE LA SUFICIENCIA Y CLARIDAD DE LA INFORMACIÓN QUE DEBE FACILITAR LA ENTIDAD DE CRÉDITO, QUE ES ÉSTA LA QUE DEBE PROBAR QUE HA CUMPLIDO CON LOS DEBERES DE INFORMACIÓN NECESARIOS A TENOR DE LA LEGISLACIÓN VIGENTE (SENTENCIA DE 4 DE DICIEMBRE DE 2.010 DE LA SECCIÓN TERCERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BURGOS), ASÍ COMO QUE LA DILIGENCIA QUE LE ES EXIGIBLE A LA ENTIDAD FINANCIERA NO ES LA DE UN BUEN PADRE DE FAMILIA, SINO LA DE UN ORDENADO EMPRESARIO Y REPRESENTANTE LEGAL, EN DEFENSA DE LOS INTERESES DE SUS CLIENTES (SENTENCIA DE 16 DE DICIEMBRE DE 2.010 DE LA SEC. 5ª DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ASTURIAS)".

LA PRUEBA PRACTICADA REVELA QUE DICHA INFORMACIÓN NO SE FACILITÓ A LA APELADA EN EL MOMENTO DE CONCERTAR LAS

CLÁUSULA INFORMATIVA: El contenido de este documento tiene carácter confidencial, privado, pertenece al ámbito del secreto profesional, y va dirigido a su destinatario. No se destinarán estos datos a otros fines que no sean recibir comunicaciones comerciales por parte de esta empresa, sobre nuestros servicios y productos, y no se entregarán a terceras personas conforme a la LOPD 15/1999, de 13 de diciembre. Si usted no desea seguir recibiendo nuestras comunicaciones, o no es el destinatario indicado, debe efectuar notificación en tal sentido en la dirección de fax 984 081 875 y destruya el mensaje sin quedarse copia alguna, ni distribuirlo o revelar su contenido.



AlfredogarcialopezZ

ABOGADOS

PARTICIPACIONES PREFERENTES, NI TAMPOCO EN UN MOMENTO POSTERIOR NI AL SUSCRIBIR LA ORDEN DE VALORES PARA EL CANJE A BONOS SUBORDINADOS OBLIGATORIAMENTE CONVERTIBLES EN ACCIONES DEL BANCO POPULAR.

QUINTO. - EN CUANTO A LA EXISTENCIA DE UN ERROR ESENCIAL Y EXCUSABLE DETERMINANTE DE UN VICIO DEL CONSENTIMIENTO QUE SUPONGA LA NULIDAD DEL CONTRATO Y SU INFLUENCIA EN LA VÁLIDA FORMACIÓN DEL CONTRATO, OTRO DE LOS MOTIVOS DE RECURSO, NOS REFERIREMOS A CONTINUACIÓN.

PARA SU RESOLUCIÓN PARTIREMOS DE LA CONSIDERACIÓN DE QUE EL CONSENTIMIENTO ES UN REQUISITO ESENCIAL, CUYA AUSENCIA DETERMINA LA NULIDAD. EL CONOCIMIENTO, ACTO RECEPTIVO, ES INDISPENSABLE PARA PODER ACTUAR, PUES NO SE PUEDE REACCIONAR CONTRA LO DESCONOCIDO O IGNORADO, NO EQUIVALE AL CONSENTIMIENTO, ACTO VALORATIVO DE MANIFESTACIÓN EXPRESA O TÁCITA DE LA VOLUNTAD (STS DE 20 ABRIL DE 2001). SOBRE ESTA CUESTIÓN DEL ERROR VICIO SE HA PRONUNCIADO EL TS EN SENTENCIAS 24 OCTUBRE DE 2012 , 15 Y 21 NOVIEMBRE DE 2012 , DEJANDO SENTADO LO SIGUIENTE: "HAY ERROR VICIO CUANDO LA VOLUNTAD DEL CONTRATANTE SE FORMA A PARTIR DE UNA CREENCIA INEXACTA - SENTENCIAS 114/1985, DE 18 DE FEBRERO , 295/1994, DE 29 DE MARZO , 756/1996, DE 28 DE SEPTIEMBRE , 434/1997, DE 21 DE MAYO , 695/2010, DE 12 DE NOVIEMBRE , ENTRE MUCHAS -. ES DECIR, CUANDO LA REPRESENTACIÓN MENTAL QUE SIRVE DE PRESUPUESTO PARA LA REALIZACIÓN DEL CONTRATO ES EQUIVOCADA O ERRÓNEA.

ES LÓGICO QUE UN ELEMENTAL RESPETO A LA PALABRA DADA - "PACTA SUNT SERVANDA" - IMPONGA LA CONCURRENCIA DE CIERTOS REQUISITOS PARA QUE EL ERROR INVALIDE EL CONTRATO Y PUEDA QUIEN LO SUFRIÓ QUEDAR DESVINCULADO. AL FIN, EL CONTRATO CONSTITUYE EL INSTRUMENTO JURÍDICO POR EL QUE QUIENES LO CELEBRAN, EN EJERCICIO DE SU LIBERTAD - AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD -, DECIDEN CREAR UNA RELACIÓN JURÍDICA ENTRE ELLOS Y SOMETERLA A UNA "LEX PRIVATA" (LEY PRIVADA) CUYO CONTENIDO DETERMINAN. LA SEGURIDAD JURÍDICA, ASENTADA EN



Alfredogarcialopez

ABOGADOS

EL RESPETO A LO PACTADO, IMPONE EN ESTA MATERIA UNOS CRITERIOS RAZONABLEMENTE RIGUROSOS - SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 1977 -.

I. EN PRIMER TÉRMINO, PARA QUE QUEPA HABLAR DE ERROR VICIO ES NECESARIO QUE LA REPRESENTACIÓN EQUIVOCADA MEREZCA ESA CONSIDERACIÓN. LO QUE EXIGE QUE SE MUESTRE, PARA QUIEN AFIRMA HABER ERRADO, COMO SUFICIENTEMENTE SEGURA Y NO COMO UNA MERA POSIBILIDAD DEPENDIENTE DE LA CONCURRENCIA DE INCIERTAS CIRCUNSTANCIAS.

II. DISPONE EL ARTÍCULO 1266 DEL CÓDIGO CIVIL QUE, PARA INVALIDAR EL CONSENTIMIENTO, EL ERROR HA DE RECAER - ADEMÁS DE SOBRE LA PERSONA, EN DETERMINADOS CASOS - SOBRE LA SUSTANCIA DE LA COSA QUE CONSTITUYE EL OBJETO DEL CONTRATO O SOBRE AQUELLAS CONDICIONES DE LA COSA QUE PRINCIPALMENTE HUBIEREN DADO MOTIVO A CELEBRARLO - SENTENCIAS DE, 4 DE ENERO DE 1982 , 295/1994 , DE 29 DE MARZO, ENTRE OTRAS MUCHAS -, ESTO ES, SOBRE EL OBJETO O MATERIA PROPIA DEL CONTRATO - ARTÍCULO 1261, ORDINAL SEGUNDO, DEL CÓDIGO CIVIL -. ADEMÁS EL ERROR HA DE SER ESENCIAL, EN EL SENTIDO DE PROYECTARSE, PRECISAMENTE, SOBRE AQUELLAS PRESUPOSICIONES - RESPECTO DE LA SUSTANCIA, CUALIDADES O CONDICIONES DEL OBJETO O MATERIA DEL CONTRATO - QUE HUBIERAN SIDO LA CAUSA PRINCIPAL DE SU CELEBRACIÓN, EN EL SENTIDO DE CAUSA CONCRETA O DE MOTIVOS INCORPORADOS A LA CAUSA.

III. ES CIERTO QUE SE CONTRATA POR RAZÓN DE DETERMINADAS PERCEPCIONES O REPRESENTACIONES QUE CADA CONTRATANTE SE HACE SOBRE LAS CIRCUNSTANCIAS - PASADAS, CONCURRENTES O ESPERADAS - Y QUE ES EN CONSIDERACIÓN A ELLAS QUE EL CONTRATO SE LE PRESENTA COMO MERECEDOR DE SER CELEBRADO. SIN EMBARGO, SI DICHOS MOTIVOS O MÓVILES NO PASARON, EN LA GÉNESIS DEL CONTRATO, DE MERAMENTE INDIVIDUALES, EN EL SENTIDO DE PROPIOS DE UNO SOLO DE LOS CONTRATANTES, O, DICHO CON OTRAS PALABRAS, NO SE OBJETIVARON Y ELEVARON A LA CATEGORÍA DE CAUSA CONCRETA



Alfredogarcialopez

ABOGADOS

DE AQUEL, EL ERROR SOBRE ELLOS RESULTA IRRELEVANTE COMO VICIO DEL CONSENTIMIENTO. SE ENTIENDE QUE QUIEN CONTRATA SOPORTA UN RIESGO DE QUE SEAN ACERTADAS O NO, AL CONSENTIR, SUS REPRESENTACIONES SOBRE LAS CIRCUNSTANCIAS EN CONSIDERACIÓN A LAS CUALES HACERLO LE HABÍA PARECIDO ADECUADO A SUS INTERESES.

IV. COMO SE INDICÓ, LAS CIRCUNSTANCIAS ERRÓNEAMENTE REPRESENTADAS PUEDEN SER PASADAS, PRESENTES O FUTURAS, PERO, EN TODO CASO, HAN DE HABER SIDO TOMADAS EN CONSIDERACIÓN, EN LOS TÉRMINOS DICHO, EN EL MOMENTO DE LA PERFECCIÓN O GÉNESIS DE LOS CONTRATOS - SENTENCIAS DE 8 DE ENERO DE 1962 , 29 DE DICIEMBRE DE 1978 Y 21 DE MAYO DE 1997 , ENTRE OTRAS -. LO DETERMINANTE ES QUE LOS NUEVOS ACONTECIMIENTOS PRODUCIDOS CON LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO RESULTEN CONTRADICTORIOS CON LA REGLA CONTRACTUAL. SI NO ES ASÍ, SE TRATARÁ DE MEROS EVENTOS POSTERIORES A LA GENERACIÓN DE AQUELLAS, EXPLICABLES POR EL RIESGO QUE AFECTA A TODO LO HUMANO.

V. SE EXPUSO ANTES QUE EL ERROR VICIO EXIGE QUE LA REPRESENTACIÓN EQUIVOCADA SE MUESTRE RAZONABLEMENTE SEGURA, DE MODO QUE DIFÍCILMENTE CABRÁ ADMITIRLO CUANDO EL FUNCIONAMIENTO DEL CONTRATO SE PROYECTA SOBRE UN FUTURO MÁS O MENOS PRÓXIMO CON UN ACUSADO COMPONENTE DE ALEATORIEDAD, YA QUE LA CONSIGUIENTE INCERTIDUMBRE IMPLICA LA ASUNCIÓN POR LOS CONTRATANTES DE UN RIESGO DE PÉRDIDA, CORRELATIVO A LA ESPERANZA DE UNA GANANCIA.

VI. POR OTRO LADO, EL ERROR HA DE SER, ADEMÁS DE RELEVANTE, EXCUSABLE. LA JURISPRUDENCIA - SENTENCIAS DE 4 DE ENERO DE 1982 , 756/1996, DE 28 DE SEPTIEMBRE , 726/2000, DE 17 DE JULIO , 315/2009 , DE 13 DE MAYO - EXIGE TAL CUALIDAD, NO MENCIONADA EN EL ARTÍCULO 1266, PORQUE VALORA LA CONDUCTA DEL IGNORANTE O EQUIVOCADO, NEGANDO PROTECCIÓN A QUIEN, CON EL EMPLEO DE LA DILIGENCIA QUE ERA EXIGIBLE EN LAS CIRCUNSTANCIAS CONCURRENTES, HABRÍA CONOCIDO LO QUE AL CONTRATAR IGNORABA Y, EN LA SITUACIÓN DE CONFLICTO, PROTEGE A LA OTRA



Alfredogarcialopez

ABOGADOS

PARTE CONTRATANTE, CONFIADA EN LA APARIENCIA QUE GENERA TODA DECLARACIÓN NEGOCIAL SERIAMENTE EMITIDA."

POR LO QUE SE HACE PRECISO EXAMINAR LAS CIRCUNSTANCIAS CONCURRENTES EN CADA CASO CONCRETO PARA DETERMINAR SI HUBO INFORMACIÓN SUFICIENTE Y ADECUADA. EN PALABRAS DE LA SENTENCIA DEL TS DE 17 DE FEBRERO DE 2005 . " HA DE RECORDARSE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SEGÚN LA CUAL PARA QUE UN ERROR PUEDA INVALIDAR UN NEGOCIO, ES PRECISO QUE EL MISMO NO SEA IMPUTABLE A QUIEN LO PADECE, Y TAL COSA SUCEDE CUANDO QUIEN LO INVOKA PODRÍA HABERLO ELIMINADO EMPLEANDO UNA DILIGENCIA NORMAL ADECUADA A LAS CIRCUNSTANCIAS, ES DECIR, UNA DILIGENCIA MEDIA TENIENDO EN CUENTA LA CONDICIÓN DE LAS PERSONAS, PUES DE ACUERDO CON LOS POSTULADOS DE LA BUENA FE EL REQUISITO DE LA EXCUSABILIDAD TIENE POR FUNCIÓN BÁSICA IMPEDIR QUE EL ORDENAMIENTO PROTEJA A QUIEN NO MERECE DICHA PROTECCIÓN POR SU CONDUCTA NEGLIGENTE (SENTENCIAS DE 24 DE ENERO DE 2003 , 12 DE JULIO DE 2002 Y 30 DE SEPTIEMBRE DE 1999 , ENTRE OTRAS) ... OTRAS 27 DE OCTUBRE DE 2010 " .

POR SI MISMO, EL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE INFORMACIÓN NO CONLLEVA NECESARIAMENTE LA APRECIACIÓN DEL ERROR VICIO, PERO NO CABE DUDA DE QUE LA PREVISIÓN LEGAL DE ESTOS DEBERES, QUE SE APOYA EN LA ASIMETRÍA INFORMATIVA QUE SUELE DARSE EN LA CONTRATACIÓN DE ESTOS PRODUCTOS FINANCIEROS CON CLIENTES MINORISTAS, PUEDE INCIDIR EN LA APRECIACIÓN DEL ERROR. ERROR QUE, DEBER RECAER SOBRE EL OBJETO DEL CONTRATO, QUE EN ESTE CASO AFECTA A LOS CONCRETOS RIESGOS ASOCIADOS Y SU CARÁCTER PERPETUO.

SEXTO.- DESCENDIENDO AL CASO CONCRETO Y APLICANDO LA ANTERIOR DOCTRINA AL CASO ENJUICIADO, SE APRECIA LA REALIDAD DEL ERROR, PUES NO SE HA ACREDITADO POR LA PARTE DEMANDADA, AHORA APELANTE, HABER OFRECIDO ANTES DE CONTRATAR, INFORMACIÓN SUFICIENTE ACERCA DE LAS CARACTERÍSTICAS DEL PRODUCTO Y SUS RIESGOS TAL COMO

18

CLÁUSULA INFORMATIVA: El contenido de este documento tiene carácter confidencial, privado, pertenece al ámbito del secreto profesional, y va dirigido a su destinatario. No se destinarán estos datos a otros fines que no sean recibir comunicaciones comerciales por parte de esta empresa, sobre nuestros servicios y productos, y no se entregarán a terceras personas conforme a la LOPD 15/1999, de 13 de diciembre. Si usted no desea seguir recibiendo nuestras comunicaciones, o no es el destinatario indicado, debe efectuar notificación en tal sentido en la dirección de fax 984 081 875 y destruya el mensaje sin quedarse copia alguna, ni distribuirlo o revelar su contenido.



Alfredogarcialopez

ABOGADOS

ANTERIORMENTE SE EXPUSO, LAS EXPLICACIONES DE LA EMPLEADA DE LA ENTIDAD EN EL ACTO DEL JUICIO SOBRE EL PRODUCTO Y SUS RIESGOS NO SON SUFICIENTES A ESTOS EFECTOS. PUES DÑA. INOCENCIA , POR SU PARTE, MANIFESTÓ QUE HABLÓ CON MACARENA PORQUE QUERÍA INVERTIR UN DINERO PERO CON LA ADVERTENCIA DE QUE ESTUVIERA SIEMPRE DISPONIBLE, SIEMPRE OPTÓ POR UN PLAZO FIJO PARA SUS AHORROS, LE DIJERON "LO VOY A PONER EN UN PLAZO VIENES EN UNO O DOS DÍAS Y LOS FIRMAS", EL AÑO PASADO LA LLAMARON PARA FIRMAR Y AL PREGUNTAR SI HABÍA ALGÚN PROBLEMA LE DIJERON QUE "TIENES QUE HACER UN CAMBIO DE NOMBRE" PERO QUE NO HABÍA NINGÚN PROBLEMA, NO SE ENTERÓ QUE TENIA PREFERENTES HASTA EL 2013 CUANDO QUISO RECUPERAR EL DINERO, AUNQUE ES CIERTO QUE EL DABA MÁS INTERESES QUE OTROS DEPÓSITOS, CONFIABA EN LA GENTE Y NO SE PONÍA A LEER. AHORA TIENE UNOS BONOS CONVERTIBLES EN ACCIONES, QUE NO HIZO.

Y ESA FALTA DE INFORMACIÓN FUE SUSCEPTIBLE DE GENERAR EN UNA PERSONA SIN EXPERIENCIA EN PRODUCTOS FINANCIEROS ESPECULATIVOS, UNA CREENCIA ERRÓNEA RESPECTO DEL TIPO DE PRODUCTO QUE CONTRATABA.

EN CONCLUSIÓN, LA ENTIDAD APELANTE, EN EL MOMENTO DE EMITIR LA ORDEN DE COMPRA DE LAS PARTICIPACIONES PREFERENTES POR LA APELADA, NO CUMPLIÓ CON SUS DEBERES DE ACTUAR CONFORME A LAS EXIGENCIAS DE LA BUENA FE Y LA TRANSPARENCIA, NI CON SU OBLIGACIÓN DE FACILITAR INFORMACIÓN CLARA Y PRECISA SOBRE LA CLASE DE PRODUCTO QUE ESTABA ADQUIRIENDO, LAS PARTICIPACIONES PREFERENTES, INSTRUMENTO FINANCIERO COMPLEJO, DE CARÁCTER PERPETUO Y DE ELEVADO RIESGO, QUE PUEDE GENERAR RENTABILIDAD PERO TAMBIÉN GENERA PÉRDIDAS EN EL CAPITAL INVERTIDO, TAMPOCO SE LE FACILITÓ INFORMACIÓN PARA EL CASO DE INSOLVENCIA DEL EMISOR, NI SE LE ADVIRTIÓ DE LA DISCORDANCIA EXISTENTE ENTRE EL TIPO DE PRODUCTO ADQUIRIDO Y LO QUE VENÍA ADQUIRIENDO CON ANTERIORIDAD (BÁSICAMENTE, DEPÓSITOS A PLAZO FIJO), MÁS ADECUADO A SU PERFIL INVERSOR, CLIENTE MINORISTA Y PEQUEÑO AHORRADOR.



Alfredogarcialopez

ABOGADOS

Y LO MISMO PUEDE DECIRSE RESPECTO A LA POSTERIOR SUSCRIPCIÓN DE BONOS SUBORDINADOS OBLIGATORIAMENTE CONVERTIBLES EN ACCIONES, PUES PESE A ESTAR FIRMADO, EN MODO ALGUNO CONSTA ACREDITADO QUE SE LE HUBIESE LLAMADO E INFORMADO POR LA ENTIDAD BANCARIA DE ESTA EMISIÓN PARA DARLE LA OPORTUNIDAD DE OPTAR, LIMITÁNDOSE A FIRMAR.

ES DECIR, NO HAY QUE PERDER DE VISTA QUE EN NUESTRO ORDENAMIENTO EL ACENTO DE LA CONFIRMACIÓN TÁCITA SE PONE EN LA VOLUNTAD, AUNQUE ÉSTA NO PUEDA MÁS QUE PRESUMIRSE DEL LEGITIMADO PARA ANULAR EL CONTRATO, PUES COMO LITERALMENTE DISPONE EL ART. 1.311 DEL CÓDIGO CIVIL , LA CONFIRMACIÓN TÁCITA HA DE INFERIRSE DE UN ACTO QUE IMPLIQUE NECESARIAMENTE LA VOLUNTAD DE RENUNCIAR A LA ACCIÓN. EN CONSECUENCIA, LA PRESUNCIÓN DE ESA VOLUNTAD NO PUEDE PREDICARSE SIN MÁS, EN ABSTRACTO, SINO QUE HA DE SER FRUTO DE UNA LABOR INTERPRETATIVA QUE TENGA EN CONSIDERACIÓN TODAS LAS CIRCUNSTANCIAS CONCURRENTES Y, SOBRE TODO EL INTERÉS QUE EL LEGITIMADO PUDIERA TENER EN EL MOMENTO DE REALIZAR DICHA CONDUCTA EN EL MANTENIMIENTO DEL CONTRATO, PUDIENDO PRESUMIRSE DE ACTOS QUE SUPONGAN UN PROVECHO DEL CONTRATO VICIADO, PERO NO DE AQUELLOS OTROS ACTOS, COMO EN ESTE CASO LA ORDEN DE CANJE PREFERENTE POR BONOS SUBORDINADOS CONVERTIBLES NECESARIAMENTE EN ACCIONES, IMPLICA NECESARIAMENTE UNA VOLUNTAD CONFIRMATORIA SIENDO UN DATO ESENCIAL EL PROVECHO O BENEFICIO. Y, EN ESTE CONTEXTO, EL CANJE REALIZADO NO PUEDE IMPLICAR AQUIESCENCIA CON EL CONTRATO VICIADO, NI UN INTERÉS EN EL MANTENIMIENTO EN LA EFICACIA DEL MISMO, CUANDO NI SIQUIERA ERA CABAL CONOCEDORA DE DICHO CANJE Y CONTRADICTORIO CON EL EJERCICIO POSTERIOR DE UNA ACCIÓN DE NULIDAD, SIENDO ÉSTA MEDIDA COMO SE DICE EN LA APELADA, LA ÚNICA POSIBILIDAD QUE TENÍA Y CON ELLO LO QUE SE PRETENDÍA ERA REDUCIR EN LA MEDIDA DE LO POSIBLE LAS PÉRDIDAS Y RIESGOS CAUSADOS CON EL NEGOCIO DE ADQUISICIÓN DE PREFERENTES AL EXISTIR UN CLARO NEXO DE CONEXIÓN ENTRE AMBOS CONTRATOS, "ACTUANDO UNOS EN CONDICIÓN DE EFICACIA O PRESUPUESTO DE LOS OTROS".



Alfredogarcialopez

ABOGADOS

OCTAVO.- POR TODO LO DICHO, CONCURREN LAS CONDICIONES DEL ERROR INVALIDANTE DEL CONTRATO, A SABER "RECAER SOBRE LA COSA QUE CONSTITUYE SU OBJETO O SOBRE AQUELLAS CONDICIONES DE LA MISMA QUE PRINCIPALMENTE HUBIERAN DADO LUGAR A CELEBRARLO, DE MODO QUE SE REVELE PALADINAMENTE SU ESENCIALIDAD; QUE NO SEA IMPUTABLE A QUIEN LO PADEZCA; UN NEXO CAUSAL ENTRE EL MISMO Y LA FINALIDAD QUE SE PRETENDÍA EN EL NEGOCIO JURÍDICO CONCERTADO, Y QUE SEA EXCUSABLE, EN EL SENTIDO DE INEVITABLE, NO HABIENDO PODIDO SER EVITADO POR EL QUE LO PADECIÓ EMPLEANDO UNA DILIGENCIA MEDIA O REGULAR" (STS DE 26-06-2000), PUES EL CLIENTE DEL BANCO, QUE CON LA OPERACIÓN INTENTA INVERTIR SUS AHORROS CON PLENA DISPONIBILIDAD, CON LA PARCA E INCOMPLETA INFORMACIÓN DESPLEGADA POR LA ENTIDAD FINANCIERA RESPECTO A SU NATURALEZA RIESGO Y PERPETUIDAD DEL PRODUCTO, HIZO QUE EL CONSENTIMIENTO PRESTADO ADOLEZCA DE UN ERROR ESENCIAL E INVALIDANTE, NO IMPUTABLE A QUIEN LO ALEGA, SIMPLEMENTE NO PUEDE SER QUE CLIENTE SE LIMITE A DAR SU CONSENTIMIENTO, A CIEGAS, FIADO EN LA BUENA FE DEL BANCO, A UNAS CONDICIONES CUYAS EFECTIVAS CONSECUENCIAS FUTURAS NO PUEDE VALORAR CON PROPORCIONADA RACIONALIDAD POR FALTA DE INFORMACIÓN ADECUADA MIENTRAS QUE EL BANCO SÍ LA POSEE (SENTENCIA SECCIÓN 6ª DE 21/12/2012).

LA CONSECUENCIA OBLIGADA DE LA NULIDAD QUE AQUÍ SE DECLARA NO ES OTRA QUE LA RESTITUCIÓN RECÍPROCA DE LAS COSAS QUE HUBIESEN SIDO MATERIA DEL CONTRATO, CON SUS FRUTOS Y EL PRECIO CON LOS INTERESES (ART. 1303 DEL CÓDIGO CIVIL). LO QUE SE TRATA, EN DEFINITIVA, ES DE CONSEGUIR QUE LAS PARTES AFECTADAS POR LA NULIDAD VUELVAN A TENER LA SITUACIÓN PERSONAL Y PATRIMONIAL ANTERIOR AL EFECTO INVALIDADOR (STS DE 22 DE ABRIL DE 2002).

TERCERO.- REITERANDO TAL DOCTRINA, HEMOS DE ANALIZAR LAS CIRCUNSTANCIAS QUE DEFINEN LA CONTRATACIÓN ENTRE LAS PARTES PARA APRECIAR LA EXISTENCIA DE ERROR, TENIENDO EN CUENTA QUE EL DEBER DE INFORMACIÓN Y LA CARGA DE PROBAR SU EXISTENCIA, ES EXIGIBLE A LA ENTIDAD FINANCIERA, PUES COMO



AlfredogarcialopezZ

ABOGADOS

HEMOS DECLARADO EN LA SENTENCIA DE 11 DE MARZO DE 2014 " ERA EL BANCO DEMANDADO EL OBLIGADO, CONFORME A LAS NORMAS DE DISTRIBUCIÓN DEL "ONUS PROBANDI" DEL ARTÍCULO 217 DE LA LEC , A ACREDITAR QUE PROPORCIONÓ AL DEMANDANTE LA INFORMACIÓN NECESARIA, PARA QUE PUDIERA PRESTAR UN CONSENTIMIENTO CABAL E INFORMADO SOBRE EL PRODUCTO QUE IBA A CONTRATAR, Y NADA HA PROBADO AL RESPECTO, PUES NO ES SUFICIENTE, A ESTOS EFECTOS, LA DECLARACIÓN PRESTADA POR EL EMPLEADO DEL BANCO, DE MODO QUE HEMOS DE CONCLUIR QUE EL CONTRATO SE CONCERTÓ SIN QUE HUBIESE DADO AL CLIENTE EL BANCO APELANTE UNA INFORMACIÓN COMPLETA Y ADECUADA SOBRE LAS CARACTERÍSTICAS DE LA OPERACIÓN QUE CONCERTABA Y DE LOS RIESGOS CONCRETOS QUE TENÍA ...," DOCTRINA QUE SIRVE PARA RECHAZAR EL ALEGATO QUE SE HACE EN EL RECURSO SOBRE LA INCORRECTA APLICACIÓN DE LAS REGLAS DEL ONUS PROBANDI AL CASO ENJUICIADO. DEBEN SER TENIDAS EN CUENTA LAS SIGUIENTES CONSIDERACIONES SOBRE LA OPERACIÓN : A) LOS ACTORES CARECEN DE TODO TIPO DE CONOCIMIENTOS FINANCIEROS Y DE ESPECÍFICA FORMACIÓN EN LA MATERIA, PUES SON MINERO JUBILADO Y AMA DE CASA. B) TAMPOCO HABÍAN SUSCRITO PREVIAMENTE OPERACIONES DE ESTAS CARACTERÍSTICAS, YA QUE TENÍAN CONTRATADOS DEPÓSITOS A PLAZO FIJO, POR LO QUE SU PERFIL ES EL DE AHORRADORES SIN RIESGO Y SIN FORMACIÓN. C) ES LA ENTIDAD BANCARIA QUIEN LES OFERTA LA POSIBILIDAD DE SUSCRIBIR PARTICIPACIONES, CANCELANDO LA IMPOSICIÓN A PLAZO FIJO EXISTENTE. D) EN TODO MOMENTO FIRMAN LOS DOCUMENTOS OBRANTES EN AUTOS FIÁNDOSE DE LA CONFIANZA QUE TIENEN EN LA DIRECTORA DEL BANCO DE SU OFICINA, QUE LLAMA A LOS ACTORES, LES CONVINCE DE LA BONDAD DE ESTA OPERACIÓN Y MINIMIZA Y OMITIÓ LOS POSIBLES RIESGOS. E) NO SE LES PRÁCTICA TEST DE IDONEIDAD Y EL DE CONVENIENCIA (MUY SIMPLE, FORMADO POR 4 PREGUNTAS Y DONDE SÓLO CONSTA LA FIRMA DE LOS DEMANDADOS Y UNA MUY SUCINTA TRANSCRIPCIÓN MECANOGRÁFICA DE LAS RESPUESTAS) ARROJA UNA CONCLUSIÓN OPUESTO A LA SUSCRIPCIÓN DEL PRODUCTO, YA QUE (DOCUMENTO 15), EL CODEMANDANTE DON GERARDO SE CALIFICA EN EL TEST EXPRESAMENTE COMO NO CONVENIENTE. EL APELANTE ALEGA DOS CIRCUNSTANCIAS CON LAS QUE PRETENDE INVALIDAR LAS

CLÁUSULA INFORMATIVA: El contenido de este documento tiene carácter confidencial, privado, pertenece al ámbito del secreto profesional, y va dirigido a su destinatario. No se destinarán estos datos a otros fines que no sean recibir comunicaciones comerciales por parte de esta empresa, sobre nuestros servicios y productos, y no se entregarán a terceras personas conforme a la LOPD 15/1999, de 13 de diciembre. Si usted no desea seguir recibiendo nuestras comunicaciones, o no es el destinatario indicado, debe efectuar notificación en tal sentido en la dirección de fax 984 081 875 y destruya el mensaje sin quedarse copia alguna, ni distribuirlo o revelar su contenido.



Alfredogarcialopez

ABOGADOS

CONCLUSIONES DE LA SENTENCIA: EN PRIMER LUGAR QUE EN LOS DOCUMENTOS FIRMADOS SE ADVIERTE DE LOS RIESGOS DEL PRODUCTO Y ESPECIALMENTE, DE LA CONDICIÓN PERPETUA DE LAS PREFERENTES SE LES MINIMIZÓ, COMO DICEN LOS ACTORES, PORQUE A LOS TRES AÑOS PODÍA RECLAMARSE DE LA ENTIDAD SU REEMBOLSO, QUE FIRMARON EN LA CONFIANZA QUE TENÍAN DEPOSITADA EN LA ENTIDAD LO QUE NO INVALIDA LA EXISTENCIA DE ERROR. AL PROPIO TIEMPO SE HACE HINCAPIÉ EN LA EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD QUE APARECE EN EL DOCUMENTO 9 Y QUE ES REDACTADA POR LA ENTIDAD FINANCIERA Y QUE VULNERA LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 86 DEL RD LEG 1/2007 EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 6 DEL CC , POR LO QUE CARECE DE EFICACIA. SOBRE LA AUSENCIA DE INFORMACIÓN. RESPECTO DE LA REALIDAD DEL ERROR ESENCIAL Y SU CARÁCTER EXCUSABLE O INVENCIBLE, HEMOS DE REMITIRNOS A LA DOCTRINA DE LAS SENTENCIAS CITADAS DE CLARA APLICACIÓN AL SUPUESTO ENJUICIADO, DEBIENDO TENER PRESENTE QUE, PARA ANALIZAR EL DEBER DE INFORMACIÓN EXIGIBLE A LA ENTIDAD COMO DIJIMOS EN LAS SENTENCIAS DE 27 DE JUNIO Y 11 DE OCTUBRE DE 2.013 : " ESTA EXIGENCIA DEL DEBER DE INFORMACIÓN SE VE AVALADA POR EL CRITERIO HERMENÉUTICO QUE SE EXTRAE DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE FECHA 30 DE MAYO DE 2.013 , SEÑALANDO QUE « POR OTRA PARTE REITERAR LA EXIGENCIA ESPECÍFICA DEL DEBER DE INFORMACIÓN EXIGIBLE AL BANCO EN ESTA CLASE DE PRODUCTOS, AÚN PARTIENDO DE LA PRIMITIVA REGULACIÓN DE LA LMVV, EXISTENTE AL TIEMPO DE LA PERFECCIÓN DEL CONTRATO, COMO VIENE DECLARANDO ESTA SALA DESDE SENTENCIA DE 29 DE OCTUBRE DE 2010 . Y SOBRE EL DEBER DE INFORMACIÓN Y LA NATURALEZA DE ESTA CLASE DE PRODUCTOS, HEMOS DE TRAER A COLACIÓN LA RECIENTE SENTENCIA DEL TJUE DE 30 DE MAYO DE 2013 QUE DECLARA EL ARTÍCULO 19, APARTADO 9, DE LA DIRECTIVA 2004/39/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 21 DE ABRIL DE 2004 , RELATIVA A LOS MERCADOS DE INSTRUMENTOS FINANCIEROS, POR LA QUE SE MODIFICAN LAS DIRECTIVAS 85/611/CEE Y 93/6/CEE DEL CONSEJO Y LA DIRECTIVA 2000/12/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO Y SE DEROGA LA DIRECTIVA 93/22/CEE DEL CONSEJO, DEBE INTERPRETARSE EN EL SENTIDO DE QUE, POR UNA PARTE, UN

CLÁUSULA INFORMATIVA: El contenido de este documento tiene carácter confidencial, privado, pertenece al ámbito del secreto profesional, y va dirigido a su destinatario. No se destinarán estos datos a otros fines que no sean recibir comunicaciones comerciales por parte de esta empresa, sobre nuestros servicios y productos, y no se entregarán a terceras personas conforme a la LOPD 15/1999, de 13 de diciembre. Si usted no desea seguir recibiendo nuestras comunicaciones, o no es el destinatario indicado, debe efectuar notificación en tal sentido en la dirección de fax 984 081 875 y destruya el mensaje sin quedarse copia alguna, ni distribuirlo o revelar su contenido.



Alfredogarcialopez

ABOGADOS

SERVICIO DE INVERSIÓN SÓLO SE OFRECE COMO PARTE DE UN PRODUCTO FINANCIERO CUANDO FORMA PARTE INTRÍNSECA DE ÉSTE EN EL MOMENTO EN QUE DICHO PRODUCTO FINANCIERO SE OFRECE AL CLIENTE Y, POR OTRA PARTE, LO DISPUESTO EN LA LEGISLACIÓN DE LA UNIÓN Y EN LAS NORMAS EUROPEAS COMUNES A LAS QUE SE REFIERE DICHO PRECEPTO DEBE PERMITIR UNA VALORACIÓN DEL RIESGO DE LOS CLIENTES O ESTABLECER REQUISITOS DE INFORMACIÓN QUE INCLUYAN ASIMISMO EL SERVICIO DE INVERSIÓN QUE FORMA PARTE INTRÍNSECA DEL PRODUCTO FINANCIERO DE QUE SE TRATE, PARA QUE ESTE SERVICIO DEJE DE ESTAR SUJETO A LAS OBLIGACIONES ENUNCIADAS EN DICHO ARTÍCULO 19. 2) EL ARTÍCULO 4, APARTADO 1, PUNTO 4, DE LA DIRECTIVA 2004/39 DEBE INTERPRETARSE EN EL SENTIDO DE QUE EL HECHO DE OFRECER UN CONTRATO DE PERMUTA FINANCIERA A UN CLIENTE CON OBJETO DE CUBRIR EL RIESGO DE VARIACIÓN DEL TIPO DE INTERÉS DE UN PRODUCTO FINANCIERO QUE HA SUSCRITO DICHO CLIENTE ES UN SERVICIO DE ASESORAMIENTO EN MATERIA DE INVERSIÓN, TAL COMO SE DEFINE EN DICHO PRECEPTO, SIEMPRE QUE LA RECOMENDACIÓN RELATIVA A LA SUSCRIPCIÓN DE ESE CONTRATO DE PERMUTA SE DIRIJA A DICHO CLIENTE EN SU CALIDAD DE INVERSOR, QUE SE PRESENTE COMO CONVENIENTE PARA EL CLIENTE O SE BASE EN UNA CONSIDERACIÓN DE SUS CIRCUNSTANCIAS PERSONALES, Y QUE NO ESTÉ DIVULGADA EXCLUSIVAMENTE A TRAVÉS DE CANALES DE DISTRIBUCIÓN O DESTINADA AL PÚBLICO. 3) CORRESPONDE AL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO DE CADA ESTADO MIEMBRO REGULAR LAS CONSECUENCIAS CONTRACTUALES QUE DEBEN DERIVARSE DE LA INOBSERVANCIA, POR PARTE DE UNA EMPRESA DE INVERSIÓN QUE OFRECE UN SERVICIO DE INVERSIÓN, DE LAS EXIGENCIAS DE EVALUACIÓN ESTABLECIDAS EN EL ARTÍCULO 19, APARTADOS 4 Y 5, DE LA DIRECTIVA 2004/39 , RESPETANDO LOS PRINCIPIOS DE EQUIVALENCIA Y EFECTIVIDAD..., E IGUALMENTE TEXTUALMENTE SEÑALA: SIN EMBARGO, LOS CONTRATOS DE PERMUTA RELACIONADOS CON LOS TIPOS DE INTERÉS, COMO LOS CONTROVERTIDOS EN EL LITIGIO PRINCIPAL, FIGURAN EN EL ANEXO I, SECCIÓN C, PUNTO 4, DE DICHA DIRECTIVA, LO QUE EXCLUYE, DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 38 DE LA DIRECTIVA 2006/73 , QUE TENGAN LA CONSIDERACIÓN DE NO COMPLEJOS. DE ELLO SE

CLÁUSULA INFORMATIVA: El contenido de este documento tiene carácter confidencial, privado, pertenece al ámbito del secreto profesional, y va dirigido a su destinatario. No se destinarán estos datos a otros fines que no sean recibir comunicaciones comerciales por parte de esta empresa, sobre nuestros servicios y productos, y no se entregarán a terceras personas conforme a la LOPD 15/1999, de 13 de diciembre. Si usted no desea seguir recibiendo nuestras comunicaciones, o no es el destinatario indicado, debe efectuar notificación en tal sentido en la dirección de fax 984 081 875 y destruya el mensaje sin quedarse copia alguna, ni distribuirlo o revelar su contenido.



Alfredogarcialopez

ABOGADOS

DESPRENDE QUE EL ARTÍCULO 19, APARTADO 6, DE LA DIRECTIVA 2004/39 NO ES APLICABLE A LOS HECHOS DE LOS LITIGIOS PRINCIPALES; SENTENCIA QUE TIENE IMPORTANCIA A LA HORA DE RESOLVER LA CUESTIÓN DEBATIDA, PUES AUNQUE LA DIRECTIVA 2004/39 HAYA INCORPORADA AL DERECHO ESPAÑOL MEDIANTE LA LEY 24/1988, DE 28 DE JULIO, DEL MERCADO DE VALORES (BOE Nº 181, DE 29 DE JULIO DE 1988, P. 23405), EN SU VERSIÓN MODIFICADA POR LA LEY 42/2007, DE 19 DE DICIEMBRE, POSTERIOR A LA CONTRATACIÓN DE LA PERMUTA FINANCIERA QUE ES OBJETO DE AUTOS, SIRVE DE CRITERIO HERMENÉUTICO TANTO PARA DEFINIR LAS CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO COMO COMPLEJO, COMO PARA ANALIZAR EN CONSECUENCIA LA EXTENSIÓN Y CONTENIDO DE LA INFORMACIÓN QUE DEBÍA SUMINISTRAR EL BANCO AL CLIENTE AL TIEMPO DE SU PERFECCIÓN, CON ARREGLO A LA LEGISLACIÓN EN AQUEL MOMENTO VIGENTE EN NUESTRO PAÍS, DE LO QUE RESULTA QUE DEBEN CONFIRMARSE LAS CONSIDERACIONES SOBRE LA FALTA DE INFORMACIÓN EN ATENCIÓN A LA COMPLEJIDAD DEL CONTRATO QUE EN LA RECURRIDA SE HACEN A LOS EFECTOS DE SUBRAYAR LA EXISTENCIA DEL ERROR Y QUE ES EXCUSABLE O INVENCIBLE ».

A ESTE RESPECTO, DICE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 DE NOVIEMBRE DE 2012 , EN UN ASUNTO EN QUE SE ALEGABA IGUALMENTE ERROR EN EL CONSENTIMIENTO EN LA CONTRATACIÓN DE UNOS "SWAPS", QUE « HAY ERROR VICIO CUANDO LA VOLUNTAD DEL CONTRATANTE SE FORMA A PARTIR DE UNA CREENCIA INEXACTA - SENTENCIAS 114/1985, DE 18 DE FEBRERO , 295/1994, DE 29 DE MARZO , 756/1996, DE 28 DE SEPTIEMBRE , 434/1997, DE 21 DE MAYO , 695/2010, DE 12 DE NOVIEMBRE , ENTRE MUCHAS-. ES DECIR, CUANDO LA REPRESENTACIÓN MENTAL QUE SIRVE DE PRESUPUESTO PARA LA REALIZACIÓN DEL CONTRATO ES EQUIVOCADA O ERRÓNEA. ES LÓGICO QUE UN ELEMENTAL RESPETO A LA PALABRA DADA - "PACTA SUNT SERVANDA"- IMPONGA LA CONCURRENCIA DE CIERTOS REQUISITOS PARA QUE EL ERROR INVALIDE EL CONTRATO Y PUEDA QUIEN LO SUFRIÓ QUEDAR DESVINCULADO. AL FIN, EL CONTRATO CONSTITUYE EL INSTRUMENTO JURÍDICO POR EL QUE QUIENES LO CELEBRAN, EN EJERCICIO DE SU LIBERTAD -AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD-, DECIDEN CREAR UNA RELACIÓN JURÍDICA ENTRE ELLOS Y SOMETERLA A UNA "LEX PRIVATA" (LEY PRIVADA) CUYO



Alfredogarcialopez

ABOGADOS

CONTENIDO DETERMINAN. LA SEGURIDAD JURÍDICA, ASENTADA EN EL RESPETO A LO PACTADO, IMPONE EN ESTA MATERIA UNOS CRITERIOS RAZONABLEMENTE RIGUROSOS - SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 1977 -. I. EN PRIMER TÉRMINO, PARA QUE QUEPA HABLAR DE ERROR VICIO ES NECESARIO QUE LA REPRESENTACIÓN EQUIVOCADA MEREZCA ESA CONSIDERACIÓN. LO QUE EXIGE QUE SE MUESTRE, PARA QUIEN AFIRMA HABER ERRADO, COMO SUFICIENTEMENTE SEGURA Y NO COMO UNA MERA POSIBILIDAD DEPENDIENTE DE LA CONCURRENCIA DE INCIERTAS CIRCUNSTANCIAS. II. DISPONE EL ARTÍCULO 1266 DEL CÓDIGO CIVIL QUE, PARA INVALIDAR EL CONSENTIMIENTO, EL ERROR HA DE RECAER -ADEMÁS DE SOBRE LA PERSONA, EN DETERMINADOS CASOS -SOBRE LA SUSTANCIA DE LA COSA QUE CONSTITUYE EL OBJETO DEL CONTRATO O SOBRE AQUELLAS CONDICIONES DE LA COSA QUE PRINCIPALMENTE HUBIEREN DADO MOTIVO A CELEBRARLO- SENTENCIAS DE, 4 DE ENERO DE 1982 , 295/1994 , DE 29 DE MARZO, ENTRE OTRAS MUCHAS-, ESTO ES, SOBRE EL OBJETO O MATERIA PROPIA DEL CONTRATO - ARTÍCULO 1261, ORDINAL SEGUNDO, DEL CÓDIGO CIVIL -. ADEMÁS EL ERROR HA DE SER ESENCIAL, EN EL SENTIDO DE PROYECTARSE, PRECISAMENTE, SOBRE AQUELLAS PRESUPOSICIONES -RESPECTO DE LA SUSTANCIA, CUALIDADES O CONDICIONES DEL OBJETO O MATERIA DEL CONTRATO- QUE HUBIERAN SIDO LA CAUSA PRINCIPAL DE SU CELEBRACIÓN, EN EL SENTIDO DE CAUSA CONCRETA O DE MOTIVOS INCORPORADOS A LA CAUSA. III. ES CIERTO QUE SE CONTRATA POR RAZÓN DE DETERMINADAS PERCEPCIONES O REPRESENTACIONES QUE CADA CONTRATANTE SE HACE SOBRE LAS CIRCUNSTANCIAS - PASADAS, CONCURRENTES O ESPERADAS- Y QUE ES EN CONSIDERACIÓN A ELLAS QUE EL CONTRATO SE LE PRESENTA COMO MERECEDOR DE SER CELEBRADO. SIN EMBARGO, SI DICHS MOTIVOS O MÓVILES NO PASARON, EN LA GÉNESIS DEL CONTRATO, DE MERAMENTE INDIVIDUALES, EN EL SENTIDO DE PROPIOS DE UNO SOLO DE LOS CONTRATANTES, O, DICHO CON OTRAS PALABRAS, NO SE OBJETIVARON Y ELEVARON A LA CATEGORÍA DE CAUSA CONCRETA DE AQUEL, EL ERROR SOBRE ELLOS RESULTA IRRELEVANTE COMO VICIO DEL CONSENTIMIENTO. SE ENTIENDE QUE QUIEN CONTRATA SOPORTA UN RIESGO DE QUE SEAN ACERTADAS O NO, AL CONSENTIR, SUS REPRESENTACIONES SOBRE LAS

CLÁUSULA INFORMATIVA: El contenido de este documento tiene carácter confidencial, privado, pertenece al ámbito del secreto profesional, y va dirigido a su destinatario. No se destinarán estos datos a otros fines que no sean recibir comunicaciones comerciales por parte de esta empresa, sobre nuestros servicios y productos, y no se entregarán a terceras personas conforme a la LOPD 15/1999, de 13 de diciembre. Si usted no desea seguir recibiendo nuestras comunicaciones, o no es el destinatario indicado, debe efectuar notificación en tal sentido en la dirección de fax 984 081 875 y destruya el mensaje sin quedarse copia alguna, ni distribuirlo o revelar su contenido.



Alfredogarcialopez

ABOGADOS

CIRCUNSTANCIAS EN CONSIDERACIÓN A LAS CUALES HACERLO LE HABÍA PARECIDO ADECUADO A SUS INTERESES. IV. COMO SE INDICÓ, LAS CIRCUNSTANCIAS ERRÓNEAMENTE REPRESENTADAS PUEDEN SER PASADAS, PRESENTES O FUTURAS, PERO, EN TODO CASO, HAN DE HABER SIDO TOMADAS EN CONSIDERACIÓN, EN LOS TÉRMINOS DICHS, EN EL MOMENTO DE LA PERFECCIÓN O GÉNESIS DE LOS CONTRATOS - SENTENCIAS DE 8 DE ENERO DE 1962 , 29 DE DICIEMBRE DE 1978 Y 21 DE MAYO DE 1997 , ENTRE OTRAS-. LO DETERMINANTE ES QUE LOS NUEVOS ACONTECIMIENTOS PRODUCIDOS CON LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO RESULTEN CONTRADICTORIOS CON LA REGLA CONTRACTUAL. SI NO ES ASÍ, SE TRATARÁ DE MEROS EVENTOS POSTERIORES A LA GENERACIÓN DE AQUELLAS, EXPLICABLES POR EL RIESGO QUE AFECTA A TODO LO HUMANO. V. SE EXPUSO ANTES QUE EL ERROR VICIO EXIGE QUE LA REPRESENTACIÓN EQUIVOCADA SE MUESTRE RAZONABLEMENTE SEGURA, DE MODO QUE DIFÍCILMENTE CABRÁ ADMITIRLO CUANDO EL FUNCIONAMIENTO DEL CONTRATO SE PROYECTA SOBRE UN FUTURO MÁS O MENOS PRÓXIMO CON UN ACUSADO COMPONENTE DE ALEATORIEDAD, YA QUE LA CONSIGUIENTE INCERTIDUMBRE IMPLICA LA ASUNCIÓN POR LOS CONTRATANTES DE UN RIESGO DE PÉRDIDA, CORRELATIVO A LA ESPERANZA DE UNA GANANCIA. VI. POR OTRO LADO, EL ERROR HA DE SER, ADEMÁS DE RELEVANTE, EXCUSABLE. LA JURISPRUDENCIA - SENTENCIAS DE 4 DE ENERO DE 1982 , 756/1996, DE 28 DE SEPTIEMBRE , 726/2000, DE 17 DE JULIO , 315/2009 , DE 13 DE MAYO- EXIGE TAL CUALIDAD, NO MENCIONADA EN EL ARTÍCULO 1266, PORQUE VALORA LA CONDUCTA DEL IGNORANTE O EQUIVOCADO, NEGANDO PROTECCIÓN A QUIEN, CON EL EMPLEO DE LA DILIGENCIA QUE ERA EXIGIBLE EN LAS CIRCUNSTANCIAS CONCURRENTES, HABRÍA CONOCIDO LO QUE AL CONTRATAR IGNORABA Y, EN LA SITUACIÓN DE CONFLICTO, PROTEGE A LA OTRA PARTE CONTRATANTE, CONFIADA EN LA APARIENCIA QUE GENERA TODA DECLARACIÓN NEGOCIAL SERIAMENTE EMITIDA ». ASÍ LAS COSAS NO HA PROBADO EL BANCO DEMANDADO HABER OFRECIDO AL CLIENTE, TAL Y COMO SE RAZONA CON ACIERTO EN LA SENTENCIA APELADA, Y LA AUSENCIA DE INFORMACIÓN ADECUADA HA GENERADO UN VICIO ESENCIAL DEL CONSENTIMIENTO QUE DA LUGAR A LA NULIDAD DEL CONTRATO (ARTÍCULO 1.263 DEL CC),Y SOBRE LA SUPUESTA CONVALIDACIÓN, REITERAR, EN CONSONANCIA CON LOS

27

CLÁUSULA INFORMATIVA: El contenido de este documento tiene carácter confidencial, privado, pertenece al ámbito del secreto profesional, y va dirigido a su destinatario. No se destinarán estos datos a otros fines que no sean recibir comunicaciones comerciales por parte de esta empresa, sobre nuestros servicios y productos, y no se entregarán a terceras personas conforme a la LOPD 15/1999, de 13 de diciembre. Si usted no desea seguir recibiendo nuestras comunicaciones, o no es el destinatario indicado, debe efectuar notificación en tal sentido en la dirección de fax 984 081 875 y destruya el mensaje sin quedarse copia alguna, ni distribuirlo o revelar su contenido.



Alfredogarcialopez

ABOGADOS

ARGUMENTOS DE LA SENTENCIA DE INSTANCIA LA DOCTRINA DE ESTA SALA, QUE REFLEJA ENTRE OTRAS LA SENTENCIA DE 11 DE MARZO DE 2014 , QUE CITA OTRAS ANTERIORES Y TAMBIÉN DIJIMOS EN SENTENCIA DE 9 DE ABRIL DE 2.013 QUE «.... EL HECHO DE QUE EL DEMANDANTE HAYA IMPUGNADO LA VALIDEZ DEL CONTRATO TRAS HABER RECIBIDO LA SEGUNDA LIQUIDACIÓN NEGATIVA, SIN QUE CONSTE QUE HICIESE MANIFESTACIÓN ALGUNA ANTE LA PRIMERA DE ESAS LIQUIDACIONES NEGATIVAS, NO DEBE INTERPRETARSE COMO UNA CONFIRMACIÓN DEL CONTRATO, COMO PRETENDE LA PARTE APELANTE, PUES HA QUEDADO PROBADO QUE EL ACTOR ESTABA EN LA CONFIANZA DE HABER CONTRATADO UNA ESPECIE DE SEGURO, DEBIDO A LA ESCASA E INCOMPLETA INFORMACIÓN RECIBIDA, Y FUE SOLO CUANDO EMPEZÓ A RECIBIR DE FORMA CONTINUADA LAS LIQUIDACIONES NEGATIVAS CUANDO CAYÓ EN LA CUENTA DE QUE NO HABÍA CONTRATADO TAL CLASE DE PRODUCTO, SINO UNO MUCHO MÁS COMPLEJO, EN CUYO COMPORTAMIENTO PODÍA INCIDIR, ADEMÁS, DE FORMA MUY NEGATIVA PARA EL CLIENTE LA CLÁUSULA SUELO QUE CONTENÍA EL PRÉSTAMO, POR LO QUE NO SE LE PODÍA EXIGIR QUE HUBIESE IMPUGNADO ANTES EL CONTRATO, NI SE PUEDE ENTENDER QUE EJECUTASE ACTO ALGUNO QUE SUPUSIESE ASUNCIÓN DE LA VALIDEZ DEL CONTRATO CON CONOCIMIENTO CABAL DE LA CAUSA DE LA NULIDAD (EN EL MISMO SENTIDO, NUESTRA SENTENCIA DE 26 DE JULIO DE 2.012) ». Y AL IGUAL QUE OCURRÍA EN EL SUPUESTO RESUELTO EN NUESTRA SENTENCIA DE 29 DE NOVIEMBRE DE 2.013 , SIENDO TAMBIÉN DEMANDADO "BANCO SABADELL", NO EXISTE EN EL PRESENTE CONFIRMACIÓN EXPRESA ALGUNA, Y RESPECTO DE LA TÁCITA CABE TENER POR ACREDITADO QUE LA DEMANDANTE FUE CONOCEDORA DEL ERROR QUE HABÍA PADECIDO, TRAS OBSERVAR COMO SE SUCEDÍAN LAS LIQUIDACIONES NEGATIVAS DE MUY ELEVADO IMPORTE, PERO LO QUE NO APARECE ES QUE HUBIERA EJECUTADO UN ACTO CLARO, PRECISO Y CONCLUYENTE, DEL QUE "NECESARIAMENTE", TAL Y COMO EXIGE EL ART. 1.311 DEL CÓDIGO CIVIL , SE DERIVE LA VOLUNTAD DE RENUNCIAR, PUES NO PUEDE ENTENDERSE ATRIBUIRSE SIN MÁS COMO CONFORMIDAD O CONVALIDACIÓN DEL CONTRATO AL PAGO DE LAS LIQUIDACIONES SUCESIVAS NEGATIVAS PARA EL CLIENTE BANCARIO. NÓTESE QUE, COMO DECIMOS EN LA MUY RECIENTE SENTENCIA DE 5 DE MARZO DE 2.014 , CON CITA DE



Alfredogarcialopez

ABOGADOS

LAS DE LA SECCIÓN 5ª DE ESTA MISMA AUDIENCIA, DE 4 DE JULIO Y 26 DE DICIEMBRE DE 2.013 , « CIERTAMENTE, EL ART. 1.313 DEL C. CIVIL ESTABLECE QUE LA CONFIRMACIÓN PURIFICA EL CONTRATO DE LOS VICIOS DE QUE ADOLECIERA DESDE EL MOMENTO DE SU CELEBRACIÓN, ESTO ES, TIENE EFECTOS RETROACTIVOS. EN CUANTO A SU FORMA, PUEDE SER EXPRESA O TÁCITA, PRODUCIÉNDOSE ÉSTA, COMO DISPONE EL ART. 1.311 DEL CÓDIGO CIVIL , CUANDO CON CONOCIMIENTO DE LA CAUSA DE NULIDAD, Y HABIENDO ÉSTA CESADO, EL QUE TUVIERE DERECHO A INVOCARLA EJECUTA UN ACTO QUE IMPLIQUE NECESARIAMENTE LA VOLUNTAD DE RENUNCIARLO, LO QUE ENLAZA CON EL ART. 6-2 DEL CÓDIGO CIVIL REFERENTE A LA NECESIDAD DE QUE LA RENUNCIA DE LOS DERECHOS SEA PRECISA, CLARA Y TERMINANTE. POR ELLO, Y LO AVALA ADEMÁS LA EXPRESIÓN "NECESARIAMENTE" QUE UTILIZA EL ART. 1.311 DEL C. CIVIL , HA DE OBRARSE CON CAUTELA Y ESTAR AL CASO CONCRETO Y SUS CIRCUNSTANCIAS CUANDO SE TRATE DE DEDUCIR SI UNA DETERMINADA ACTUACIÓN PUEDE CONSIDERARSE COMO PURIFICADORA DE UN VICIO CONTRACTUAL. EN ESTE SENTIDO NUESTRO T.S., EN SENTENCIA DE 24-07-06 , HA SEÑALADO QUE EL MERO CONOCIMIENTO DE LA CAUSA DE NULIDAD NO IMPLICA ACEPTACIÓN ». DE DONDE CABE INFERIR QUE EN NUESTRO ORDENAMIENTO EL ACENTO DE LA CONFIRMACIÓN TÁCITA SE PONE EN LA VOLUNTAD, AUNQUE ÉSTA NO PUEDA MÁS QUE PRESUMIRSE DEL LEGITIMADO PARA ANULAR EL CONTRATO, PUES COMO LITERALMENTE DISPONE EL ART. 1.311 DEL CÓDIGO CIVIL , LA CONFIRMACIÓN TÁCITA HA DE INFERIRSE DE UN ACTO QUE IMPLIQUE NECESARIAMENTE LA VOLUNTAD DE RENUNCIAR A LA ACCIÓN. EN CONSECUENCIA, LA PRESUNCIÓN DE ESA VOLUNTAD NO PUEDE PREDICARSE SIN MÁS, EN ABSTRACTO, SINO QUE HA DE SER FRUTO DE UNA LABOR INTERPRETATIVA QUE TENGA EN CONSIDERACIÓN TODAS LAS CIRCUNSTANCIAS CONCURRENTES Y, SOBRE TODO EL INTERÉS QUE EL LEGITIMADO PUDIERA TENER EN EL MOMENTO DE REALIZAR DICHA CONDUCTA EN EL MANTENIMIENTO DEL CONTRATO, PERO TENIENDO YA PERFECTO Y CABAL CONOCIMIENTO DE LA CAUSA DE NULIDAD, CONOCIMIENTO QUE NO PUEDE PRESUMIRSE EN ÉSTE CASO QUE TUVIERA LA DEMANDANTE CUANDO CONTRATÓ EL PRIMER SWAP EN ENERO DE 2.006, NI TAMPOCO AL CONTRATAR EL SEGUNDO HASTA QUE, ALARMADO TRAS RECIBIR VARIAS

CLÁUSULA INFORMATIVA: El contenido de este documento tiene carácter confidencial, privado, pertenece al ámbito del secreto profesional, y va dirigido a su destinatario. No se destinarán estos datos a otros fines que no sean recibir comunicaciones comerciales por parte de esta empresa, sobre nuestros servicios y productos, y no se entregarán a terceras personas conforme a la LOPD 15/1999, de 13 de diciembre. Si usted no desea seguir recibiendo nuestras comunicaciones, o no es el destinatario indicado, debe efectuar notificación en tal sentido en la dirección de fax 984 081 875 y destruya el mensaje sin quedarse copia alguna, ni distribuirlo o revelar su contenido.



Alfredogarcialopez

ABOGADOS

LIQUIDACIONES NEGATIVAS POR CANTIDADES MUY SUPERIORES A LAS POSITIVAS RECIBIDAS CON ANTERIORIDAD, SE ASESORÓ SOBRE LAS VERDADERAS CARACTERÍSTICAS Y RIESGOS DEL PRODUCTO CONTRATADO, ADQUIRIENDO YA ENTONCES UNA INFORMACIÓN QUE PUDO Y DEBIÓ HABERLE PROPORCIONADO EL BANCO LA TIEMPO DE CONTRATAR EL PRODUCTO.....", DOCTRINA QUE REITERAMOS Y QUE OBLIGA A NEGAR LA EFICACIA DE LA CONVALIDACIÓN DEL ERROR POR EL HECHO DE HABER RECIBIDOS LOS RENDIMIENTOS DE LAS PARTICIPACIONES (DOCUMENTOS 7 A 18), DADA ADEMÁS LA NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS DEL PRODUCTO CONTRATADO, TODO LO CUAL OBLIGA A LA CONFIRMACIÓN DE LA SENTENCIA Y RECHAZO DEL RECURSO.

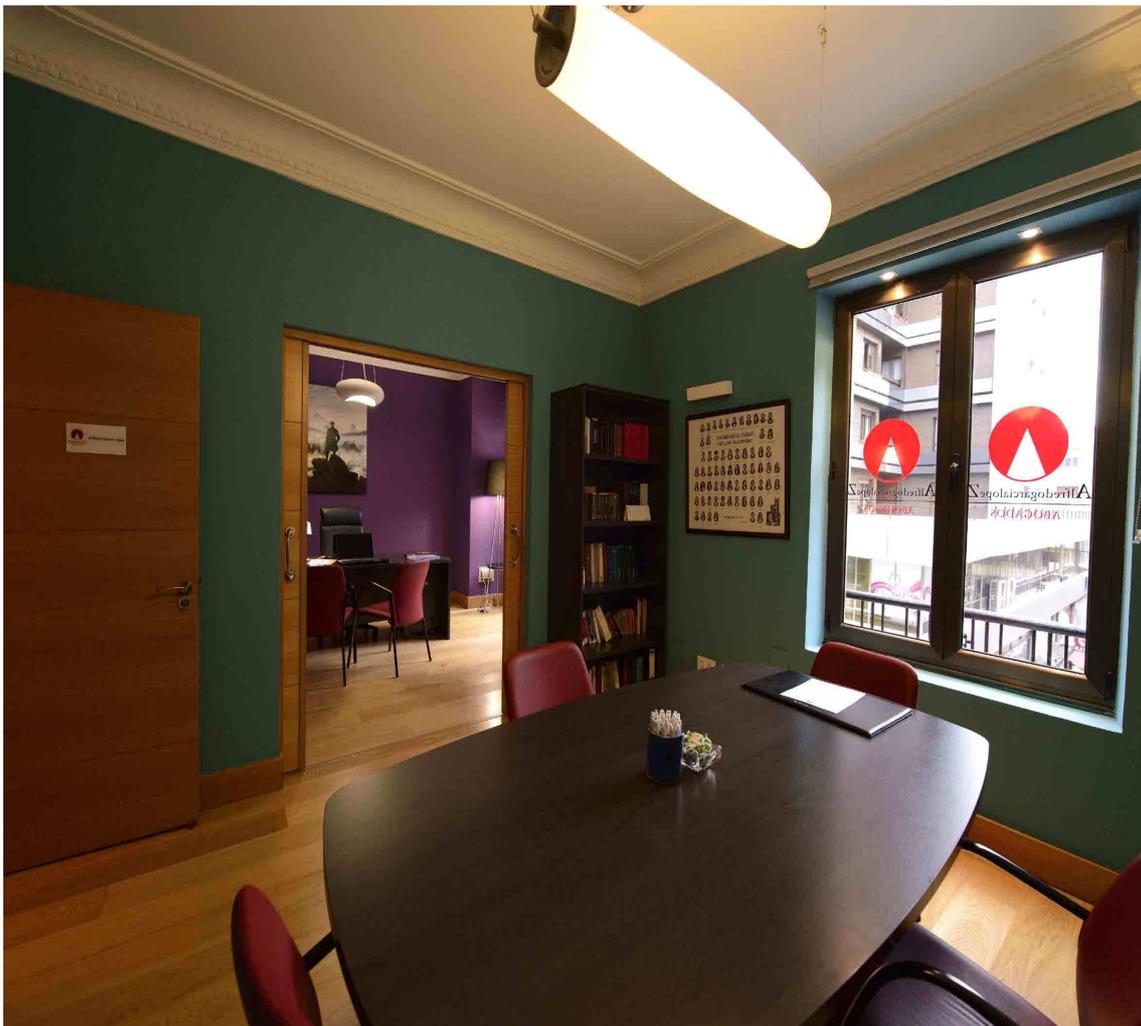
CUARTO.- DESESTIMADO EL RECURSO LAS COSTAS DE LA APELACIÓN SE IMPONEN AL RECURRENTE (ARTÍCULO 398 LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL).

FALLO:

FALLAMOS. SE DESESTIMA EL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN DE NCG BANCO, S.A. CONTRA LA SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 2013 DICTADA EN AUTOS DE P. ORDINARIO 984/12 SEGUIDOS EN EL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA 3 DE GIJÓN , QUE SE CONFIRMA, CON IMPOSICIÓN DE LAS COSTAS DE LA APELACIÓN AL RECURRENTE.

ASÍ, POR ESTA NUESTRA SENTENCIA, LO PRONUNCIAMOS, MANDAMOS Y FIRMAMOS.

EL PRESENTE TEXTO PROVIENE DEL CENTRO DE DOCUMENTACIÓN DEL PODER JUDICIAL. SU CONTENIDO SE CORRESPONDE ÍNTEGRAMENTE CON EL DEL CENDOJ.



CLÁUSULA INFORMATIVA: El contenido de este documento tiene carácter confidencial, privado, pertenece al ámbito del secreto profesional, y va dirigido a su destinatario. No se destinarán estos datos a otros fines que no sean recibir comunicaciones comerciales por parte de esta empresa, sobre nuestros servicios y productos, y no se entregarán a terceras personas conforme a la LOPD 15/1999, de 13 de diciembre. Si usted no desea seguir recibiendo nuestras comunicaciones, o no es el destinatario indicado, debe efectuar notificación en tal sentido en la dirección de fax 984 081 875 y destruya el mensaje sin quedarse copia alguna, ni distribuirlo o revelar su contenido.



Alfredogarcialopez
ABOGADOS



32

CLÁUSULA INFORMATIVA: El contenido de este documento tiene carácter confidencial, privado, pertenece al ámbito del secreto profesional, y va dirigido a su destinatario. No se destinarán estos datos a otros fines que no sean recibir comunicaciones comerciales por parte de esta empresa, sobre nuestros servicios y productos, y no se entregarán a terceras personas conforme a la LOPD 15/1999, de 13 de diciembre. Si usted no desea seguir recibiendo nuestras comunicaciones, o no es el destinatario indicado, debe efectuar notificación en tal sentido en la dirección de fax 984 081 875 y destruya el mensaje sin quedarse copia alguna, ni distribuirlo o revelar su contenido.

Campoamor 9 2º 33001 OVIEDO
984 186 927
984 081 875f
www.alfredogarcialopez.es/com



Alfredogarcialopez

ABOGADOS



Alfredogarcialopez

ABOGADOS

33

CLÁUSULA INFORMATIVA: El contenido de este documento tiene carácter confidencial, privado, pertenece al ámbito del secreto profesional, y va dirigido a su destinatario. No se destinarán estos datos a otros fines que no sean recibir comunicaciones comerciales por parte de esta empresa, sobre nuestros servicios y productos, y no se entregarán a terceras personas conforme a la LOPD 15/1999, de 13 de diciembre. Si usted no desea seguir recibiendo nuestras comunicaciones, o no es el destinatario indicado, debe efectuar notificación en tal sentido en la dirección de fax 984 081 875 y destruya el mensaje sin quedarse copia alguna, ni distribuirlo o revelar su contenido.

Campoamor 9 2º 33001 OVIEDO
984 186 927
984 081 875f
www.alfredogarcialopez.es/com





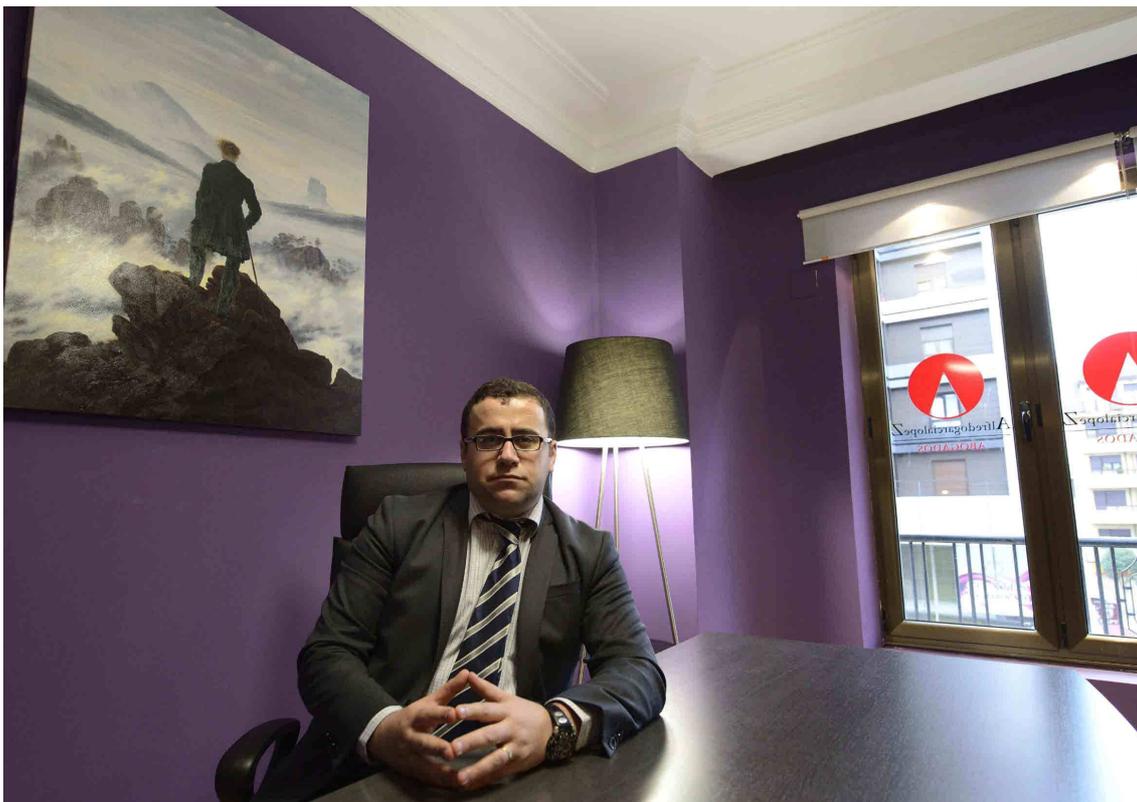
Alfredogarcialopez
ABOGADOS



35

CLÁUSULA INFORMATIVA: El contenido de este documento tiene carácter confidencial, privado, pertenece al ámbito del secreto profesional, y va dirigido a su destinatario. No se destinarán estos datos a otros fines que no sean recibir comunicaciones comerciales por parte de esta empresa, sobre nuestros servicios y productos, y no se entregarán a terceras personas conforme a la LOPD 15/1999, de 13 de diciembre. Si usted no desea seguir recibiendo nuestras comunicaciones, o no es el destinatario indicado, debe efectuar notificación en tal sentido en la dirección de fax 984 081 875 y destruya el mensaje sin quedarse copia alguna, ni distribuirlo o revelar su contenido.

Campoamor 9 2º 33001 OVIEDO
984 186 927
984 081 875f
www.alfredogarcialopez.es/com



CLÁUSULA INFORMATIVA: El contenido de este documento tiene carácter confidencial, privado, pertenece al ámbito del secreto profesional, y va dirigido a su destinatario. No se destinarán estos datos a otros fines que no sean recibir comunicaciones comerciales por parte de esta empresa, sobre nuestros servicios y productos, y no se entregarán a terceras personas conforme a la LOPD 15/1999, de 13 de diciembre. Si usted no desea seguir recibiendo nuestras comunicaciones, o no es el destinatario indicado, debe efectuar notificación en tal sentido en la dirección de fax 984 081 875 y destruya el mensaje sin quedarse copia alguna, ni distribuirlo o revelar su contenido.



Alfredogarcialopez
ABOGADOS

Con este artículo ALFREDOGARCIALOPEZ.ES/COM comienza a editar y publicar una serie de textos de gran calado jurídico, destinados para la lectura de la Clientela de nuestro Despacho y del casual usuario de nuestra página web.

Se trata de una serie de artículos que tratan distintas facetas del mundo jurídico que nos encontramos en el desempeño de nuestra labor en el seno de este Despacho, afrontados desde un punto de vista doctrinal y práctico, y con el objeto de servir de lectura entretenida e instructiva para todos aquellos que deseen compartir con nosotros la casuística en la que trabajamos diariamente en ALFREDO GARCÍA LÓPEZ –DESPACHO DE ABOGADOS-.

Alfredogarcialopez
ABOGADOS