

moneda y la inversión de sus ahorros. Con el paso del tiempo, la confianza de este cliente en la entidad ██████ fue creciendo, llegando hasta tal grado, que no hacía operación alguna sin consultar a sus empleados, dada su escaso conocimiento de la actividad bancaria y financiera.

Los ahorros de toda la vida de este autónomo que ha regentando un pequeño negocio de cría de animales, fueron depositados en ██████ e invertidos donde a elección de la dirección de la oficina y de los empleados de la citada caja estos decidieron invertir, en contra del perfil ahorrador de Don ██████ ██████.

Don ██████ ██████ ██████ fue invirtiendo en productos seguros típicos bancarios, donde venía tradicionalmente depositando sus ahorros y donde los empleados de ██████ fueron indicándole a su capricho y beneficio de la entidad financiera, hasta que en fecha de 23 de marzo de 2010, los empleados de ██████, le colocaron los ahorros en un producto bancario complejo llamado “Contrato Financiero a Plazo” , **SIN QUE NADIE LE INFORMARA Y EXPLICARA LAS CARACTERISTICAS Y RIESGOS DEL PRODUCTO.**

Mi cliente carece del contrato firmado por el banco de tales inversiones, dado que nunca les fue entregado contrato alguno que diera soporte legal y contractual a las inversiones que se le hacían por parte de ██████ tan sólo y después de mucho rogar y antes de la fusión por absorción de ██████ por parte de Banco ██████ un empleado de ██████ que iba a ser jubilado anticipadamente antes de la fusión, le dio, a riesgo de su puesto de trabajo, una copia del contrato fotocopiada y sin la firma ni sello de la entidad financiera contratante.

(Documento nº 2 escrito solicitando que se le entreguen copia de los contratos dirigido a la oficina de ██████, sin respuesta alguna)

(Documento nº 3 fotocopia del contrato y documentos enviados por la entidad financiera facilitado por un empleado de ██████ al actor de este procedimiento tras la queja presentada ante el defensor del cliente, tras recibir la reclamación).

Por tanto debe quedar claro que el perfil de mi cliente, Don ██████ ██████, no es el típico experto en los mercados financieros ni en el juego de la bolsa, ni tampoco en la compraventa de valores en los mercados secundarios. Tampoco tiene historial de inversiones de riesgo, más bien tiene un PERFIL AHORRADOR, y ha intentado guardar todo el capital posible con vistas a poder hacer frente a todas las vicisitudes que propician su edad, como las enfermedades típicas de las personas mayores, medicinas y ayudar a su familia.

Además, mi mandante está encuadrado dentro de lo que la directiva 2004/39/CE o directiva MIFID ha establecido como CLIENTES MINORISTAS, quienes deben ser tratados con mayor cautela, y para los cuales se establecen mayores niveles de protección ante los posibles abusos que puedan sufrir.

¿Por qué ██████ no ha informado a mi mandante de los riesgos y características del producto financiero que le habían colocado? La respuesta

es clara: El camuflaje era parte del montaje comercial que [REDACTED] había diseñado para colocar capital de terceros en inversiones arriesgadas y en productos financieros de los que se llevaban grandes comisiones por la intermediación, sin pensar, que esas comisiones las pagaba el cliente con el riesgo que asumía en la contratación del producto.

Es decir, parte del “atrezzo” utilizado para el engaño.

Este tipo de inversores minoristas y conservadores, consentían invertir sus ahorros en estos productos financieros *suicidas*, si estos productos se disfrazaban de los tradicionales productos de ahorro denominándolos “Contrato financiero a Plazo” cuando en realidad es un *Deposito Estructurado* con riesgo de pérdida del capital invertido, pero confundiendo con el nombre del producto típico bancario, “Imposición a Plazo Fijo”, que es lo que en realidad solicitó mi cliente de la entidad bancaria.

Enmascarar el producto, disfrazándolo de “Imposición a Plazo Fijo”, a los efectos de no modificar la imagen de seguridad que le transmitía tener el dinero depositado en la tradicional imposición en un banco como [REDACTED] era la principal arma comercial que esgrimía la caja para vender popularmente un deposito estructurado que la gran masa de clientes no conoce ni su funcionamiento ni sus riesgos.

Comparemos de nuevo las denominaciones de los productos que causan engaño en el cliente:

Imposición a plazo fijo: Lo solicitado por el cliente al banco.

Contrato Financiero a Plazo (Depósito Estructurado): Lo que le colocaron al cliente.

Evidente confusión semántica provocada por el banco a un cliente no acostumbrado a las triquiñuelas bancarias.

2).- Las emisiones de Depósitos Estructurados, colocadas entre minoristas de perfil igual al del demandante.

Los depósitos estructurados pueden convertirse en una manzana podrida para muchos particulares: espléndida por fuera hasta que se le hinca el diente. Y es que, aunque el nombre de pila de estos productos, ‘depósito’, parece una garantía de rentabilidad, su apellido, “estructurado”, implica el riesgo de generar un rendimiento nulo, del 0%, e, incluso, arrojar pérdidas.

Los depósitos combinados o estructurados son un híbrido entre los depósitos tradicionales y los derivados. En este caso, parte del capital se remunera a una TAE fija y el patrimonio restante se coloca en una estructura que ofrece una rentabilidad potencial elevada que depende del comportamiento de una serie

de parámetros: la cotización del euribor, de ciertos índices bursátiles o de algunos valores cotizados, entre otros activos.

A favor de estos productos cabe destacar que el particular, si es consciente de donde invierte y previa información del banco emisor del producto complejo, asumiendo un riesgo –este producto no garantiza recuperar el 100% del capital al vencimiento–, tiene la opción de beneficiarse de rentabilidades superiores a las que obtendría con un depósito convencional. Por el contrario, el cliente debe tener en cuenta que también puede no obtener ninguna ganancia.

En cualquier caso, este producto estructurado es malo para este tipo de inversor minorista, ya que está en función de cómo se comporten los mercados y de las posibilidades (estadística pura) de que se cumplan los parámetros que una entidad fija para que un particular logre un tipo de interés u otro. Es decir, para un pequeño ahorrador un auténtico desastre, según están los mercados y la situación política y económica en Europa y particularmente en España.

En términos generales y especialmente en un momento como el actual, de fuerte aversión al riesgo, el particular prefiere contratar imposiciones a plazo fijo puras. Pero las redes de oficinas de la banca, con una gran penetración en nuestro país y capacidad de doblegar voluntades, colocan lo que la central exija. Y los depósitos estructurados son un producto recurrente, mucho menos costoso para la banca que los depósitos tradicionales.

Además, en un momento especialmente difícil para el sector financiero, en el que el negocio típico bancario está en mínimos y la morosidad presiona, cuidar la cuenta de resultados es fundamental. De ahí que la banca esté buscando fórmulas para vender productos con los que captar pasivo menos gravosas.

“Los depósitos estructurados tienen mayor margen para el banco y, generalmente, como la parte de retribución variable es a largo plazo, permite a la entidad mantener ese margen en el tiempo y conseguir una mayor vinculación con el cliente”, explican fuentes del mercado.

Los particulares que estén pensando en contratar este tipo de productos siempre han de tener varios puntos claros después de recibir una concienzuda explicación por parte del Banco, que nunca reciben, ya que en caso de recibirla, nunca contratarían el producto.

Ofertas gancho para parte del capital como es este caso.

Algunas entidades ofrecen depósitos combinados que dividen el capital. Como el Depósito al cual nos enfrentamos y sobre el que pedimos su nulidad:

Se compone de dos tramos: Un contrato a plazo con remuneración fija al 5,10 % TAE si se amortiza el capital al vencimiento, otro contrato financiero a plazo con devolución del capital condicionada a la evolución de los componentes

integrantes del subyacente cotizantes de la Bolsa de Madrid [REDACTED], [REDACTED] y [REDACTED]).

Rentabilidad total difícil de determinar.

Resulta muy complicado conocer la rentabilidad final que van a cosechar estos productos. Muchos depósitos ofrecen un interés máximo de hasta el 25% si se da un escenario óptimo, pero si los mercados se tuercen, este suculento rendimiento puede reducirse al 0%.

El tiempo en el que el capital va a estar “atrapado” tampoco es fácil de determinar. En general, los depósitos estructurados remunerar parte del patrimonio a un tipo de interés fijo a un plazo de 6 ó 12 meses. Y el resto del patrimonio, según cómo sea la estructura, puede vencer en varias fechas según cómo se comporte el mercado.

En un momento en el que algunos depósitos tradicionales remunerar el ahorro a tipos de interés del 1%, el coste de oportunidad de optar a una rentabilidad potencial, pero no asegurada, es muy elevado para un particular. De hecho, las entidades reconocen que en los últimos años ha resultado especialmente difícil comercializar productos estructurados. Una imposición convencional a tres años, con una TAE del 1,5%, renta al particular, transcurrido el periodo, un 1%.

Y es que mi mandante optó por la contratación de los depósitos bancarios de toda la vida, con una rentabilidad fija conocida de antemano, sin sorpresas, como el producto más típico en el que depositar sus ahorros durante un plazo de tiempo determinado. La complejidad del producto y su naturaleza, no lo hace idóneo para el perfil medio de clientes bancarios que invierten en depósitos.

La CNMV a tomado cartas en el asunto, en lo referente al modo de actuar de las empresas financieras con los cliente, colocándoles productos ajenos a su necesidad y perfil, como ha sido este caso.

En este escenario, nos sirven para este caso, las conclusiones **del informe de la CNMV sobre la revisión de la operativa de case de operaciones de instrumentos híbridos entre clientes**, en poder del Juez [REDACTED] son las siguientes:

Transcribo literalmente el citado informe

4. Conclusiones

Se exponen a continuación las conclusiones extraídas del análisis realizado, en relación con cada uno de los objetivos del trabajo señalados en el apartado 2 del Informe.

Transcribo página 13 del mismo:

“ ... 4.1. En relación con la situación actual del sector en este ámbito y el grado de seguimiento di: las pautas establecidas por la CNMV a través de las comunicaciones emitidas al sector y sus planes de desarrollo:

La práctica totalidad de las entidades con sistemas internos de case con precios alejados del valor razonable indican que están revisando sus sistemas en línea con las recomendaciones de la CNMV, si bien el proceso está siendo muy lento y se observa poca evolución efectiva en la situación del mercado secundario de productos híbridos de entidades financieras desde la comunicación de junio de 2010.

La mayor parte de las entidades continúan manteniendo sistemas internos de case con precios de cruce cercanos al 100% y no acreditan que este precio coincida con el valor razonable (entendido como valor teórico) del producto. A la vista de las condiciones económicas de las emisiones, este precio de 100% se encuentra en un importante número de casos con toda probabilidad por encima de su valor razonable y además no se acude a la entidad de liquidez de forma general, por lo que se puede afirmar que las entidades que mantienen sistemas internos de case continúan sin gestionar de forma adecuada los conflictos de interés.

Respecto a la tendencia del sector, se observa una clara opción por incorporarse a SEND, dado que esa es la vía por la que han optado todas las entidades que han tomado ya una decisión sobre el camino a seguir y que representan aproximadamente la mitad de los grupos/SIP de entidades afectados. Únicamente 1 entidad dice estar desarrollando un sistema objetivo de cálculo del valor razonable: [REDACTED] ...”

Transcribo página 14 del mismo:

“...4-2 En relación con la identificación de posibles conductas inapropiadas por parte de las entidades que prestan servicios de inversión:

Con carácter previo a la propuesta de criterios y de las posibles vías de actuación, se ha considerado conveniente exponer de forma sucinta los diversos riesgos a los que las entidades se enfrentan en el proceso de comercialización con posterioridad a la emisión y en el case de este tipo de operaciones.

Teniendo en cuenta las características de estos productos se han identificado como los siguientes riesgos de incumplimiento de las normas de conducta:

- Inadecuada gestión del conflictos de interés entre clientes de la entidad: beneficiando a un cliente (el vendedor que no asume la pérdida de su inversión) en perjuicio de otro (el comprador a precios superiores a los razonables).
- Inadecuada gestión del conflicto de interés entre la entidad y su cliente, perjudicando al cliente comprador en beneficio de la entidad que evita las consecuencias negativas derivadas de reconocer la pérdida de valor de sus emisiones (pérdida de imagen, dificultad de colocación de emisiones posteriores en su red, riesgo de reclamación por malas prácticas en el momento de la comercialización del producto...).
- Deficiencias en el cumplimiento de la obligación de actuar en mejor interés de los clientes, en particular en aquellos casos en que coexisten varias emisiones con diferenciales muy diferentes e igual precio de cruce, en cuanto se considera que se está perjudicando al cliente al que se le permite comprar la emisión con peores condiciones sin advertirle que existe un producto al mismo precio y mejores condiciones económicas.

■ Deficiencias por falta de información en el documento Política de Mejor Ejecución....”

Transcribo página 16 del mismo.

“... Teniendo en cuenta lo anterior, y la especial dificultad de valorar este tipo de productos, el hecho de canalizar las órdenes de los clientes a través de la plataforma SEND y el grado de desarrollo actual de esta plataforma **no garantizan por sí mismos que los clientes vayan a poder obtener precios de compra próximos al valor razonable de los productos.**”

En consecuencia, para que SEND sea capaz de mitigar **los riesgos inherentes al mercado secundario de estos productos en el ámbito de las normas de conducta de las entidades que prestan servicios de inversión**, se propone requerir a las entidades que establezcan procedimientos para comunicar al cliente información sobre el valor razonable del producto con anterioridad a que curse su orden, para ayudarles a tomar una decisión adecuada sobre el precio de ésta. Esta información puede ser obtenida de una entidad de liquidez que cotice precios diarios, o bien ser calculada por la entidad mediante sistemas objetivos de cálculo, idealmente, revisados por un experto independiente. En este sentido no se considera aceptable, como señalan algunas entidades, dejar que el cliente fije el precio de la orden basándose exclusivamente en oferta y demanda. Si bien el responsable último de fijar el precio de su orden debe ser el cliente, la entidad debe extremar el cuidado para transmitir y explicar la información sobre el valor del producto.

Transcripción de la Página 17 ...

Esta exigencia supone **una marcada diferencia con respecto a mercados de renta variable que se justificaría por la dificultad para valorar el producto para un inversor minorista, la escasa participación de inversores mayoristas que contribuyan a la formación de precios y por el elevado riesgo de conflictos de interés que se presenta para las entidades comercializadoras y emisoras de estos títulos y resulta coherente con la exigencia de incluir información sobre el valor asignado por un experto en la documentación exigida en el mercado primario ...**

“... Finalmente, se considera también conveniente mejorar la información que actualmente el mercado A1AF facilita públicamente a través de su web, recientemente reducida. **En concreto se considera conveniente que el público pueda acceder gratuita y fácilmente a información sobre las distintas emisiones en el mercado y sus condiciones, siempre que se trate de emisiones eminentemente dirigidas a inversores minoristas, de forma que sea capaz de comparar productos con niveles de riesgo semejante y diferentes rentabilidades, lo que contribuiría a la correcta formación de precios...**”

4. Tratamiento específico para emisiones con precios de negociación significativamente alejados del valor razonable y para las emisiones del mismo grupo con condiciones diferentes y precios de cruce semejantes: **requerimiento de cese inmediato de esta mala práctica....”**

Política de Ejecución

Incluye apartado específico mencionando sistemas internos de case

Propuesta de actuación

Escrito indicando que el sistema actual no acredita que las operaciones se casen a valor razonable en todo momento y por tanto se considera que existe el riesgo de gestión no adecuada de los conflictos de interés entre clientes. En consecuencia se les requiere para que indique las medidas concretas que su van a adoptar para modificar estos sistemas y el plazo previsto para su implantación.

En caso de que decida mantener sistemas internos, se debe incluir en las políticas internas de gestión de órdenes los procedimientos necesarios para que el cliente reciba información objetiva y clara sobre el valor del producto antes de formular la orden de compraventa, bien informándole de los precios cotizados por la entidad de liquidez, en caso de existir, bien creando un sistema interno objetivo de cálculo del valor razonable. La entidad debe velar porque el precio de case no se aleje de dicho valor razonable para evitar conflictos de interés, siendo la desviación máxima recomendada el 10% de la T1R, con un máximo de 50 puntos básicos o el 3% en términos de precio (de acuerdo con los criterios publicados por la CNMV el 25/10/2010 en relación con la horquilla de precios de las entidades de liquidez).

Dadas las características de estos productos, se considera necesario aportar la mencionada información sobre el valor de los productos antes de cursar las órdenes, incluso en el caso de que se decida gestionar las órdenes a través de SEND, en cumplimiento del principio de actuar en el mejor interés del cliente.

Se advertirá de la existencia de emisiones concretas con precios significativamente alejados del valor razonable y/o de la existencia de emisiones con rentabilidades muy diferentes a precios similares, señalando que, en tanto no se implanten las medidas oportunas para solucionar de forma general la inadecuada gestión de los conflictos de interés, deben adoptar de forma inmediata mecanismos para impedir que se materialice este conflicto de interés especialmente grave. Habrá de prestarse especial atención durante los procesos de comercialización de nuevas emisor con condiciones más ventajosas.

En relación con la Política de Mejor Ejecución se les indicará que la existencia de sistemas internos de case debe ser mencionada expresamente en el documento, haciendo referencia expresa a la existencia de procedimientos que garanticen que las transacciones se ejecutan a precios próximos al valor razonable. En el caso de las entidades que gestionen sus órdenes a través de SEND, debe indicarse este hecho en la Política de Mejor Ejecución. La Política de Ejecución debe indicar expresamente que todas las operaciones por cuenta de clientes en un instrumento de renta fija (propios o de terceros) están sujetas al principio de mejor ejecución...”

SEGUNDO.- NULIDAD DE ESTE NEGOCIO JURIDICO POR FALTA DE CONSENTIMIENTO Y CONCURRENCIA DE ERROR EN EL CONSENTIMIENTO. RESCISIÓN DEL CONTRATO POR FALTA DE INFORMACION AL CLIENTE.

El banco ofreció el producto como un contrato financiero a plazo principal garantizado en un depósito; es decir, los clientes esperaban recuperar la inversión inicial independientemente de la rentabilidad obtenida.

Una operación de alto riesgo y gran complejidad, ligada a valores cotizados en bolsa, que se ofreció a personas con un perfil minorista y conservador de edad avanzada y que le ha provocado a mi cliente pérdidas por más de **32.509,96 €**. [REDACTED] convenció a mi mandante a que recuperarían su inversión en su totalidad y que era un producto que se ofrecía exclusivamente a clientes conservadores.

Hay que tener en consideración las alegaciones presentadas por el cliente y demandante en su carta solicitando información dirigida a la entidad financiera (Doc. Nº 2) en las que solicita que [REDACTED] le aporte la información necesaria sobre la evolución de los valores a los que se referenciaba, no fue esa información facilitada ni antes ni durante la duración del depósito. Únicamente, los afectados recibieron información a la finalización del producto en la que no se reintegraba la totalidad de lo invertido.

Con respecto al “Contrato Financiero a Plazos” (Depósito Estructurado)

- a) Señalar que este depósito estructurado, es un depósito en el que la rentabilidad viene determinada por un índice bursátil o un grupo de valores; el banco que crea el depósito estructurado no corre ningún riesgo, su posición está totalmente cubierta por la estrategia de derivados que desarrolla.
- b) Con independencia de la aplicabilidad o no de la Ley del Mercado de Valores, no es excusable la actitud de la entidad bancaria a la hora de asesorar e informar adecuadamente a su cliente respecto a los aspectos relevantes del producto que se le está vendiendo, ello en razón de las exigencias generales de claridad y transparencia a los que también está sometido la práctica bancaria y del principio general de buena fe. Este obliga en general al vendedor a poner en conocimiento del comprador todas las circunstancias del producto que sean esenciales en la decisión de contratar y, desde luego, a no ocultar deliberadamente aspectos relevantes o incluso transmitir información que no resulta cierta.
- c) Permite exigir a la entidad bancaria un deber de lealtad hacia su cliente, especialmente en cuanto a la información precontractual necesaria para que el cliente pueda tener una adecuada percepción del contrato, y de decidir con suficiente conocimiento de causa.
- d) El presente contrato no es un producto financiero simple y sencillo, si no que se trata de un producto complejo, lo que supone que deba exigirse a la entidad bancaria que comercializa el producto un esfuerzo explicativo, a fin de lograr una perfecta y completa comprensión por parte del cliente, no sólo del contenido de sus cláusulas, sino también de las ventajas y de los riesgos inherentes al producto ofertado.
- e) Este contrato está ideado por el banco, el cliente no puede introducir modificaciones en el mismo. El Banco [REDACTED] suscribió con su

cliente un producto estructurado, que encierra una gran complejidad, a un prologado plazo y cuya fórmula de cálculo, no resulta en absoluta sencilla para personas no ilustradas en el ámbito financiero.

f) La entidad demandada no sólo debería haber acreditado que la información precontractual facilitada a su cliente fuera suficiente, sino que también debería de haberse asegurado de que este había comprendido la fórmula de cálculo de la remuneración variable, la forma intervención del Agente de Cálculo, así como todos los riesgos inherentes a la operación, sobre todo, en que supuestos las remuneración iba a ser nula.

En conclusión, la entidad bancaria no ofreció al cliente el producto más adecuado para sus intereses y necesidades, es más, este producto resulto muy perjudicial ya que le llevó a perder casi la totalidad de la inversión realizada.

En la presente contratación, existe una parte que ha resultado ampliamente beneficiada, que ha sido el Banco [REDACTED].

En fecha de 30 de marzo de 2010, se inicio la apertura del contrato de depósito financiero estructurado Liquidación PFE Convertible, de referencia [REDACTED] con fecha de vencimiento 1 de abril de 2014, y con un importe inicial de 50.000 euros.

Como devolución del capital inicial, y a la fecha del vencimiento del producto financiero arriba mencionado, se efectuó la liquidación del mismo con fecha de valor 1 de abril de 2014. Cuando se liquidó este producto financiero, el banco dio unilateralmente una orden de compra con fecha de valor de 1 de abril de 2014, y se le compraron 3.327 acciones de [REDACTED] l precio de 15,0254 euros cada una.

- 1) Devolución del capital inicial de 50.000 euros**
- 2) Rendimiento integro de 1.000 euros**
- 3) Retención practicada de 21% de 2 195 euros**
- 4) Total liquidado 1+2-3 de 50.805 euros**

Pero en vez de devolver el dinero a mi cliente, como el creía, se hacen unos movimientos muy extraños en sus cuentas corrientes. Se le abonan 50.000 euro en la cta cte. nº [REDACTED] [REDACTED] como consecuencia del vencimiento del contrato de depósito estructurado, y posteriormente se le carga en otra cuenta corriente ajena a la de contrapartida de este producto la cantidad de **50.201,04** euros para comprar acciones sin que mi cliente hubiera dado orden alguna para su compra, adquiriéndose 3.327 acciones del banco [REDACTED] por importe de 15,0254 euros cada una, a pesar de que la cotización a

fecha del vencimiento de la operación, era irrisoria, concretamente 5,2570 euros cada una.

Veamos el cálculo de las pérdidas que el banco [REDACTED] ([REDACTED]) ocasiona a mi cliente:

3.327 acciones a un precio de **5,2570** euros de valor bursátil de cotización cada una..... **17,490. 039** euros.

Por lo tanto, mi mandante ha ingresado un capital de 50.000 euros en fecha 30 de marzo de 2010, y el saldo final de su inversión queda reducido a la cantidad de 17.490,039 euros.

En resumen una pérdida neta de 32.509,96 euros

Doc nº 4 Liquidaciones del Producto Financiero y valoración fical a efectos de patrimonio y cotización actual de las acciones del banco popular.

Tal comportamiento de la entidad financiera [REDACTED] (actualmente [REDACTED] [REDACTED] por absorción de [REDACTED] es contraria y atenta al derecho fundamental de la propiedad privada que se promulga en la Constitución Española, a saber:

Artículo 33

1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada...

3. ...Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes.

En consecuencia, [REDACTED] (Ahora [REDACTED] **había reducido los ahorros de un cliente minorista y de avanzada edad**, sin formación financiera, de una inversión de 50.000 euros **en la cantidad de 32.509,96 euros**, habiéndose quedado [REDACTED] (Ahora [REDACTED] con esta cantidad en beneficio propio, y todo ello como consecuencia de que habían sufrido de nuevo la falta de información y no habían entendido el significado de la firma de este contrato.

Como ha quedado descrito en el hecho anterior, la falta de explicaciones e información por parte de los empleados de [REDACTED] (ahora [REDACTED] ha quedado patente con la tremenda descripción verbal de la conversación con el director de la oficina bancaria, Vd. Ha invertido en un producto con riesgo y las pérdidas son su problema, a veces se gana y otras se pierde"... afirmación realizada a una persona acobardada por el temor a perder sus ahorros.

El cambio y el cierre de las oficinas de ██████ por parte de la entidad predominante ██████ ha hecho que mi cliente no sepa ni cuál es la oficina que le corresponde para poder gestionar el asunto de la pérdida de sus ahorros, ni tiene persona interlocutora en la entidad, al desconocer el propio banco donde se encuentra registrado el contrato financiero objeto de este procedimiento.

Movimientos de la cuenta corriente donde se realiza el abono y el cargo de 20.000 euros para compra de las acciones de Banco ██████. (Doc, nº 5)

TERCERO.- SOBRE LA FALTA DE INFORMACIÓN Y EL DEBER DE DILIGENCIA DE ██████ (AHORA BANCO DE ██████), EN LA CONTRATACION DEL CONTRATO FINANCIERO A PLAZO. NULIDAD DEL CONTRATO POR FALTA DE INFORMACION.

Los empleados de ██████ que atendieron al Sr. Don ██████, no le explicaron en ningún momento el tipo de producto que este iba a adquirir, ni sus características, ni su plazo. Don ██████ sólo quería un tipo de producto sin complicaciones, seguro y con disponibilidad de su dinero en el momento de necesitarlo, dada su edad y perfil de minoristas ahorrador.

Deseaba el producto del cual cabe esperar que quiera adquirir una persona mayor, sin ningún conocimiento de los mercados financieros, y que desde luego no sabe lo que es un depósito estructurado, y que quiere tener su dinero a mano para cualquier tipo de problema. Como queda claro en ningún momento quiso adquirir un producto en el que no podría recuperar su dinero en el momento en que lo necesitara, ya que había unas fechas concretas para ejercer la posibilidad de cancelación total o parcial.

En el momento de la contratación del “contrato financiero a plazo” por parte de Don ██████ se le hizo saber por parte de ██████ que era un producto bancario con liquidez, seguridad y rentabilidad. A don ██████ no se le facilitó ningún tipo de información y por supuesto tampoco el folleto explicativo, no recibió ninguna especificación del tipo de producto que adquiriría ni oral ni mucho menos por escrito, no se le dio ni a firmar un contrato donde se especificara la naturaleza del producto,

██████ en la comercialización de este depósito estructurado a ██████ ██████ ha incumplido toda la legislación vigente sobre protección al cliente minorista de productos financieros y sobre la información debida a los clientes de entidades financieras contratantes de servicios bancarios:

Queda claro, según establece el art. 79 bis de la LMV que ██████ tenía la obligación de informar a su cliente, y no solo eso de conocerlo y asignarle un producto adecuado a su nivel de comprensión, ya que mis clientes son clientes minorista, y su perfil no es el adecuado para invertir en un depósito estructurado.

En ese sentido cabe concluir que el producto que ofertaron a Don [REDACTED], podía calificarse como complejo, de alto riesgo, ya que se perdía la total disponibilidad del dinero y los beneficios estaban condicionados a los resultados económicos de los resultados de empresas a las que estaba referenciada la parte subyacente en acciones de empresas, por lo que se exige disponer de información muy precisa acerca de los mecanismos y evolución previsible de los mercados financieros, ya que de ello dependerá el cobro de los beneficios, información que, como a continuación expondremos, mi patrocinada nunca gozó.

A parte de la norma expuesta anteriormente del art. 79 bis, nuestro cliente está protegido en sus derechos fundamentales por la legislación que relacionamos a continuación, **legislación que ha sido infringida totalmente por [REDACTED]**

I.- Normativa MIFID, dado que Don [REDACTED] es clientes minorista y consumidor a tenor del art. 1.2 de la Ley 26/1984 de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, es necesaria la firma por parte de los clientes para dar validez a la contratación de este tipo de productos financieros complejos, del documento llamado test de idoneidad donde se vislumbrara la adecuación de este producto financiero al tipo de cliente minorista.

La normativa MIFID infringida por [REDACTED] determina:

1. Clientes minoristas. Son el resto de clientes, y disfrutan del máximo nivel de protección. Algunos de sus derechos son:

Derecho a la información en relación con la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, centros de ejecución de órdenes, incentivos, gastos y costes asociados a la contratación o el servicio prestado....

La MIFID (markets in financial instruments directive) es una directiva europea que regula la prestación de servicios de inversión y, por lo tanto, afecta directamente a la forma en que las entidades de crédito o empresas de inversión informan, asesoran o venden productos financieros a sus clientes o potenciales clientes.

Esta directiva está vigente desde el 1 de noviembre de 2007 y tiene como objetivos:

1. Proteger al cliente para que conozca y comprenda el producto que va a comprar, sepa valorar el riesgo en el que va a incurrir y tome la decisión en consecuencia

2. Regular el comportamiento de la entidad financiera

3. Incrementar la competencia entre las entidades financieras

Dar al cliente asesoramiento y comercialización, hay que distinguir entre estos dos conceptos:

1.Asesoramiento

Consiste en recomendaciones personalizadas y concretas basadas en las circunstancias personales de cada cliente, como su situación financiera, su perfil de riesgo y su conocimiento o experiencia en productos financieros, y sus objetivos de inversión.

2.Comercialización

Cuando se ofrecen productos basados en sus características sin analizar las circunstancias personales de los clientes.

No todos los clientes tienen el mismo nivel de información, formación y experiencia inversora. Por ello, la MIFID clasifica los clientes en:

2. Contrapartes elegibles, como en el caso de otras entidades financieras.
3. Clientes profesionales. Básicamente empresas de un gran tamaño con departamentos o director financiero.
4. Clientes minoristas. Son el resto de clientes, carecen de especialistas financieros en su estructura o plantillas, y disfrutan del máximo nivel de protección.

Algunos de sus derechos son:

Derecho a la información en relación con la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, centros de ejecución de órdenes, incentivos, gastos y costes asociados a la contratación o el servicio prestado.

Derecho a conocer la política de ejecución, la política de conflicto de interés y la política de salvaguarda de activos.

Derecho a que los contratos realizados, así como las órdenes ejecutadas, figuren en los registros correspondientes.

Cuando un cliente acuda por primera vez a contratar un instrumento financiero, deberá firmar un documento en el que se recogen todos los derechos y obligaciones esenciales que se derivan de la nueva normativa.

No todos los productos tienen la misma complejidad ni el mismo riesgo. Por ello, la directiva (MIFID) distingue entre tres tipos de productos:

Productos no MIFID:

No están afectados por esta directiva los siguientes productos:

- a. Cuentas corrientes
- b. Libretas de ahorro a la vista
- c. Imposiciones a plazo fijo
- d. Depósitos a plazo de rendimiento variable con capital garantizado
- e. Planes de pensiones
- f. Seguros de ahorro (■■■■ ■■■■ ■■■■ ...)

Productos MIFID, que, a su vez, se distinguen entre no complejos y complejos:

Productos no complejos

- a) Acciones
- b) Instrumentos del mercado monetario (pagarés, deuda pública)
- c) Fondos de inversión y SICAV (excepto ■■■■)
- d) Cédulas hipotecarias

Productos complejos

- a) Deuda subordinada
- b) Participaciones preferentes
- c) Fondos de inversión libre (Hedge Funds)
- d) Derivados (futuros, opciones, warrants, caps, floors...)
- e) Contratos financieros atípicos
- f) Seguros de cambio
- g) Opciones sobre divisas

¿Cómo se adapta el producto al cliente?

La MIFID prevé dos tipos de evaluación o test que, según las circunstancias, deberá realizar el cliente.

1. Test de idoneidad

Es el más complejo y únicamente aplica cuando exista asesoramiento en materia de inversión (mediante contrato).

2. Test de conveniencia.

Es más corto, y se aplica cuando el cliente no tiene experiencia y se trata de un producto complejo. En relación con los productos no complejos, no se aplicará si se trata de la ejecución de órdenes a iniciativa del cliente y el Banco cumple sus obligaciones en relación con su política de conflictos de interés.

A nuestro mandante se le ha dado ya formalizado y preinpresso un test de clasificación como cliente minorista, para averiguar su idoneidad en la contratación de este tipo de productos bancarios complejos, este test es simplemente “kafkiano”. Dice lo siguiente:

Mayor de 55 años

Sin estudios

No ha trabajado en el sector financiero

¡¡¡Y comprende los riesgos asociados a estos productos!!!!

Y miente el banco al rellenar el test cuando dice que lleva más de 7 años contratando estos productos, y sobre todo sabiendo el Banco que mi mandante sólo ha tenido cuentas corrientes e imposiciones a plazo fijo y que nunca ha operado más de 10 veces con operaciones de riesgo en el último año.

Por lo tanto se ha producido el incumplimiento de la normativa MIFID por falta de información y en consecuencia esa falta de información y de haber rellenado sin transparencia el test MIFID por el propio banco, han llevado a un claro error en la prestación del consentimiento para la contratación del depósito estructurado realizado por ██████████ y por ende se ha producido la nulidad del contrato, ante la falta de consentimiento a la que ha dado lugar la falta de información, con una nulidad que da lugar a la rescisión de los contratos, a causa de la falta de forma en los mismos, al carecer de la voluntad esencial para perfeccionar el contrato de adquisición de productos financieros complejos, como ha sido la confección por el banco del test de idoneidad o de conveniencia.

(Doc. nº 6 test MIFID)

II.- Constitución Española: El artículo 51 de la Constitución española impone el deber de garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo mediante procedimientos eficaces sus legítimos intereses económicos. Si bien este precepto no contiene un derecho subjetivo directamente exigible, vincula a los poderes públicos en todas las actuaciones que desarrollen.

III.- Ley 26/1984 de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, Art. 1.2, ... a efectos de esta ley, son consumidores y usuarios las personas físicas y jurídicas...”

IV.- Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre de 2007, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios:

La actividad de las entidades comercializadoras de los productos bancarios y financieros está sujeta a la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, cuyo artículo 1 define su objeto como la regulación del sistema de negociación de instrumentos financieros, estableciendo a tal fin los principios de su organización y funcionamiento, así como las normas relativas a los instrumentos financieros y a los emisores de esos instrumentos. En la letra c) Los bonos, obligaciones y otros valores análogos, representativos de parte de un empréstito, incluidos los convertibles o canjeables. La finalidad de la ley también abarca la regulación de la conducta de quienes operan en el mercado prestando los servicios de inversión y velar por la transparencia, mediante la imposición de obligaciones, así como de los códigos de conducta que puede aprobar el Gobierno o el Ministerio de Economía y Competitividad o, en su caso, la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

V.- Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación de los mercados de valores y registros obligatorios, vigente hasta el 17 de febrero de 2008, que fue derogado por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, de modificación de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, tuvo la finalidad de concretar los deberes de diligencia e información transparente a facilitar a los clientes por las personas públicas o privadas que realizasen cualquier actividad relacionada con el Mercado de Valores. Para cumplir sus objetivos, añadía un código general de conducta de obligado cumplimiento en interés de los inversores y el buen funcionamiento y transparencia de los mercados. Imponía el deber de proporcionar toda la información relevante para que los inversores conformasen su voluntad con pleno conocimiento. Además, los operadores del mercado debían hacer hincapié en los riesgos que toda operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo.

VI.- Ley 47/2007, de 19 de diciembre, de modificación de la Ley del Mercado de Valores, transpuso al ordenamiento jurídico interno la Directiva 2004/39/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre mercados de instrumentos financieros MiFID, Markets

in Financial Instruments Directive, que ha sido desarrollada por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero.

Con la nueva regulación se profundizó en la protección a la clientela, a través del incremento y mayor precisión de las obligaciones de las entidades financieras. Entre los deberes destaca la clasificación singular de los clientes en función de sus conocimientos financieros, con carácter previo a la suscripción de las operaciones reguladas por la ley. Así, el artículo 78 bis introduce la distinción entre clientes profesionales y minoristas, con el fin de imponer a las entidades obligaciones diferentes en función de dicha clasificación.

Además, el artículo 79 de la anterior Ley, referido a la obligación de diligencia y transparencia, dispone que las entidades que prestan servicios de inversión se tienen que comportar con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios, cumpliendo con las normas de la ley y las de sus normas de desarrollo. Precisa este precepto que hay falta de diligencia y transparencia si, en relación con la provisión de un servicio de inversión o auxiliar, las empresas de inversión pagan o perciben algún honorario o comisión, incluso los no monetarios.

Artículo 79 bis. Obligaciones de información.

1. Las entidades que presten servicios de inversión deberán mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes.
2. Toda información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario, deberá ser imparcial, clara y no engañosa. Las comunicaciones publicitarias deberán ser identificables con claridad como tales.
3. A los clientes, incluidos los clientes potenciales, se les proporcionará, de manera comprensible, información adecuada sobre la entidad y los servicios que presta; sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión; sobre los centros de ejecución de órdenes y sobre los gastos y costes asociados de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa. A tales efectos se considerará cliente potencial a aquella persona que haya tenido un contacto directo con la entidad para la prestación de un servicio de inversión, a iniciativa de cualquiera de las partes.

La información a la que se refiere el párrafo anterior podrá facilitarse en un formato normalizado.

La información referente a los instrumentos financieros y a las estrategias de inversión deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias:

1. El cliente deberá recibir de la entidad informes adecuados sobre el servicio prestado. Cuando proceda dichos informes incluirán los costes de las operaciones y servicios realizados por cuenta del cliente.
2. Las entidades que presten servicios de inversión deberán asegurarse en todo momento de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes, con arreglo a lo que establecen los apartados siguientes.
3. Cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, la entidad obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate; sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquél, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan. Cuando la entidad no obtenga esta información, no recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente. En el caso de clientes profesionales la entidad no tendrá que obtener información sobre los conocimientos y experiencia del cliente.
4. Cuando se presten servicios distintos de los previstos en el apartado anterior, la empresa de servicios de inversión deberá solicitar al cliente, incluido en su caso los clientes potenciales, que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente.

Cuando, en base a esa información, la entidad considere que el producto o el servicio de inversión no sea adecuado para el cliente, se lo advertirá. Asimismo, cuando el cliente no proporcione la información indicada en este apartado o ésta sea insuficiente, la entidad le advertirá de que dicha decisión le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él.

Además, el artículo 63.1.g) de la Ley del Mercado de Valores incluye entre los servicios de inversión el asesoramiento, y entiende por tal «la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de este o por iniciativa de los servicios de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas otras formas de deuda titulizadas, salvo que incorporen un derivado implícito; a instituciones de inversión colectiva armonizadas a nivel europeo y a otros instrumentos financieros no complejos. Se considerarán mercados equivalentes de terceros países aquellos que cumplan unos requisitos equivalentes a los establecidos en el Título IV. La Comisión Europea publicará una lista de los mercados que deban considerarse equivalentes que se actualizará periódicamente. Tendrán la consideración de instrumentos financieros no complejos, además de los indicados expresamente en el párrafo anterior, aquellos en los que concurren las siguientes condiciones: i) Que

existan posibilidades frecuentes de venta, reembolso u otro tipo de liquidación de dicho instrumento financiero a precios públicamente disponibles para los miembros en el mercado y que sean precios de mercado o precios ofrecidos, o validados, por sistemas de evaluación independientes del emisor; ii) que no impliquen pérdidas reales o potenciales para el cliente que excedan del coste de adquisición del instrumento; iii) que exista a disposición del público información suficiente sobre sus características. Esta información deberá ser comprensible de modo que permita a un cliente minorista medio emitir un juicio fundado para decidir si realiza una operación en ese instrumento.

VII.- Artículo 74 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, se impone a las entidades la obligación de contrastar la información recibida del cliente sobre su capacidad para entender las inversiones, si bien las entidades tienen derecho a confiar en la información suministrada por sus clientes, salvo cuando sepan, o deban saber, que la misma está manifiestamente desfasada, o bien es inexacta o incompleta. No desplegar esta actividad supone una falta de diligencia por parte de la entidad no excusada por la norma.

VII.- A los efectos que aquí interesan hay que citar como régimen jurídico las normas del Código Civil referentes a los contratos, fundamentalmente a los elementos esenciales de los contratos y las consecuencias que la ausencia de los mismos conlleva (artículos 1258, 1261 y siguientes); las disposiciones de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación, ya que en el ámbito financiero el contenido de los contratos se encuentra predeterminado por el oferente e incluido en condiciones generales. Además, en cuanto a que el inversor suele ser una persona física o jurídica que no actúa en el ámbito de una actividad profesional o empresarial también será de aplicación el **Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios**.

IX.- El Banco de España desempeña la supervisión de las entidades de crédito, de acuerdo con la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, y demás normas aplicables. En este ámbito se recoge como infracción en el artículo 4.j) el incumplimiento por las entidades de crédito del deber de veracidad informativa debida a sus socios, a los depositantes, prestamistas y al público en general. Por su parte, la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España, establece entre las funciones asignadas al mismo en su artículo 7 la de supervisión de la solvencia, actuación y cumplimiento de la normativa específica de las entidades de crédito y de cualquier otra entidad y de mercados financieros.

La infracción de estas normas, nos lleva a analizar la ausencia de información que deriva en una ausencia de consentimiento a la hora de contratar productos

financieros complejos, como los que se le colocaron a Don [REDACTED] y a la rescisión de los contratos no perfeccionados o perfeccionados irregularmente contraviniendo la Ley.

En virtud de lo expuesto, esta parte está en condiciones de afirmar que la correcta aplicación de esta normativa por las entidades emisoras llevaría a que a los inversores o clientes minoristas, que son en términos coloquiales la gente ahorradora de a pie, no se les hubiese podido ofrecer nunca por las mismas estos instrumentos tan complejos y de alto riesgo que son las participaciones preferentes, o dicho de otra forma, la reiterada práctica de las entidades bancarias de mantener desinformados y engañar a los usuarios bancarios a la hora de suscribir este tipo de productos financieros modernos, es lo que lleva a éstos a contratar dichos instrumentos financieros, ya que de lo contrario, es decir, si fuesen completamente informados u ofreciendo información verídica al respecto, es decir, siendo transparente y leales a la hora de ofrecer tales productos complejos, el porcentaje de suscriptores de este tipo de títulos se reduciría considerablemente.

Sin embargo, debido a que esta normativa no ha sido aplicada correctamente por las entidades emisoras, es por lo que han proliferado las suscripciones de estos productos complejos por los inversores minoristas, ya que no han sido correctamente informados conforme la normativa vigente.

Esta falta de información, o defectuoso asesoramiento conforme la normativa reguladora por parte de las entidades que ofrecen los productos a su clientela, como indebido incumplimiento por parte de éstas, que reiteramos es una práctica habitual hoy en día, es lo que se ha tenido en cuenta por todas las ya numerosas sentencias judiciales que están declarando, respecto a la suscripción de participaciones preferentes por este perfil de inversor, fallando en general lo siguiente: primero, la nulidad del contrato de depósito estructurado suscrito entre las partes, y segundo, condenando a las entidades a reintegrar al inversor la cantidad aportada más los intereses. Y ello, en general, fundamentado por los Juzgados y Tribunales en la existencia de una mala práctica conforme a la normativa por parte de las entidades en la contratación de depósitos estructurados, como decimos, declarando así la nulidad del contrato que formalizaba la contratación de las mismas, debido a la existencia de vicio en el consentimiento prestado por el inversor al suscribir el contrato, como consecuencia del incumplimiento del deber de información y el correcto asesoramiento que incumbe a las entidades financieras para con sus clientes, conforme la normativa existente, a fin de que el cliente comprenda el alcance de su decisión, y si es o no adecuada a sus intereses, ya que esa falta de información es la que generó el consentimiento viciado de ese particular, y en concreto de mi patrocinado, que realmente no comprendían lo que estaba adquiriendo.

En este sentido, esta parte quiere poner de manifiesto las siguientes sentencias a título meramente ejemplificativo a fin de justificar el cambio de la línea jurisprudencial respecto de esta materia completamente a favor del usuario bancario discriminado por las malas prácticas de las entidades bancarias a la hora de contratar sus productos bancarios.

Es decir, sentencias que vienen a declarar que, independientemente de que las entidades bancarias se cubran las espaldas con prácticas que en ocasiones rozan la ilegalidad o el ámbito penal, tienden a utilizar usuarios de entrada edad para aprovechar su desinformación y colocarles productos financieros complejos, como es este caso, de tal forma que con la firma de tales documentos se garantice que los usuarios bancarios están suficientemente informados y conocen el producto, tales sentencias han considerado que aún con todo, se ha producido vicio en el consentimiento de los usuarios, los cuales se deben considerar engañados y objeto de un práctica cada vez más habitual por las entidades bancarios, como es la estafa financiera.

En este sentido, la jurisprudencia exige a las entidades bancarias que acrediten que efectuaron diligentemente la oferta de estos productos, informando de las características de los mismos, cuidando de los intereses del cliente, como si fueran propios. Así, y en relación a la carga de la prueba del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, y sobre todo en los casos de productos de inversión, como señala la sentencia de la sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia de 14 de noviembre de 2005, la diligencia en el asesoramiento no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representantes leal en defensa de los intereses de sus clientes, invirtiéndose la carga de la prueba, teniendo en cuenta la condición de profesional de la entidad financiera.

Traemos a colación sentencias recientes de los Juzgados y Audiencias Provinciales españolas pudiendo servir de ejemplo las Sentencias de fecha 3 de noviembre de 2011, y de fecha 1 de abril de 2011, de la Audiencia Provincial de Murcia, Sentencia de de 25 de abril de 2012 de la Audiencia Provincial de Pontevedra, la Sentencia de fecha 21 de marzo de 2011 de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, o la Sentencia de fecha 26 de septiembre de 2011 de la Audiencia Provincial de Asturias, la Sentencia de 20 de junio de 2011, de la Audiencia Provincial de Zaragoza, la Sentencia de 21 de marzo de 2011 de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, la Sentencia de 27 de Septiembre de 2012 de la Audiencia Provincial de Alicante, al igual que otras varias sentencias de diferentes Juzgados de Primera Instancia en todo el territorio español, como por ejemplo la Sentencia del Juzgado de Primera instancia nº 5 de Palma de Mallorca de 15 de Noviembre de 2004, la Sentencia de Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Zaragoza de 16 de Septiembre de 2011 y la ya más que conocida Sentencia de 10 Jul. 2012 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N° 1 de Cambados.

CUARTO.- SOBRE LA FALTA DE CONSENTIMIENTO.

Así mismo, y en relación con la ausencia de consentimiento, tal y como dispone el artículo 1265. "Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo"- Artículo 1266. "Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo. El error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiere sido la causa principal del mismo".

Don ██████ no sabía en ningún momento en que estaban invirtiendo su dinero, tan solo adquirió lo que la persona que estaba al otro lado del mostrador (trabajador de ██████ le dijo a Don ██████ que se ajustaba a su perfil, y que sería más beneficioso para él; pero en ningún momento esta persona tuvo en cuenta lo que querían mis clientas, ni las características de estos como clientes minoristas, ni pequeños ahorradores, ni lo poco que sabía de depósitos estructurados, por tanto Don ██████ prestó su consentimiento sin saber para que lo estaban haciendo.

Es difícil de procesar en una mente de persona normal, (como pretenden las entidades financieras hacer creer a la sociedad española), que gente con un perfil minorista, sin formación, siendo ahorrador tradicional de los de toda la vida, esencialmente preocupado a determinada edad por poder tener siempre disponibles sus ahorros al objeto de poder hacer frente a las enfermedades propias de su edad, a residencias de la tercera edad si llega el caso, a prestar ayuda a sus hijos y/o nietos y, en definitiva, a disfrutar de sus merecidos ahorros, hayan decidido en España libre y voluntariamente, casi en masa, suscribir un contrato de operaciones financieras complejas donde se arriesgan perder todo o gran parte de sus ahorros en la recta final de sus vidas.

En el caso que nos ocupa es palpable que se dan todos los requisitos necesarios para considerar que el consentimiento prestado por mis patrocinados a la hora de formalizar y materializar la inversión mencionada, no existía, y subsidiariamente estaba completamente viciado por error, como analizaremos detenidamente en el apartado dedicado a la fundamentación jurídica material o de fondo en este escrito, y por tanto no puede entenderse de otra forma el contrato como de nulo de pleno derecho.

Y hablamos de error en el consentimiento y por tanto vicio en el mismo a la hora de formalizar la operación financiera, por cuanto se desprende que mi patrocinada no podría haber comprendido ni entendido un producto tan complejo que nunca se le explico. Que mi cliente NO fue informado al respecto de las características del producto, y además, esta parte quiere poner de manifiesto que mi mandante en el momento de proceder con la suscripción de la inversión financiera, no pudo otorgar consentimiento para la contratación al no haberse explicado el contrato.

Que a Don ██████ le invirtieron sus ahorros por los empleados de ██████ donde a estos empleados más les interesaba comercialmente, y mis representados contrataron completamente a "ciegas" sin saber realmente cual

era el negocio ilícito que se escondía, todo aquello que se les indico, bajo las indicaciones del Director de la oficina de [REDACTED] sucursal de [REDACTED] (Madrid).

La contratación en el mercado financiero es compleja, y dentro de esta complejidad se encuadran los contratos de depósitos estructurados, que requieren un elevado nivel técnico, y que para su comprensión, el inversor exige la posesión de conocimientos previos, al encontrarse la entidades financieras en una posición de superioridad ante sus clientes. Los clientes confían en la entidad financiera con la que mantienen una relación duradera, lo que determina que se fíen de las recomendaciones efectuadas por el personal de la oficina, de tal modo que profesionalidad y confianza son los dos elementos característicos de la relación de la clientela en el mercado financiero, y ello determina que les sea exigible un estricto deber de información. Así el cliente debe recibir de la entidad financiera una completa información sobre la naturaleza, objeto, coste y riesgos de la operación, y además de forma que le resulte comprensible, asegurándose la entidad de que el cliente entiende sobre todo de los riesgos patrimoniales que puede llegar a asumir en el futuro.

El incumplimiento de [REDACTED] del deber de información y del deber de firmar un contrato por cada producto contratado, le lleva a que el cliente no haya dado su consentimiento a esa operación por no habersele explicado su naturaleza y características, y subsidiariamente al error de consentimiento y a la rescisión de los contratos firmados, por falta de cumplimiento de los requisitos de información que obliga la Ley, previos, durante y posteriormente a la contratación.

Recordemos que cláusula **NO** le han explicado a mi mandante:

DECIMA- *Cada parte manifiesta en este acto a la otra que al día de la fecha existe la capacidad de evaluar y entender (independientemente a la base de asesoramiento profesional) y de hecho de han entendido, los términos, condiciones y riesgos de esta operación y voluntariamente se aceptan dichos términos y condiciones y se asumen los riesgos inherentes ya sean de índole financiera o de otro tipo.*

De manera específica el CLIENTE manifiesta:

a) *Que el producto diseñado por el BANCO se adecua fiel e íntegramente a su experiencia inversora y objetivos de inversión.*

b) *Que es consciente que este Contrato No garantiza el Importe Nominal inicialmente invertido, sino un importe inferior e igual al Importe Nominal II.*

c) **Que es consciente de que bajo ciertas circunstancias podría sufrir una pérdida de hasta el 100% de Importe Nominal II.** *En el caso de que en la Fecha Final de Determinación del Precio Final el Precio Final de alguno de los componentes del Subyacente fuera inferior a la Barrera correspondiente, el Cliente no recibirá la totalidad del Importe Nominal II inicialmente invertido, sino que en su lugar recibirá el número de unidades del componente del Subyacente que más se haya depreciado, que resulte de dividir el Importe Nominal II entre el Precio Inicial de dicho componente, las cuales, si fueran vendidas en el mercado*

en ese momento reportarían al Cliente una cantidad inferior al Importe Nominal II inicialmente invertido. **En el supuesto extremo de que un componente del Subyacente valiera cero en la Fecha Final de Determinación del Precio Final, la pérdida sufrida alcanzaría el 100% del Importe Nominal II.**

d) *Que la Remuneración Variable a percibir por el CLIENTE en el Segundo Tramo, en su caso, está ligada a la evolución del componente integrante del Subyacente que haya tenido un peor comportamiento desde la Fecha de Determinación del Precio Inicial hasta la Fecha Final de Determinación del Precio Final. Así mismo, el CLIENTE manifiesta:*

I) *Que conoce que salvo los supuestos de cancelación anticipada del contrato pactados expresamente en el Contrato, la Operación no puede ser cancelada anticipadamente.*

II) *Que ██████ le ha sugerido al Cliente con anterioridad a la suscripción de este contrato, recabar de terceros distintos del propio ██████ en su caso, el asesoramiento y la información que el Cliente pudiera considerar necesaria al objeto de entender el contrato en todos sus términos y valorar la conveniencia de su contratación.*

QUINTO.- SOBRE LA ACCIÓN QUE SE RECLAMA.

Se reclama en esta demanda:

a.- Nulidad del contrato de fecha 23 de marzo de 2010, referencia de la operación ██████ ██████ ██████ ██████ cuenta corriente asociada ██████ ██████, importe nominal de 50.000 euros.

El ejercicio de la acción de **nulidad contractual por ausencia de consentimiento y subsidiariamente por vicio del consentimiento, con el reintegro en ambos casos del importe del capital invertido, que asciende a un total de 50.000 EUROS, más los intereses legales devengados hasta la fecha del pago, con dolo en la actuación de la demandada ██████ (Ahora ██████**

Y alternativamente a las anteriores, resolución del contrato por incumplimiento de la normativa bancaria y MIFID y legislación de Consumidores y Usuarios y Condiciones Generales de la Contratación, con la exigencia de daños y perjuicios, más los intereses legales.

Las consecuencias de la declaración de nulidad del contrato por la existencia de vicio en alguno de sus elementos, en este caso el consentimiento y la forma, determinan que conforme a lo establecido en el artículo 1303 del Código Civil, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con sus intereses, por lo que la demandada deberá devolver a esta parte litigante el capital nominal de 50.000 euros entregados como precio de la compra de los productos financieros ya reseñados adquiridos, con más los intereses legales desde la fecha de la

última liquidación de intereses pagada a mi cliente, minorado en capital devuelto en el momento del vencimiento del contrato en fecha de 1 de abril de 2014.

Hay que recordar a efectos de devolución de prestaciones entre las partes tras la resolución del contrato, que a mi mandante se le han entregado como rendimientos dinerarios de la operación por réditos, la cantidad de 3.195 euros a tener en cuenta a efectos de compensación de deudas dinerarias.

En lo que se refiere a los efectos jurídicos y económicos de la estimación de la demanda y con ella, de la de la anulabilidad de los contratos relacionados por vicio del consentimiento por dolo y error, los efectos que la nulidad y/o anulabilidad comporta ex código civil EDL 1889/1 es la reposición de las cosas al estado que tenían al tiempo de su celebración. Deben aplicarse analógicamente las disposiciones del artículo 1.303 CC EDL 1889/1 para la anulabilidad, a cuyo tenor, "Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubieren sido materia del contrato con sus frutos y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes", Ejercitada la acción de anulación y dictada sentencia (constitutiva), el contrato queda inválido e ineficaz, ex tunc, con efecto retroactivo motivo por el que 1º) Si no se ha consumado, es decir, si no se ha cumplido (no se han realizado las prestaciones), las partes quedan libres y 2º) Si se han cumplido, debe hacerse la restitución de las cosas (artículo 1.303) o su equivalente económico (artículo 1.307) con sus frutos e intereses, simultáneamente (artículo 1.308).

Dicho de otra forma, la entidad demandada debería de proceder a la restitución del capital de la inversión efectuada por esta parte actora con más sus intereses conforme a la previsión del art. 1.303 del CC EDL 1889/1 que, a falta de determinación legal no puede ser otra que el interés legal del dinero y, éstos simultáneamente, procederán a la devolución de los rendimientos que han percibido durante los años de vigencia del contrato con cargo a la misma, sin perjuicio de su posible compensación si la misma es factible económicamente o, de otros pactos o acuerdos que los mismos puedan alcanzar al margen del proceso, ya que en el mismo, el único efecto jurídico económico que puede declararse en estos momentos y, con base a la acción ejercitada de anulabilidad es la restitución recíproca de las obligaciones de una y otra parte, con el incremento del interés sobre el precio de adquisición de los productos híbridos de capital antes citados conforme al interés legal del dinero computado desde la fecha de la suscripción de cada contrato en particular y la fecha de efectiva restitución de las prestaciones.

SEXTO.- Que frente a los presentes hechos, mis representada, ha decidido interponer la presente demanda con la finalidad de que se les restituya el capital invertido por importe de **50.000 euros** como totalidad de lo invertido en el contrato financiero a plazo nº [REDACTED] de fecha 23 de marzo de 2010, **con la exigencia de daños y perjuicios, más los intereses legales.**

A los siguientes hechos le son de aplicación los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.- Resultan de aplicación al caso los artículos 21, 22.1 y 85.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículos 36, 45, 248 y 249 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que determinan la Jurisdicción Ordinaria como la única competente para conocer de los negocios o demandas civiles que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros con arreglo a lo establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte

La competencia territorial corresponde al Juzgado de Primera Instancia de Madrid que por reparto corresponda, por ser el lugar donde la situación o relación jurídica a que se refiere el litigio ha nacido o debe surtir efectos, existiendo establecimiento abierto al público o representante autorizado para actuar en nombre de la entidad, conforme a lo previsto en el artículo 51 sobre el fuero legal general de las personas jurídicas

II. CAPACIDAD.- La tienen la parte demandante y demandada, en su condición de personas físicas y jurídica, a tenor de lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil.

III.- LEGITIMACIÓN.- Activa: a tenor del artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la legitimación de mis representados resulta indiscutible por ser una de las partes del contrato cuya nulidad se pretende. Pasiva: Corresponde a la demandada, Banco de [REDACTED] (antes [REDACTED] como la otra parte del contrato y obligada a la devolución de las cantidades solicitadas.

IV.- POSTULACIÓN Y DEFENSA.- Se cumplen con las normas procesales de postulación ya que la demanda se presenta por medio de Procurador legalmente habilitado y bajo la dirección de Letrado firmante de la misma conforme a lo dispuesto en los artículos 23 y 31 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

V.- REQUISITOS FORMALES.- Se inicia el presente procedimiento por medio de demanda que reúne todos los requisitos exigidos en el art. 399 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y demás relativos a esta materia, todos de la Ley Procesal Civil.

VI.- PROCEDIMIENTO.- La pretensión que se ejercita a través de este escrito de demanda, al amparo del art. 249 de la LEC, debe decidirse en juicio ordinario, toda vez que, se contiene una acción cuyo interés económico es superior a 6.000.- €.

VII.- FONDO DEL ASUNTO.- Nos encontramos ante un supuesto de hecho muy peculiar y distinto de la mayoría de las reclamaciones contra entidades financieras relativas a participaciones preferentes, que se están produciendo a lo largo de los juzgados del territorio nacional, ya que en el caso que nos ocupa la persona que figura como ordenante de la operación no otorgó su consentimiento respecto de la misma, ni firmó contrato alguno, circunstancia conocida por la propia demandada, por lo que nos encontramos ante un supuesto de **AUSENCIA O FALTA de consentimiento**, ya que **éste ni siquiera llegó a emitirse por parte de mi representada**, y por lo tanto no nos encontramos ante un caso de vicio del consentimiento por cuanto que nunca existió, y por lo tanto **falta uno de los requisitos esenciales del contrato**, que junto a la forma, invalidan y hacen nula la contratación en caso de haber existido.

No obstante lo anterior, para el caso que se desestimara la anterior causa de nulidad y se considerase que sí ha existido un acto de voluntad emitido por mi mandante, **se alega vicio del consentimiento ante la inexistente información facilitada por la entidad demandada, que dadas las particularidades del producto financiero debió haber sido precisa, concreta y adecuada en relación a los riesgos que pudieran derivarse de la contratación.**

Y **alternativamente** a las anteriores, **resolución del contrato falta de forma elemento del contrato esencial para perfeccionar este tipo de contratos financieros y por incumplimiento** de la normativa bancaria y legislación de Consumidores y Usuarios y Condiciones Generales de la Contratación que a continuación se expresará, con la exigencia de daños y perjuicios, más los intereses legales.

A.- En cuanto a la **naturaleza del contrato Financiero a Plazo**

El Juzgado de Primera Instancia número 8 de Donostia ha anulado un depósito estructurado que ██████ colocó a 24 clientes. El banco ofreció el producto

como un contrato financiero a plazo principal garantizado en un depósito a cuatro años; es decir, los clientes esperaban recuperar la inversión inicial independientemente de la rentabilidad obtenida.

Una operación de alto riesgo y gran complejidad, ligada a valores cotizados en bolsa, que se ofreció a personas con un perfil minorista y conservador de edad avanzada y que les provocó pérdidas por más de 600.000€. ██████ convenció a los clientes de que recuperarían su inversión en su totalidad y que era un producto que se ofrecía exclusivamente a clientes preferentes, en el que la entidad financiera aportaba en torno al 80% de los 150.000€ iniciales. Algo que el banco luego colocó como un préstamo y que no mencionó. Para la jueza, si ██████ hubiera dicho que era un préstamo “nunca lo hubieran solicitado para firmar un depósito de esas características”. Solamente en el momento de la firma, ██████ mencionó a los clientes que tenían que firmar unos papeles “sin importancia” ante notario y que en realidad era el contrato del préstamo.

Lo que ██████ ofreció como una inversión en conjunto entre la entidad financiera y los clientes, en realidad era un préstamo oculto en el que los cargos no estaban establecidos, sino que se cargaban todos los importes al final del vencimiento del depósito. ██████ puso los intereses de los préstamos coincidiendo con el capital aportado por los clientes, de forma que al finalizar el depósito no sólo no rentabilizaban la operación, sino que perdían el capital inicial aportado por los pagos de los intereses.

La juez ha tenido en consideración las alegaciones presentadas por los clientes en las que ██████ no aportó la información necesaria sobre la evolución de los valores a los que se referenciaba ni antes ni durante la duración del depósito. Únicamente, los afectados recibieron información a la finalización del producto en la que se avisaba de un cargo en por el que se retiraban los fondos relacionados con el depósito.

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Haro (Rioja)

Con respecto al “Contrato Financiero a Plazos (Depósito Estructurado)

- a) Señalar que los depósitos estructurados, son depósitos en los que la rentabilidad viene determinada por un índice bursátil o un grupo de valores; el banco que crea el depósito estructurado no corre ningún riesgo, su posición está totalmente cubierta por la estrategia de derivados que desarrolla.
- b) Con independencia de la aplicabilidad o no de la Ley del Mercado de Valores, no es excusable la actitud de la entidad bancaria a la hora de asesorar e informar adecuadamente a su cliente respecto a los aspectos relevantes del

producto que se le está vendiendo, ello en razón de las exigencias generales de claridad y transparencia a los que también está sometido la práctica bancaria y del principio general de buena fe. Este obliga en general al vendedor a poner en conocimiento del comprador todas las circunstancias del producto que sean esenciales en la decisión de contratar y, desde luego, a no ocultar deliberadamente aspectos relevantes o incluso transmitir información que no resulta cierta.

c) Permite exigir a la entidad bancaria un deber de lealtad hacia su cliente, especialmente en cuanto a la información precontractual necesaria para que el cliente pueda tener una adecuada percepción del contrato, y de decidir con suficiente conocimiento de causa.

d) El presente contrato no es un producto financiero simple y sencillo, si no que se trata de un producto complejo, lo que supone que deba exigirse a la entidad bancaria que comercializa el producto un esfuerzo explicativo, a fin de lograr una perfecta y completa comprensión por parte del cliente, no sólo del contenido de sus cláusulas, sino también de las ventajas y de los riesgos inherentes al producto ofertado.

e) Este contrato está ideado por el banco, el cliente no puede introducir modificaciones en el mismo. El Banco ██████████ suscribió con su cliente un producto estructurado, que encierra una gran complejidad, a un prolongado plazo y cuya fórmula de cálculo, aunque se garantice la devolución del nominal, no resulta en absoluta sencilla para personas no ilustradas en el ámbito financiero.

f) La entidad demandada no sólo debería haber acreditado que la información precontractual facilitada a su cliente fuera suficiente, sino que también debería de haberse asegurado de que este había comprendido la fórmula de cálculo de la remuneración variable, la forma intervención del Agente de Cálculo, así como todos los riesgos inherentes a la operación, sobre todo, en que supuestos la remuneración iba a ser nula.

Conclusión

La entidad bancaria no ofreció al cliente el producto más adecuado para sus intereses y necesidades, es más, este producto resulto muy perjudicial ya que le llevó a perder casi la totalidad de la inversión realizada.

En la presente contratación, existe una parte que ha resultado ampliamente beneficiada, que ha sido el Banco ██████████

.-NORMATIVA BANCARIA: INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE INFORMACIÓN

Para atender al deber de información de la entidad bancaria la norma

fundamental es la Ley de Mercado de Valores 24/1988 de 28 de febrero, que en el punto que nos ocupa fue modificada por la Ley 47/2007, que supuso la incorporación a nuestro Derecho de toda la normativa europea de obligado cumplimiento y que transpuso a nuestro ordenamiento interno las normas llamadas "MIFID" de la UE (Directivas 2004/29/CE y 2006/73/CE).

Cualquier entidad financiera tiene la obligación de asesorar al cliente de los contratos que va a realizar y del producto que va a adquirir. Existe la obligación esencial y permanente durante toda la relación entre el Banco y el cliente de **transparencia y diligencia, lo que obliga a la entidad a garantizar la comprensión del producto que adquiere el cliente y a mantenerle informado durante todo el tiempo que permanece en la entidad**. Estas obligaciones quedan plasmadas de forma expresa en el art. 79 de la Ley del Mercado de Valores, conforme al cual, **las entidades que presten servicios de inversión deberán comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios**.

No acaban aquí las obligaciones del Banco, el art. 79 bis de la misma Ley, apartado primero y segundo disponen la obligación de mantener, en todo momento, adecuadamente informados a los clientes, debiendo ser esta información **imparcial, clara y no engañosa**; asimismo en el apartado tercero de este artículo, añade que **a los clientes se les proporcionará, de manera comprensible, información adecuada sobre la entidad y servicios que presta; sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión; sobre los centros de ejecución de órdenes y sobre los gastos y costes asociados de modo que se les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio, pudiendo tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa**. Asimismo, en el apartado séptimo de este artículo a fin de que la entidad pueda valorar si el producto financiero es adecuado o no para el cliente, señala que *"la empresa de servicios de inversión deberá solicitar al cliente, incluido en su caso los clientes potenciales, **que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado**"*.

Esta normativa se completa con el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, así como con la Circular 6/2008, de 26 de noviembre, del Banco de España, sobre normas de información financiera pública reservada y modelos de estados financieros. El RD 217/08 de 15 de febrero, relativo a las empresas de servicios de inversión, deroga el anterior RD 629/93 y en su artículo 64.1 ordena a las entidades que prestan servicios de inversión a **que proporcionen a sus clientes, incluidos los potenciales, 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**. Según este mismo precepto, **en la descripción se deberá 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; asimismo el artículo 74 de este Real Decreto establece que la entidad debe **analizar tres factores**, con el fin de determinar si el cliente posee los conocimientos y experiencia necesarios para entender las características y riesgos que incorpora el instrumento.

*En primer lugar: **Su experiencia inversora previa.**

*En segundo lugar: Su nivel **general de formación y experiencia profesional.**

*Y en tercer: **Su nivel de conocimientos financieros.**

Esa protección y necesidad de información halla su máxima expresión en la normativa que se conoce como **MIFID**, contenida en la Directiva 2004/39/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril, relativa a los mercados de instrumentos financieros, adaptada a la legislación española por la ya citada Ley 47/2007, que modificó la Ley del Mercado de Valores y por el RD 217/08 que **obliga a la entidad financiera a acreditar que con anterioridad la firma del contrato el cliente fue documentado suficientemente sobre las características del producto que contrata, riesgo del mismo que debe ser adecuado a perfil y experiencia del cliente, partiendo de la distinción entre el inversor minorista o profesional.**

Por último, frente a la actual crisis económica de alcance global, la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) emitió el 7/5/09 unas condiciones de comercialización de instrumentos financieros de mercados de valores donde se efectúa una serie de consideraciones sobre buenas prácticas encaminadas a asegurar las consecuencias de la normativa MIFID, que han sido en su totalidad vulneradas en el presente supuesto, **no llegándose si quiera a realizar el preceptivo test a la ordenante de la operación.**

El derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básica para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad es lograr la eficiencia del sistema bancario, así como tutelar a los sujetos que intervienen en él, principalmente a través del sistema de información precontractual en la fase previa a la conclusión del mercado. **El ámbito normativo tiene un claro carácter protector para el inversor, y muy especialmente trata de determinar los parámetros de información exigible y debida por parte de las entidades que intervienen en los mercados de valores.**

A este respecto resulta indispensable recordar que en el presente caso **el Test MIFID no fue realizado** por la ordenante de la operación sino que fue preimpreso de forma incoherente por la entidad bancaria, siendo preceptiva, como ha sido expuesto, su realización antes de procederse a la contratación de un producto financiero con las características del actual. Es más, dado el perfil del inversor [REDACTED] sumamente ahorrador dadas las circunstancias personales y familiares que les circundan, jamás hubiese superado el Test MIFID bajo la consideración de que el producto es “**CONVENIENTE**” para ésta, pues, como ha sido expuesto, no tienen un nivel de comprensión bancaria y financiera suficiente para poder haber entendido lo que se les preguntaba en el test

y carecía de los conocimientos y de un perfil adecuado para efectuar la suscripción de de un depósito estructurado.

Por lo tanto, de haberse suministrado una información adecuada respecto de la venta de estos productos financieros a Don [REDACTED] **jamás lo habría aceptado, pues como se comprueba a través del anterior perfil extractado, el mismo ya había manifestado ante la propia entidad las cualidades que debía reunir un producto para poder ser suscrito por ellos.**

Por lo tanto, es evidente que **NI SE SUMINISTRO LA INFORMACION NECESARIA, NI SE RESPETARON LAS ORDENES DADAS POR ESTOS A LA ENTIDAD, infringiéndose toda la normativa bancaria al respecto CAUSANDO GRAVES PERJUICIOS A MI PATROCINADO.**

Así pues, no debemos olvidar 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.**

En este sentido debemos hacer mención a la relevante **Sentencia de 5 de febrero de 2013 del Juzgado de Mataró, nº autos 792/2012** en la que el Juzgado *acordó*:

*“estimar la demanda sobre declaración de nulidad de los contratos de depósito o administración de valores suscritos, junto con las órdenes de suscripción de participaciones preferentes a ellos vinculadas. **El nivel de riesgo de la inversión en participaciones preferentes es mayor que el deparado por las acciones ordinarias como arquetipo del valor de riesgo, por lo que se exige una información adecuada. Se acredita una omisión de información esencial de las características del producto contratado y se evidencia que los actores no tenían perfil inversor para ello, apreciándose el vicio en el consentimiento alegado”.***

En la Sentencia citada anteriormente el Juzgador manifestó que:

*“el delegado comercial que comercializó las referidas participaciones no transmitió adecuada y suficientemente las características técnicas del referido producto financiero (...), al objeto de que los suscriptores de las mismas pudieran representarse correctamente los riesgos, ventajas o inconvenientes de la suscripción características reales del producto, y la escasa y tendenciosa información que la entidad le ofreció sobre el mismo - limitada al hecho de que tenían el aval o garantía de la entidad- que es precisamente lo que ha motivado su falta de comercialización actual en los mercados secundarios, **no puede sino que concluirse en que se verificó una incorrecta traslación de la información precontractual que comporta, junto al resto de argumentos expuestos y que se expondrán, la estimación de concurrencia de vicio del consentimiento por dolo omisivo en la transmisión de***

información y, por errónea representación de la realidad del contrato que se les propuso a la parte actora”.

.- APLICACIÓN DE LA LEY DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN Y DE LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS.-

El contrato bancario es un contrato de adhesión regulado a través de condiciones generales de la contratación, emanación de la autonomía privada contractual de la entidad de crédito y de la adhesión por parte del cliente bancario a dichas condiciones, sin la posibilidad de que este último pueda negociar de forma individual todo o gran parte las cláusulas contenidas en los contratos tipos. Nos encontramos en este caso con un contrato con cláusulas generales que se aplican a la oferta o promoción del servicio redactados unilateralmente por la entidad de crédito con el fin de regular la relación contractual entre éste y el cliente.

En la celebración del contrato de adquisición de participaciones preferentes, se han incumplido 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.**

Esta Ley establece una serie de requisitos formales de incorporación para que una cláusula general se considere ajustada a derecho. En todo caso **no quedan incorporadas al contrato bancario aquellas condiciones generales que el cliente adherente no hubiere tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o si no han sido firmadas cuando sea necesario**, ni las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo que éstas hubieran sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a las normas específicas de disciplina bancaria sobre transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato, según el artículo 7. a). de la indicada disposición. El artículo 5.1.2. LCGC impone además la obligación específica de facilitar al cliente adherente, previa información, un ejemplar del contrato, **de forma que si no hay entrega de tal ejemplar, hay que entender que el cliente no se ha adherido a esas condiciones generales.**

En cuanto a la normativa vigente en nuestro ordenamiento jurídico respecto a la **protección del consumidor**, el artículo 51 de la Constitución Española proclama el principio de protección del consumidor.

En este mismo sentido, el 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, establece en su artículo 3 el concepto general de consumidor y usuario “ *a efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional*”, tal es el caso de mis

patrocinados, que se encuentran protegidos por dicha regulación. Asimismo, en su artículo 8 se establecen los derechos básicos del consumidor:

- a) la **protección de sus legítimos intereses económicos y sociales**; en particular **frente a las prácticas comerciales desleales y la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos**.
- b) la indemnización de los daños y la reparación de los perjuicios sufridos.
- c) la **información correcta sobre los diferentes bienes o servicios** y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute.

Asimismo, en el artículo 60 de este RDLGDCU se establece la información que debe prestarse previa a la contratación:

PÁRRAFO 1º Y 3º: “Antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo”.

Resulta de suma importancia resaltar lo dispuesto en el artículo 62 de este texto legal, que señala lo siguiente:

“En la contratación con consumidores y usuarios deberá constar de forma inequívoca su voluntad de contratar o, en su caso, de poner fin al contrato”

Ya que, como ha sido señalado anteriormente, las cláusulas de la presente suscripción de participaciones preferentes no han sido negociadas individualmente, resulta de aplicación el artículo 80 del RDLGDCU que establece los requisitos de necesario cumplimiento para la validez de estas cláusulas, estos son:

- a) **la concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa,**
- b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el **conocimiento previo** a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido
- c) **Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes**, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.

Por último, el artículo 82 del mismo texto señala que: **“Tendrán la consideración de cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”.**

Toda la anterior normativa se ha visto **vulnerada en el presente supuesto**, tal y como se desprende de los hechos que anteriormente fueron expuestos y de la documental aportada junto a este escrito de demanda, dando lugar a la **nulidad del presente contrato**, o en su caso, a la **resolución del mismo**, tal y como a continuación se dirá.

B.- La pretensión de **nulidad** se sustenta en los siguientes argumentos:

- Por ausencia o falta de consentimiento, al amparo de lo dispuesto en los artículos 1261, 1265 y concordantes del Código Civil.

Nos encontramos ante un supuesto de **ausencia de consentimiento** y por lo tanto, ante la falta de uno de los requisitos esenciales del contrato (art.- 1.261 CC), el Contrato no existe, es nulo, radical y de pleno derecho.

El **art.- 1261 del C.C.** recoge el Consentimiento como uno de los requisitos necesarios para la existencia del contrato, cuando dice que:

***“No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:
1. Consentimiento de los contratantes; 2. Objeto cierto que sea materia del contrato; 3. Causa de la obligación que se establezca”.***

Y el **art.- 1.262 del C.C.** establece que *“El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato”.*

Cuando no concurren en el negocio jurídico controvertido los requisitos establecidos en el artículo 1.261 CC, estamos en presencia de un supuesto de nulidad absoluta o de pleno derecho, **cuya declaración puede solicitarse sin sujeción a plazo alguno**, pues la nulidad es perpetua e insubsanable, de tal manera que el contrato, viciado de nulidad absoluta, **en ningún caso podrá ser objeto de confirmación ni de prescripción.**

En este caso de nulidad por inexistencia o falta de consentimiento, debemos matizar que no nos encontramos ante un supuesto del art.- 1.300 y ss del CC, pues para que proceda la anulación de un contrato debe el mismo reunir los requisitos que expresa el art.- 1.261 CC, cosa que no ocurre en el presente caso.

Como recoge la **Sentencia (núm. 497/2010) de la Audiencia Provincial (sección 6ª) (nº rec. 3452/2008) de Vigo, de 16 de julio de 2010, (Fund. Derecho Tercero):**

“No nos encontramos propiamente ante una nulidad del contrato, de las previstas en los arts.- 1.300 y sigs. del CC, pues para que proceda la anulación de un contrato debe reunir los requisitos que expresa el art.- 1.261 CC, sino que realmente nos encontramos ante un contrato

inexistente, ante la falta del requisito de prestación de consentimiento por parte de uno de los contratantes”.

En el presente caso recordemos que Don █████ no ha realizado ningún acto constitutivo de su consentimiento, pues el no conocía los términos del contrato suscrito, y de haberlo conocido tampoco lo hubiese firmado dadas sus circunstancias familiares.

No obstante lo anteriormente expuesto, la misma **Sentencia de 9 de octubre de 2012, de la Audiencia Provincial de Madrid**, sigue diciendo:

“Si al contrato le falta alguno de los requisitos del artículo 1261 del Código Civil es inexistente y por tanto lo que no existe no puede ser subsanado, siendo precisa la celebración de un nuevo contrato si las partes persisten en la voluntad de querer el negocio jurídico que proyectaron pero que no perfeccionaron válidamente. Así pues, si la irregularidad afecta al consentimiento, este tiene que haber sido prestado, aunque el contrato sea anulable por quedar afectado por alguno de los vicios incluidos en la sección primera, capítulo II, título II, libro IV, del Código Civil”

(...)

“El conocimiento hipotético tampoco alteraría el estado contractual, pues la nulidad radical de aquéllos por falta de consentimiento no permite su confirmación o convalidación ulterior, siendo precisa la celebración de un nuevo contrato, puesto que conocer no es consentir ni desde luego produce sus efectos”.

(...)

*“El artículo 1309 del Código Civil establece que la acción de nulidad queda extinguida desde el momento en que el contrato haya sido confirmado válidamente, precisando el artículo 1310 que **solo son confirmables los contratos que reúnan los requisitos expresados en el artículo 1261** (consentimiento, objeto y causa), confirmación que, de acreditarse, purifica el contrato de los vicios que adoleciera desde el momento de su celebración ex artículo 1313, todos del mismo Código Civil.”*

En definitiva, la doctrina y la jurisprudencia se muestra unánime en el sentido de que **no existiendo consentimiento no hay contrato, no pudiendo ser considerado válido nunca; siendo únicamente confiables los contratos celebrados con vicio de consentimiento, sin que sean aplicables la doctrina de los actos propios ni la de la confirmación en materia de nulidad radical o de pleno derecho contractual - Sentencias de 13 de febrero de 1985, 11 de diciembre de 1986, 31 de enero de 1991, 4 de noviembre de 1996, 21 de julio de 1997, 23 de enero de 1998, 21 de enero y 26 de julio de 2000.**

- Subsidiariamente, por **vicio en el consentimiento**, al amparo de lo establecido en el artículo 1300 y ss. Del Código Civil.

Para el caso de que se entienda que el Sr. Don [REDACTED] haya puesto de manifestó su consentimiento respecto a la suscripción del contrato financiero a plazo, dicho consentimiento se encontraría viciado por error en el mismo, ya que, tal y como consta acreditado, mi mandante en ningún caso tuvo conocimiento de las obligaciones dimanantes del supuesto contrato en cuestión, de sus riesgos y consecuencias (art. 1164 del Código Civil), al no habersele dado nunca información del mismo a la firma, habiendo incumplido la demandada flagrantemente las normas bancarias de aplicación a este tipo de productos financieros respecto del deber de información y de forma en los contratos financieros de “*un producto un contrato*”, y asimismo la normativa reguladora de los derechos de los consumidores, que anteriormente fueron expuestas.

En este supuesto sí que operaría el art. 1300 del Código Civil, que dice: “*Los contratos en que concurrían los requisitos que expresa el art 1261 del Código Civil, podrán ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalida con arreglo a la ley*”. A estos efectos, el artículo 1265 del Código Civil establece que “*será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo*”.

Como dice la **Sentencia del juzgado de 1ª instancia nº 1 de Castropol**, de fecha 9 de marzo de 2.010, recuerda que es en el sector bancario donde el Código Civil sigue siendo el que ofrece las pautas básicas en relación a los requisitos que deben concurrir en la formación del contrato, a través del clásico contenido del art.- 1.261, que exige para que exista un contrato, la concurrencia de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que ha de constituir el mismo, siendo el eje básico de los contratos el consentimiento de las partes, que no debe ser prestado, para surtir eficacia, de forma errónea, con violencia, intimidación o dolo, y “*esta voluntad de consentimiento, para ser válida y eficaz, exige por su propia naturaleza, que los contratantes **tengan plena conciencia y conocimiento claro y exacto de aquello sobre lo que prestan su aceptación y de las consecuencias que ello supone***”

Para que el error invalide el consentimiento, tal como establece el art. 1266 del Código Civil, es necesario que recaiga sobre la sustancia del objeto del contrato o sobre aquellas condiciones del mismo que principalmente hubieren dado lugar a su celebración.

La Doctrina del Tribunal Supremo determina que para entender el error como invalidante del consentimiento se precisa que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar, que no sea imputable a quien lo padece y que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado; además de ser esencial ha de ser excusable, requisito que el Código no menciona

expresamente y que se deduce del principio de buena fe, consagrado en el art. 7 del mismo Cuerpo legal (STS de 18 de febrero de 1994). Es inexcusable cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular (STS de 4 de enero de 1982). De acuerdo con los postulados del principio de la buena fe, la diligencia ha de apreciarse **valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso, incluso las personales, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante. La excusabilidad implica que puedan trasladarse sobre el otro contratante las consecuencias del error. Uno de los motivos por los que suele apreciarse es cuando la parte no afectada por el mismo estaba obligada legalmente a suministrar determinada información y no lo hace o la hace de modo inadecuado.** Lo anterior determina que se impute el error a quien hubiera tenido la posibilidad de eliminarlo a menor coste.

Todos estos requisitos concurren en el presente supuesto: **el error que se aprecia es esencial, sustancial e inexcusable, puesto que afecta a los términos del contrato y a la obligación principal, el alto riesgo asumido, no siendo consciente la actora de este hecho, tal y como ha sido expuesto.** Por lo tanto cabe concluir que la actuación de la demandada origina un error como vicio del consentimiento en la adquisición de las participaciones preferentes que efectuó mi representada.

A todo lo anteriormente expuesto, dadas las circunstancias expresadas, debemos añadir que **de presumirse realizada la contratación por existencia de consentimiento, éste se encontraría en todo caso viciado,** y dadas las especiales y particulares circunstancias presentes en este caso, podemos incluso llegar a afirmar la existencia de dolo por parte de la entidad, resultando de aplicación lo dispuesto en el artículo 1269 del Código Civil *“hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas no hubiera hecho”*; señalando asimismo el artículo 1.270 del Código Civil, que *“para que el dolo produzca la nulidad de los contratos, deberá ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes”*

A este respecto, la Sentencia anteriormente mencionada correspondiente al Juzgado de Primera Instancia de Mataró señaló que:

*“Asimismo, para entender si concurre en el caos de autos **dolo civil y/o error por omisión de información o actuación insidiosa o engañosa, que puede consistir tanto en una actuación positiva como en una abstención u omisión, y la inducción que tal comportamiento ejerce en la voluntad de la otra parte para forzarla o determinarla a realizar un negocio erróneo que de otra forma no hubiese realizado, debe analizarse la obligación jurídico legal que asiste a la entidad demandada como entidad comercializadora de productos financieros, ya que no olvidemos, la misma es una entidad de crédito que conforme a la LMV tiene establecidos los parámetros de diligencia y comportamiento que debe seguir frente a sus clientes, máximos si los mismos son calificados de ahorradores minoristas y***

el producto que comercializa es de naturaleza compleja, como el de autos”.

En este mismo sentido se pronuncia la Sentencia **2-9-2011, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4, Santiago de Compostela, nº 141/2011, nº autos 126/2011:**

*“...El dolo como vicio del consentimiento es definido en el artículo 1.269 del Código civil tomando en consideración el comportamiento del contratante que se sirve de él. El precepto lo identifica con el empleo de palabras o maquinaciones insidiosas, ello implica un comportamiento positivo, pero es posible también **un dolo negativo o por omisión**. Expresivamente, entre otras, así lo viene a señalar la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de octubre de 1981, determinando que **el concepto de dolo que da el artículo 1.269 del Código civil, no sólo comprende la insidia directa e inductora de la conducta errónea del otro contratante, sino también la reticencia del que calla o no advierte debidamente. En este sentido no debe haber inconveniente en admitir que el denominado dolo omisivo (la reticencia que señala STS 27 noviembre de 1998), como vicio invalidante del contrato, admite diversas manifestaciones, de las cuáles una (que aquí nos interesa, pues a ella se refiere la demanda) es el silencio, el cual merecerá tal calificación cuando además de ser deliberado o intencional, exista un deber de informar, se cumplan los requisitos que imponen los artículos 1.269 y 1.270. 1 del Código civil y, además, la norma no señale una sanción específica distinta para la omisión.**”*

En otro orden de cosas, al resultar aplicable el art. 1261.1 CC, considerándose el **contrato como nulo** por vicio del consentimiento, el "dies ad quo" para el cómputo del plazo de ejercicio de esta acción de anulación comenzaría con la **consumación del contrato**, tal y como dispone el art. 1301 CC y que está previsto para un plazo de 4 años.

Debemos hacer mención en este caso a la **STS de 11 de junio de 2003**, que nos recuerda como el art. 1301 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.

Cabe señalar que, conforme a lo establecido en la **STS de 27 de enero de 1988**, *“la inducción del error por maquinaciones graves que forman un mecanismo engañoso captatorio de la voluntad del contratante cabe calificarlo de dolo, mientras que la equivocación sustancial al contratar, no vencible por la normal diligencia en la información, acarrea ese efecto de nulidad del contrato por error”*.

Para el hipotético caso de que de adverso se tratase de señalar que la acción se encuentra prescrita, diversas Sentencias han examinado la misma para el concreto caso de las participaciones preferentes, a efectos ejemplificativos se

señala la Sentencia dictada por el **Juzgado de 1ª Instancia Nº 3 de Valencia, nº 181, de 8 de octubre de 2012**, lo siguiente:

*“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.***

(...)

*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”.

En los supuestos de nulidad contractual, conforme al artículo 1303 CC, una vez declarada tal nulidad, los contratantes deben restituirse recíprocamente las prestaciones que hubieran sido materia del contrato con sus frutos y el precio con los intereses. Si bien, el artículo 1306 del Código Civil, distingue entre que la causa torpe esté de parte de ambos contratantes **o afecte a uno solo de ellos. En el presente caso la causa torpe esencial cabe sólo predicarla de la demandada, por lo tanto, la consecuencia jurídica de esta nulidad**, es la obligación de la demandada de restituir al actor el capital inicialmente invertido, si bien **“no podrá repetir lo que hubiese dado a virtud del contrato, ni pedir el cumplimiento de lo que se hubiera ofrecido (...)”**.

Sobre el vicio en el consentimiento, el Tribunal Supremo ha declarado por medio de Sala 1ª, de 17 de febrero de 2005 y la STS Sala 1ª, de 12 de noviembre de 2004 , con cita de la STS de 24 de enero de 2003 que:

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 invoca 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 (SS 24 de enero de 2003 , 12 de julio de 2002 y 30 de septiembre de 1999 , entre otras)".

“... Dice la STS Sala 1ª, de 12 de noviembre de 2004 , con cita de la STS de 24 de enero de 2003 que "de acuerdo con la doctrina de esta Sala, para que el error invalide el consentimiento, se ha de tratar de error excusable, es decir, aquel que no se pueda atribuir a negligencia de la parte que lo alega, ya que el error inexcusable no es susceptible de dar lugar a la nulidad solicitada por no afectar el consentimiento, así lo entienden las SS 14 y 18 de febrero de 1994 , 6 de noviembre de 1996 y 30 de septiembre de 1999 , señalándose en la penúltima de las citadas que la doctrina y la jurisprudencia viene reiteradamente exigiendo que el error alegado no sea inexcusable, habiéndose pronunciado por su inadmisión, si este recae sobre las condiciones jurídicas de la cosa y en el contrato intervino un letrado, o se hubiera podido evitar el error con una normal diligencia; con cita de otras varias,

la S 12 de julio de 2002 recoge la doctrina de esta Sala respecto al error en el objeto al que se refiere el párr. 1.º del art. 1265 del CC y establece que será determinante de la invalidación del contrato únicamente si reúne dos fundamentales requisitos: a) ser esencial porque la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen, y precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio atendida la finalidad de éste; y b) que no sea imputable a quien lo padece y no haya podido ser evitado mediante el empleo, por parte de quien lo ha sufrido, de una diligencia media o regular 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 ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por la declaración (SS 18 de febrero y 3 de marzo de 1994)".

C) ALTERNATIVAMENTE a las anteriores peticiones, esta parte ejercita la acción de RESOLUCION CONTRACTUAL por incumplimiento grave de los deberes de información, diligencia y lealtad dispuestos en la normativa bancaria, y asimismo en la legislación de Consumidores y Usuarios, y de Condiciones Generales de la Contratación, que ya fue expuesta, y que damos por reproducida a los efectos de evitar su innecesaria reiteración; y asimismo incumplimiento respecto todo ello conforme a lo dispuesto en el artículo 1124 CC. Por consiguiente, la demandada no cumplió con las exigencias legales establecidas en la normativa nacional y comunitaria aplicable y no informó a mis representados de forma clara, completa y en términos comprensibles sobre las características del contrato, suponiendo esta deficiente información un incumplimiento contractual del artículo 1.101 del Código Civil; todo ello determina, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 1089, 1091, 1100, 1101 y concordantes del Código Civil, la declaración de responsabilidad de la demandada.

En su virtud esta parte ejercita la acción de resolución contractual, con el resarcimiento de daños y perjuicios que ascienden al capital aun adeudado de y abono de intereses, siendo este capital adeudado ascendente a 50.000 euros.

A mayor abundamiento de todo lo anteriormente expuesto, existen ya numerosas resoluciones en el ámbito de la contratación de DEPOSITOS ESTRUCTURADOS y productos afines, en relación con el abuso por parte de las entidades bancarias en la celebración de estos contratos, siendo algunas de ellas extractadas a continuación:

- **Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 25 de abril de 2012**, declara la nulidad del contrato de adquisición de

participaciones preferentes, al considerar que el producto contratado no se adecuaba al perfil del inversor y que existió error en el consentimiento de este, ya que manifestó que quería disponer del dinero invertido en el plazo de 2 años, siendo la realidad que el contrato suscrito tenía carácter indefinido.

- **Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 27 de septiembre de 2012**, considera que la ocultación dolosa de uno de los elementos del contrato, el riesgo asumido, provoca error en el consentimiento y, por tanto, la nulidad del contrato.
- **Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, de 22 de octubre de 2012**, estima el error en el consentimiento, señalando que la **aquiescencia de la actora a la contratación de las participaciones preferentes pudo deberse a la confianza con el director de la oficina**. Añade que el contrato está privado de reciprocidad, al dejar en manos del banco la prestación de la información y la valoración de su suficiencia.
- En esta misma línea, la **Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Santander, de 29 de noviembre de 2012**, declara la nulidad de un contrato de adquisición de participaciones preferentes por error en el consentimiento, por la falta de recepción de la necesaria información para ponderar los riesgos, además de la inadecuación al perfil del inversor.
- **Sentencia de la AP Madrid, sec. 10ª, S 26-6-2012, nº 428/2012, rec. 158/2012**, que declara que el contratante incurrió en error al celebrar los contratos objeto de autos, entendiendo que constituía dos depósitos cuando la operación que realmente estaba realizando era la adquisición de participaciones preferentes. Asimismo establece que, aunque el perjudicado **haya recibido en cuenta las cantidades derivadas del "abono de cupones" no conlleva que haya aceptado la rentabilidad de las participaciones preferentes y dicho acto suponga la ratificación o conformidad con la adquisición de dichas participaciones**; considerando que el error en el consentimiento surgió inicialmente, cuando se celebró el contrato y subsistió durante el desarrollo del mismo, extendiéndose a sus consecuencias y derivaciones.
- **Sentencia de AP Baleares, sec. 3ª, de 16-2-2012, nº 82/2012, rec. 559/2011**, que entiende acreditado que la **información facilitada a los demandantes, acerca de su naturaleza jurídica y características fue harto deficitaria, por no decir, prácticamente nula o cuando menos, y en el aspecto más relevante (capital garantizado) equívoca**. Declara que tal **falta de información sobre la esencia del contrato y sobre los posibles perjuicios que podían surgir, es suficiente para concluir, como ya hiciera el juzgador de instancia, que los actores prestaron su consentimiento por error**, pues los empleados de la

demandada **no les explicaron toda la verdad, sólo las ventajas (rendimientos) de la inversión, pero no valoraron los posibles daños que la operación podría comportar, sino que incluso que le aseguraron que la operación estaba garantizada** y por tanto que no sufriría pérdida alguna el capital invertido.

- **Sentencia de la AP Murcia, sec. 5ª, S 1-4-2011, nº 105/2011, rec. 65/2011**, entiende acreditada la existencia del error en el consentimiento que la parte actora invocaba en su demanda. Considera no cumplida la obligación de información por parte del Banco. Establece que la **exclusión de responsabilidad alegada por el Banco, ha de considerarse abusiva desde el punto de vista de la legislación sobre consumidores y usuarios**, desde el momento en que ni siquiera se establece como presupuesto de la misma un adecuado cumplimiento por parte del Banco de su esencial obligación de informar adecuadamente y de forma completa al cliente sobre los riesgos de la inversión. Es decir, viene a tratarse de una exclusión de responsabilidad "a todo evento", en la medida en que también viene a exonerar al Banco en los supuestos de incumplimiento por su parte de esa obligación de información, lo que resulta, desde luego, **inadmisible y daría lugar, así interpretada, a la nulidad de dicha condición y a tenerla por no puesta**.
- **Sentencia 92/2012, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sec.10, rec. 707/2011**: declara la inobservancia por la entidad demandada de la obligación de informar a la parte actora, previamente y con el suficiente detalle, de las características del producto financiero finalmente contratado, de modo que aquél adquiriera el suficiente conocimiento de todas sus características y consecuencias. **Sus cualidades profesionales no le permitían comprender con exactitud las informaciones que se le facilitaron sobre el producto en el que resolvió invertir y conocer en su plenitud el alcance, extensión y consecuencias las características de dicho producto**.

No sólo encontramos acogida respecto de los derechos de los perjudicados por la comercialización de las productos bancarios complejos absolutamente abusiva y vulneradora de la legalidad en la abundante Jurisprudencia existente sobre el particular, sino que también por parte del **Defensor del Pueblo**, y por la **Comisión Nacional del Mercado de Valores** se ha sancionado la actuación bancaria en cuanto a la colocación de este producto; pronunciamientos que encontramos de absoluta aplicación al presente caso, y que a continuación someramente se extractan:

A) **Informe del Defensor del Pueblo, de fecha 14 de marzo de 2013:**

*La MiFID reserva el nivel máximo de protección a los clientes minoristas de perfil conservador. A pesar de ello **en muchos casos, no se ha***

respetado la vigente legislación respecto de la evaluación adecuada de los conocimientos financieros de aquellos.

La confianza que estos ahorradores tenían depositada en un sistema bancario seguro, en las personas que les vendieron las participaciones preferentes, la premura en la firma de los contratos y su falta de capacidad para entender el funcionamiento de lo que suscribían son el eje central del problema.

El error en el consentimiento a la hora de firmar los contratos ha sido posible porque dada la relación de los adquirentes con la entidad tampoco solicitaron asesoramiento externo.

*De hecho, los ciudadanos que se han dirigido a esta Institución en su gran mayoría **son personas mayores ya jubiladas que completaban su pensión**, o jóvenes que tenían una cantidad que deseaban rentabilizar por un corto plazo de tiempo para luego comprar una vivienda, o financiar los estudios de sus hijos, etc., **todas ellas con escasa o nula formación financiera que buscaban productos seguros y de renta fija.***

(...)

*“Lo cierto es que se vendieron participaciones preferentes a inversores minoristas, que desconocían la naturaleza del producto que adquirirían y no comprendían su funcionamiento, por las mismas entidades emisoras de dichas participaciones, pero que **se presentaron como asesores de sus clientes, no como vendedores de los productos.** Además, las entidades daban una imagen de solvencia y solidez amparada por el Banco de España, que generaba confianza en los clientes, cuando luego no ha resultado ser cierto. **El cliente así ha sufrido un error sobre el tipo de producto y la solvencia del sujeto que debía responder ante él. Cuando el cliente, aun asumiendo pérdidas, ha pretendido recuperar la inversión, ello no ha sido posible, porque necesitaba el consenso de la entidad, y ahora la autorización del Banco de España.**”*

- B) También se pronuncia sobre este asunto la **CNMV en su informe “sobre el case de operaciones”** de 11 de febrero de 2013. En el mencionado informe la CNMV resalta que las entidades “incumplieron” la Ley de Mercado de Valores, llegando incluso a citar específicamente los artículos violados: se trata sobre todo de una parte del artículo 70, que regula los “*conflictos de interés*”, pero también otras partes de la legislación. No fue cosa de un error o de una racha: las prácticas presuntamente ilegales se dieron “**de forma no aislada o puntual**”, certifica la CNMV.

En el propio informe se habla de anteriores documentos de la CNMV que detectaron un “**incumplimiento generalizado**” de las normas ya en **2008 y 2009.**”

Así pues, declara que “**Si la comercialización de estos productos se hubiera quedado en el perímetro de los inversores mayoristas, no**

se hubiera producido esta situación ya que este tipo de clientes tienen la capacidad y los canales para cruzar por sí mismos estos productos y formar un precio de mercado. Pero la necesidad de liquidez de las cajas, que se encontraban con una fuerte sequía de crédito, forzaron a sus responsables a salir a pedir a los minoristas liquidez mediante estos productos incomprensibles para la mayoría de ellos. La promesa de una alta rentabilidad y la confianza en la caja de ahorros de toda la vida convencieron a muchos de ellos".

"Se observa un claro conflicto de intereses entre los clientes que compraban las emisiones y los que las vendieron" porque "los compradores se veían perjudicados comprando al 100% títulos cuyo valor razonable era sensiblemente inferior, mientras que los vendedores se veían beneficiados al realizar la operación inversa".

En virtud de todo lo expuesto, solicitamos se dé acogida a la presente reclamación en base a los motivos expuestos, pues tal y como ha sido acreditado mis mandantes son una víctima más de los muchos perjudicados por la grave actuación bancaria, aprovechándose, en este particular de las graves circunstancias de esta familia, que con tanto esfuerzo y sacrificio ha reunido unos ahorros que le son absolutamente imprescindibles y cuya disposición ahora se le niega de forma absolutamente injustificada y arbitraria.

VIII.- MORA.- Incurren en mora los obligados a hacer o entregar una cosa, desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación, conforme se establece en el artículo 1.100 del Código Civil.

IX.- CUANTIA.- La cuantía del presente juicio, al amparo de lo previsto en el art.- 251 de la LEC, asciende a la suma de 50.000 euros, que se corresponde al capital aun adeudado de y abono de intereses, siendo este capital adeudado ascendente a 50.000 euros, resultante de el importe invertido en [REDACTED] por DON [REDACTED] en este producto.

X.- COSTAS.- Las costas del presente procedimiento deberán ser impuestas a la parte demandada, al amparo de lo establecido en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En definitiva, que en este caso ha existido un claro, manifiesto y evidente dolo civil, por omisión de la información esencial del producto que se suscribe, que ha determinado una errónea formación del consentimiento en el actor y, con ello un doble vicio de su voluntad a la hora de emitirlo, que comporta la anulabilidad del contrato con los efectos que se dirán, vicio doloso que no se produce por una voluntad de los comercializadores del producto de perjudicar al actor, sino por una previa y errónea transmisión de la información contractual a los mismos por parte de su jefatura, quien les entrega un manual de comercialización del producto en el que se evidencian manifiestas omisiones al objeto de que un tercero o el propio vendedor, puedan

formarse correctamente una representación clara del producto que vende o adquiere.

En virtud de lo expuesto,

SUPLICO AL JUZGADO que, teniendo por presentado este escrito, con los documentos y copias que se acompañan, se sirva admitirlo a trámite, me tenga por comparecida en nombre de [REDACTED] como parte demandante en el proceso, entendiéndose conmigo las sucesivas diligencias, y tenga por interpuesta demanda de **JUICIO ORDINARIO** contra **la entidad Banco [REDACTED]** en ejercicio de la acción de NULIDAD DE CONTRATO por AUSENCIA DE CONSENTIMIENTO, y SUBSIDIARIAMENTE, por vicio de ERROR EN EL CONSENTIMIENTO; Y ALTERNATIVAMENTE DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO, CON LA EXIGENCIA DE DAÑOS Y PERJUICIOS, y en su virtud en su día, previos los trámites procesales oportunos, se dicte Sentencia por la que:

A1) **SE DECLARE** la nulidad del contrato FINANCIERO A PLAZO DE FECHA 23 DE MARZO DE 2010 nº [REDACTED] por falta de consentimiento de la parte actora, y SUBSIDIARIAMENTE, declare su nulidad por vicio de error en el consentimiento.

A2) **ALTERNATIVAMENTE SE DECLARE** la resolución del contrato de suscripción por el incumplimiento grave de la demandada de sus deberes de información, diligencia y lealtad y la devolución de las prestaciones inherentes al mismo.

B) **SE CONDENE** a la parte demandada, a estar y pasar por dicha declaración,

C) **SE CONDENE** a la parte demandada al PAGO de la cantidad de 50.000 euros a la parte actora, correspondiente al importe del capital invertido y asimismo al PAGO de los intereses legales devengados hasta la fecha del pago

D) **SE CONDENE** a la parte demandada al pago de todas las costas causadas en este procedimiento.

PRIMER OTROSI DIGO, que de conformidad con el art. 231 de la LEC, interesa al derecho de esta parte, en relación con el art. 247 de la misma ley procesal, que el tribunal cuide de la subsanación de los defectos en que incurran los actos procesales de esta parte.

SUPLICO AL JUZGADO, tenga por hecha la anterior manifestación.

Por ser Justicia que pido en Madrid, a 7 de noviembre de 2015.

Fdo. [REDACTED]

Col. Núm [REDACTED]