



**JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 1
VALLADOLID**

SENTENCIA: 00069/2014

CALLE NICOLAS SALMERON N° 5, 2° PLANTA; N.I.F. S4713002F
Teléfono: Tlfno.: 983-41.34.02
Fax: Fax: 983-41.32.61

N04390

N.I.G.: 47186 42 1 2014 0000117

PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000004 /2014

Procedimiento origen: /

Sobre OTRAS MATERIAS

DEMANDANTE D/ña. [REDACTED]

Procurador/a Sr/a. CONSUELO VERDUGO REGIDOR

Abogado/a Sr/a.

DEMANDADO D/ña. BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES SALAMANCA Y SORIA S.A.U.

Procurador/a Sr/a. MARIA YOLANDA MOLPECERES NIETO

Abogado/a Sr/a.

SENTENCIA

En Valladolid, a dieciséis de mayo de dos mil catorce.

Vistos por D. Fernando Quintana López, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número uno de esta ciudad, los presentes autos de juicio ordinario registrados con el número 4 / 2.014 sobre nulidad de contrato y reclamación de cantidad iniciados mediante demanda interpuesta por D^a. Consuelo Verdugo Regidor en nombre y representación de D^a. [REDACTED] [REDACTED] asistida del letrado D. Álvaro García Graells, contra Banco de Caja España Inversiones, Salamanca y Soria, SAU, representado por D^a. Yolanda Molpeceres Nieto y asistido del letrado D. Hipólito Fernández Ruiz

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Procuradora antes citada se presentó escrito de demanda de juicio ordinario que fue turnada a este Juzgado en la cual sucintamente se exponía que la actora suscribió Participaciones Preferentes y Obligaciones Subordinadas en los años 2004 y 2009, siendo todas las ordenes firmadas por el autorizado simple en la cuenta. Que las tres órdenes de compra de subordinadas se ejecutaron en siete veces y por importes que no se correspondían con la realidad. Que la actora está jubilada por incapacidad desde 1.999, siendo su cuñado D. [REDACTED] quien se encargaba de las gestiones bancarias. Que el dinero provenía de una herencia no deseando por tanto invertir en productos de riesgo, fondos de inversión, renta fija y los productos ahora cuestionados. Que

la Caja no realizó a la actora ni a su autorizado test alguno en relación a las participaciones preferentes y únicamente un test en el año 2009 respecto de las subordinadas al Sr. ██████████, test que adolece defectos importantes. Existe un contrato de depósito y administración de valores desde el año 1998 pero en ningún momento una autorización por escrito a favor del Sr. ██████████. En el año 2008 se firmó el contrato MIFID, pero lo cierto es que realmente la actora era asesorada personalmente por el personal de la Caja, en concreto por D^a. ██████████ pues así aparece en la información por escrito que se remitía. Que las órdenes de compra adolecían también de defectos, la información ofrecida trimestralmente también contenía errores y no informaba sobre el cambio de la calificación del emisor. No se facilitaron los folletos informativos, donde se advertía que el producto no era idóneo para el perfil de la actora. Se aporta informe pericial acreditativo del tipo de producto y del incumplimiento de las obligaciones legales por la demandada. Que la demanda incluso perjudicaba a sus clientes a al hacer cases por encima del valor del mercado y así se advirtió por la CNMV. Que la consecuencia de la nulidad será que la demandada hiciese suyos los títulos adquiridos obligadamente por la actora en mayo de 2013. Terminaba suplicando que, previos los trámites legales, se dicte en su día sentencia por la que se declare la nulidad por vicio en el consentimiento de las ordenes de suscripción de participaciones preferentes Serie I, Código ISIN ES0115474001, por importe de 60.000 euros de 17 de abril de 2009 y Serie C, código ISIN ES0115372007, por 96.000 euros y 30.000 euros, de fechas 5 de noviembre de 2004 y 19 de octubre de 2009, así como de las obligaciones subordinadas de julio de 2008, Código ISIN ES0215474232, de fechas 15 de julio de 2009, 28 de julio de 2009 y 4 de agosto de 2009, por un total de 165.000 euros, declarando la nulidad del canje efectuados obligatoriamente, debiendo reintegrar las sumas indicadas con intereses. Subsidiariamente se declare que la demandada debe reparar los daños causado como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones contractuales, condenándola a abonar la suma de 232.860,61 euros actualizada según la evolución en los mercados de acciones de la entidad en ejecución de sentencia, más intereses legales y todo ello con expresa condena en costas.

SEGUNDO.- Admitida la demanda, se dio traslado a la contraparte, quien contestó oponiéndose a la demanda por falta de litisconsorcio pasivo necesario al no demandarse al cuñado de la actora que intervenía en su nombre supuestamente sin estar autorizado para ello. Se alega igualmente que la acción ha caducado al tratarse una supuesta anulabilidad por vicios en el consentimiento y en cuanto al fondo porque la demandada cumplió con todas sus obligaciones legales, se facilitó la documentación, se elaboró el test de conveniencia a D. Martín Miñambres, la Caja no asumió labores de asesoramiento, la

actora percibió importantes intereses, por un total de 49.503,86 euros, que en todo caso debería reintegrar, y además la actora conocía el producto financiero pues que tenía bonos y participaciones preferentes ya desde el año 1999, cédulas hipotecarias y acciones de bancos. Que la demandada entregó los folletos o tríptico resumen de las emisiones. Se rechaza el pretendido informe pericial por tendencioso y subjetivo.

TERCERO.- Citadas las partes a la audiencia previa, cada una mantuvo sus pretensiones, por lo que se recibió el juicio a prueba.

CUARTO.- Practicadas en el acto del juicio las pruebas propuestas declaradas pertinentes, con el resultado obrante en autos, una vez evacuadas conclusiones quedaron los presentes autos vistos para sentencia.

QUINTO.- En la tramitación del presente Juicio se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Por la demandante se presenta demanda solicitando con carácter principal la declaración judicial de nulidad por vicio en el consentimiento de las ordenes de suscripción de participaciones preferentes Serie I, Código ISIN ES0115474001, por importe de 60.000 euros de 17 de abril de 2009 y Serie C, código ISIN ES0115372007, por 96.000 euros y 30.000 euros, de fechas 5 de noviembre de 2014 y 19 de octubre de 2009, así como de las obligaciones subordinadas de julio de 2008, Código ISIN ES0215474232, de fechas 15 de julio de 2009, 28 de julio de 2009 y 4 de agosto de 2009, por un total de 165.000 euros, con la consecuencia de devolución del capital invertido. A juicio de la actora tal sanción legal es la sanción adecuada al comportamiento de la caja de ahorros de colocar un producto inadecuado y sin facilitar la información necesaria, legal y contractualmente exigible. La entidad financiera rechaza todas y cada una de las pretensiones afirmando en primer lugar, ay resuelta la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, que la acción ha caducado al haber transcurrido más de cuatro años previstos en el art. 1.301 del Código Civil desde la suscripción de los productos y hasta el momento de presentación de la demanda (el día 26 de diciembre de 2013), y en cuanto al fondo del asunto defiende que cumplió en todo momento con sus obligaciones precontractuales y contractuales de información, negando error o dolo.

SEGUNDO.- Respecto de la caducidad de la acción, tal excepción ha de ser desestimada. La SAP Valladolid de 17 de febrero de 2014 resuelve la cuestión en los siguientes términos:

"aún admitiendo que hay disparidad de criterios y que hay algunas Audiencias que estiman que procede estimar la caducidad al haber transcurrido el periodo de cuatro años que señala el Art. 1.301 CC a las que hay que añadir a las citadas por el apelante las de la AP Santa Cruz de Tenerife, Secc. 3ª, 18/5/2012 , y Vizcaya, 30/9/2011 y Asturias, 29/7/2013, otras consideran que la consumación en las obligaciones sinalagmáticas está en el total cumplimiento de las pretensiones de ambas partes y siendo de tracto sucesivo no habría consumación hasta la última de las liquidaciones practicadas (SAP Castellón 20/06/2013) o el completo transcurso del plazo que se concertó (SAP Barcelona, Secc. 16ª, 29/9/2012) , otras expresan que estamos ante un vicio insubsanable para incardinar el defecto en la nulidad radical (SAP Madrid, Secc. 14ª, 3/9/2012) , otras dicen que el dies a quo comienza cuando la parte detecta efectivamente el error sufrido (SAP Santa Cruz de Tenerife, Secc. 3ª, 24/1/2013), así como otras que manifiestan que el dies a quo se produce con la ejecución de la orden de compra (SAP Zaragoza, Secc. 4ª, 10/05/2013). Ante tal disparidad de criterios, hay que acudir a la interpretación del Tribunal Supremo sobre el momento en que se produce la consumación de los contratos, habiendo declarado en Sentencia del 11 de junio de 2.003 que: "Dispone el Art. 1.301 del Código Civil que en los casos de error, o dolo, o falsedad de la causa, el plazo de cuatro años, empezará a correr, desde la consumación del contrato, norma a la que ha de estarse de acuerdo con el Art. 1.969 del citado Código . En orden a cuando se produce la consumación del contrato, dice la sentencia de 11 de julio de 1984 que "es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad del contrato de compraventa, con más precisión por anulabilidad, pretendida por intimidación, dolo o error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones (sentencias, entre otras, de 24 de junio de 1.897 y 20 de febrero de 1.928)" , y la sentencia de 27 de marzo de 1.989 precisa que "el Art. 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. Este momento de la 'consumación' no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar, como acertadamente entendieron ambas sentencias de instancia, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes", criterio que se manifiesta igualmente en la sentencia de 5 de mayo de 1983 cuando dice, "en el supuesto de entender que no obstante la entrega de la cosa por los vendedores el contrato de 8 de junio de 1.955, al aplazarse en parte el pago del precio, no se había consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó". Y

en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia del Tribunal Supremo. La sentencia de 24 de junio de 1.897 afirmó que "el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo". Tal doctrina jurisprudencial ha de entenderse en el sentido, no que la acción nazca a partir del momento de la consumación del contrato, sino que la misma podrá ejercitarse hasta que no transcurra el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato que establece el Art. 1.301 del Código Civil .

Igualmente la Sección 1ª de nuestra Audiencia ha rechazado la caducidad en sentencia de 3/3/2014 . Por lo que desestimamos dicha alegación".

TERCERO.- Entrando pues en el fondo del asunto, las participaciones preferentes se encuentran reguladas a través de la disposición adicional segunda de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros, introducida en ésta por la Ley 19/2003, de 4 de julio, modificada por el art. 1.10 de la Ley 6/2011, de 11 de abril (BOE de 12 de abril), por la que se transpone a nuestro Derecho la Directiva 2009/111/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, en función, especialmente, de determinar las condiciones para admitir como recursos propios de las entidades de crédito a los que denomina instrumentos de capital híbridos, entre los que se incluyen las participaciones preferentes.

La normativa ha sido parcialmente modificada por el Real Decreto-Ley 24/2.012, de 31 de agosto, de reestructuración y resolución de entidades de crédito (intervenidas) (BOE 31/08/2.012).

De conformidad artículo 7.1 Ley 13/1985, a los efectos del presente Título, los recursos propios de las entidades de crédito y de los grupos consolidables de entidades de crédito comprenden: ... Las participaciones preferentes." Lo que se desarrolla en la ya indicada Disposición Adicional 2ª de la misma Ley, al establecer los requisitos para la computabilidad de las participaciones preferentes como recursos propios y régimen fiscal aplicable a las mismas así como a determinados instrumentos de deuda.

Si nos centramos en los requisitos, podemos sintetizarlos en los siguientes:

a) Ser emitidas por una entidad de crédito española o por una sociedad anónima residente en España o en un territorio de la Unión Europea, que no tenga la condición de paraíso fiscal, y cuyos derechos de voto correspondan en su totalidad directa o

indirectamente a una entidad de crédito española y cuya actividad u objeto exclusivos sea la emisión de participaciones preferentes.

b) En los supuestos de emisiones realizadas por una sociedad filial del apartado anterior, los recursos obtenidos deberán estar invertidos en su totalidad, descontando gastos de emisión y gestión, y de forma permanente, en la entidad de crédito dominante de la filial emisora, de manera que queden directamente afectos a los riesgos y situación financiera de dicha entidad de crédito dominante y de la de su grupo o subgrupo consolidable al que pertenece, de acuerdo con lo que se indica en los apartados siguientes.

c) Las condiciones de la emisión fijarán la remuneración que tendrán derecho a percibir los tenedores de las participaciones preferentes, si bien el consejo de administración, u órgano equivalente, de la entidad de crédito emisora o matriz podrá cancelar, discrecionalmente, cuando lo considere necesario, el pago de la remuneración durante un período ilimitado, sin efecto acumulativo. Se deberá cancelar dicho pago si la entidad de crédito emisora o matriz, o su grupo o subgrupo consolidable, no cumplen con los requerimientos de recursos propios establecidos en el apartado 1 del artículo sexto. En todo caso, el pago de esta remuneración estará condicionado a la existencia de beneficios o reservas distribuibles en la entidad de crédito emisora o dominante. El Banco de España podrá exigir la cancelación del pago de la remuneración basándose en la situación financiera y de solvencia de la entidad de crédito emisora o matriz, o en la de su grupo o subgrupo consolidable.

La cancelación del pago de la remuneración acordada por el emisor o exigida por el Banco de España no se considerarán obligaciones a los efectos de determinar el estado de insolvencia del deudor o de sobreseimiento en el pago de sus obligaciones, de acuerdo con lo previsto en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. No obstante, el pago si así lo establecen las condiciones de la emisión y con las limitaciones que se establezcan reglamentariamente, por la entrega de acciones ordinarias, cuotas participativas o aportaciones al capital de las cooperativas de crédito, de la entidad de crédito emisora o matriz.

d) No otorgar a sus titulares derechos políticos, salvo en los supuestos excepcionales que se establezcan en las respectivas condiciones de emisión.

e) No otorgar derechos de suscripción preferente respecto de futuras nuevas emisiones.

f) Tener carácter perpetuo, aunque el emisor podrá acordar la amortización anticipada a partir del quinto año desde su fecha de desembolso, previa autorización del Banco de España, que sólo la concederá si no se ve afectada la situación financiera ni la solvencia de la entidad de crédito, o de su grupo o subgrupo consolidable. A estos efectos, el Banco de España podrá condicionar su autorización a que la entidad sustituya

las participaciones preferentes amortizadas por elementos de capital computables de igual o superior calidad.

g) Cotizar en mercados secundarios organizados.

h) En los supuestos de liquidación o disolución, u otros que den lugar a la aplicación de las prioridades contempladas en el Código de Comercio, de la entidad de crédito emisora o de la dominante, las participaciones preferentes darán derecho a obtener exclusivamente el reembolso de su valor nominal junto con la remuneración devengada y no satisfecha, que no hubiera sido objeto de cancelación de acuerdo con la letra c) anterior, y se situarán, a efectos del orden de prelación de créditos, inmediatamente detrás de todos los acreedores, subordinados o no, de la entidad de crédito emisora o de la dominante del grupo o subgrupo consolidable de entidades de crédito y delante de los accionistas ordinarios y, en su caso, de los cuotapartícipes.

i) En los supuestos en los que la entidad emisora o matriz, o su grupo o subgrupo consolidable, presente pérdidas contables significativas o una caída relevante en las ratios indicadoras del cumplimiento de los requerimientos de recursos propios, las condiciones de emisión de las participaciones preferentes deberán establecer un mecanismo que asegure la participación de sus tenedores en la absorción de las pérdidas corrientes o futuras, y que no menoscabe eventuales procesos de recapitalización, ya sea mediante la conversión de las participaciones en acciones ordinarias, cuotas participativas o aportaciones al capital de las cooperativas de crédito, de la entidad de crédito emisora o matriz, ya mediante la reducción de su valor nominal. Reglamentariamente se precisarán los supuestos desencadenantes de tales mecanismos y las condiciones específicas de los mismos.

j) En el momento de realizar una emisión, el importe nominal en circulación no podrá ser superior al 30 por ciento de los recursos propios básicos del grupo o subgrupo consolidable al que pertenece la entidad dominante de la filial emisora, incluido el importe de la propia emisión, sin perjuicio de las limitaciones adicionales que puedan establecerse a efectos de solvencia. Si dicho porcentaje se sobrepasara una vez realizada la emisión, la entidad de crédito deberá presentar ante el Banco de España para su autorización un plan para retornar al cumplimiento de dicho porcentaje. El Banco de España podrá modificar el indicado porcentaje, si bien no podrá ser nunca mayor del 35 por ciento. No incluimos los apartados k y l, pues los mismos han sido introducidos por la disposición final primera de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito (B.O.E. 15 noviembre).

CUARTO.- Siguiendo el análisis que realiza el Juzgado de Primera Instancia nº 97 de Madrid en su sentencia de 20 de enero de 2014, de la regulación legal aplicable a las

participaciones preferentes, y de conformidad a la doctrina, hemos de derivar las notas características de las mismas:

1. - Rentabilidad

La rentabilidad de la participación preferente está condicionada legalmente a los resultados económicos de la entidad de crédito emisora conforme a lo previsto en la disposición adicional 2ª de la Ley 13/1985, de 25 de mayo al establecer que las condiciones de la emisión fijarán la remuneración que tendrán derecho a percibir los tenedores de las participaciones preferentes, si bien:

a) El consejo de administración, u órgano equivalente, de la entidad de crédito emisora o matriz podrá cancelar, discrecionalmente, cuando lo considere necesario, el pago de la remuneración durante un período ilimitado, sin efecto acumulativo.

b) Se deberá cancelar dicho pago si la entidad de crédito emisora o matriz, o su grupo o subgrupo consolidable, no cumplen con los requerimientos de recursos propios establecidos en el apartado 1 del artículo 6.

En todo caso, el pago de esta remuneración estará condicionado a la existencia de beneficios o reservas distribuibles en la entidad de crédito emisora o dominante. El Banco de España podrá exigir la cancelación del pago de la remuneración basándose en la situación financiera y de solvencia de la entidad de crédito emisora o matriz, o en la de su grupo o subgrupo consolidable. La cancelación del pago de la remuneración acordada por el emisor o exigida por el Banco de España no se considerarán obligaciones a los efectos de determinar el estado de insolvencia del deudor o de sobreseimiento en el pago de sus obligaciones, de acuerdo con lo previsto en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. No obstante, el pago de la remuneración podrá ser sustituido, si así lo establecen las condiciones de la emisión, y con las limitaciones que se establezcan reglamentariamente, por la entrega de acciones ordinarias, cuotas participativas o aportaciones al capital de las cooperativas de crédito, de la entidad de crédito emisora o matriz. En consecuencia, la participación preferente goza de un especial régimen o sistema de rentabilidad, por lo que viene condiciona legalmente a los resultados económicos de la entidad de crédito emisora o de los del grupo en el que ésta se integre y, que tras la reforma de la Disposición Adicional 2ª de la Ley 13/1985, en la Ley 6/2011, puede además depender de la decisión del órgano de administración de ésta.

La participación preferente tampoco confiere derecho de participación en las ganancias repartibles del emisor ni participa de la revalorización del patrimonio de éste, aunque sí participa en sus pérdidas, por lo que puede darse la paradoja de que el inversor en participaciones preferentes, habiendo asumido un riesgo equiparable al de los accionistas de la entidad de crédito emisora, tenga menor derecho de

participación en el beneficio repartido a éstos, ya que lo más habitual es que el rendimiento reportado por la participación preferente consista en la modalidad de "interés" fijo pero devengable bajo las condiciones expuestas. Con base a la reforma producida con la Ley 6/2011, como ya hemos señalado, podría también producirse la situación de que los accionistas de la entidad de crédito emisora tuvieran derecho al pago de dividendo mientras que los titulares de participaciones preferentes no recibieran su rendimiento o interés en función de una decisión del órgano de administración.

2.- Vencimiento

La participación preferente no atribuye derecho a la restitución de su valor nominal. Es un valor potencialmente perpetuo o sin vencimiento ya que la DA 2ª de la Ley 13/1985, de 25 de mayo (número 1) establece, de forma imperativa, que "los recursos obtenidos deberán estar invertidos en su totalidad, ..., y de forma permanente, en la entidad de crédito dominante de la filial emisora, de manera que queden directamente afectos a los riesgos y situación financiera de dicha entidad de crédito dominante y de la de su grupo o subgrupo consolidable al que pertenece" y a su vez "Tener carácter perpetuo, aunque el emisor podrá acordar la amortización anticipada a partir del quinto año desde su fecha de desembolso, previa autorización del Banco de España, que sólo la concederá si no se ve afectada la situación financiera ni la solvencia de la entidad de crédito, o de su grupo o subgrupo consolidable. A estos efectos, el Banco de España podrá condicionar su autorización a que la entidad sustituya las participaciones preferentes amortizadas por elementos de capital computables de igualo superior calidad". En consecuencia, y a diferencia de otras posiciones jurídicas (como las del depositante de dinero o del obligacionista ordinario), la participación preferente no atribuye derecho de crédito contra la entidad de crédito emisora por el que su titular quede facultado para exigir a ésta la restitución del valor nominal invertido en ella bajo determinadas circunstancias de tiempo o vencimiento.

3.- Liquidez

La liquidez de la participación preferente sólo puede producirse mediante su venta en el mercado secundario de valores en el que ésta cotice. Este hecho -que el medio exclusivo de recuperación del nominal de la participación preferente sea su venta en un mercado secundario de valores determina que el dinero invertido en ella deviene prácticamente irrecuperable ante los hechos que, legalmente, determinan la desactivación de su sistema de rentabilidad, es decir, que el pago de la misma acarree que la entidad de crédito dejase de cumplir sus obligaciones en materia de recursos propios o porque no haya obtenido beneficios ni

disponga de reservas repartibles; o tras la Ley 6/2011, porque así lo decida el órgano de administración de la entidad de crédito. Asimismo, la desactivación del sistema de rentabilidad de la participación preferente y el consiguiente impago de la misma es signo de crisis de la entidad de crédito «deudora» cuyo efecto correlativo en los "per se" miedosos mercados de valores, es la desaparición de la liquidez de la inversión y la pérdida de su seguridad o posibilidad real de recuperar el dinero invertido. En otros términos: el único incentivo del mercado secundario de participaciones preferentes consiste en el pago regular de sus intereses o sistema de rentabilidad; por tanto, su desactivación elimina la rentabilidad y la liquidez de la inversión así como su seguridad. La participación preferente deja de ser un valor para convertirse en instrumento de inversión de máximo riesgo carente de liquidez, rentabilidad y seguridad. Por ello, la calificación legal de la participación preferente como instrumento de deuda es incorrecta y también engañosa, aspecto no exento de relevancia ante su colocación entre clientes minoristas ex artículo 78 bis LMV.

4.- Seguridad

El nivel de seguridad en la recuperación de la inversión que ofrece la participación preferente es equiparable al que deparan las acciones. Al igual que sucede con éstas, el único supuesto en el que podría nacer un derecho al pago del valor nominal de la participación preferente sería el de la liquidación de la entidad de crédito emisora (y también de la sociedad dominante de ésta). Pero se establece que el orden de prelación del crédito que en tal caso la participación preferente llegase a atribuir se sitúa legalmente detrás de todos los acreedores, subordinados o no, de la entidad de crédito emisora o de la entidad dominante del grupo o subgrupo consolidable de entidades de crédito en la que ésta se integre. Esto significa que en caso de liquidación de la entidad de crédito emisora (o de su sociedad dominante) la recuperación del dinero invertido en participaciones preferentes exige el previo y completo pago de la totalidad de los créditos de los acreedores de ésta y, acaso, también de los del grupo en el que la misma se integra.

Ello conlleva que la participación preferente es un valor de riesgo equiparable a las acciones o, en su caso, al de las cuotas participativas de cajas de ahorros o de las aportaciones de los socios de las cooperativas de crédito. Por tanto, el riesgo que asume el inversor en participaciones preferentes es el mismo que el de los accionistas, pero con la siguiente particularidad no exenta de interés, relativa a que los accionistas son titulares de derechos de control sobre el riesgo que soportan, derechos de los que carece el inversor en participaciones preferentes, ya que a éste no se le reconoce derecho alguno de participación en los órganos sociales de la entidad de crédito emisora. Conviene también observar que los

accionistas participan de forma directa en la revalorización del patrimonio social del emisor en proporción al valor nominal de sus acciones y en cambio, ante tal eventualidad favorable, el valor nominal de la participación preferente permanece inalterable mientras que, por el contrario, sí cabe su reducción en caso de pérdidas del emisor. En definitiva, 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. Mayor porque, a diferencia de las acciones ordinarias, la participación preferente es un valor de capital cautivo al estar legalmente desprovisto de cualquier derecho de participación en los órganos sociales de la entidad emisora que permitiese a su titular participar en el control del riesgo asumido. También carece ex lege de derecho de suscripción preferente respecto de futuras emisiones tanto de acciones como de nuevas participaciones preferentes, por lo que no genera rendimientos en forma de venta de derechos de suscripción.

De estas notas se debe derivar que se trata de un producto complejo, que requiere conocimientos técnicos más allá de los que pueda tener un inversor minorista, y una detallada información, como se desarrollará más adelante. Lo que ha tenido su reflejo en diversas resoluciones de las Audiencias Provinciales, así SAP Illes Balears, Sección 3.ª, de 16 de febrero de 2012 "cabe tener en cuenta que las participaciones preferentes constituyen un producto complejo de difícil seguimiento de su rentabilidad y que cotiza en el mercado secundario, lo que implica para el cliente mayores dificultades para conocer el resultado de su inversión y para proceder a su venta, y, correlativamente, incrementa la obligación exigible al banco sobre las vicisitudes que puedan rodear la inversión, entre ellos, los rumores sobre la solvencia del emisor. La Comisión Nacional del Mercado de Valores ha indicado sobre este producto que «son valores emitidos por una sociedad que no confieren participación en su capital ni derecho a voto. Tienen carácter perpetuo y su rentabilidad, generalmente de carácter variable, no está garantizada. Se trata de un instrumento complejo y de riesgo elevado que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido.... Las PPR no cotizan en Bolsa. Se negocian en un mercado organizado... No obstante, su liquidez es limitada, por lo que no siempre es fácil deshacer la inversión...", Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3ª, Sentencia de 26 Octubre 2012, recurso 423/2012 "La Comisión Nacional de Valores ha calificado a las participaciones preferentes como unos valores emitidos por una sociedad que no confieren participación en su capital ni derecho a voto. Tienen carácter perpetuo y su rentabilidad, generalmente de carácter variable, no está garantizada. Se trata de un instrumento complejo y de riesgo elevado que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido. Dicho producto no cotiza en Bolsa negociándose en un mercado

organizado, siendo su liquidez limitada, por lo que no es fácil deshacer la inversión. Se trata, por tanto, como se indica en la sentencia recurrida, de un producto complejo, confuso y de difícil comprensión, que exige de la entidad bancaria una completa y detallada información”.

QUINTO.- Por su parte, las obligaciones subordinadas son instrumentos de deuda, tal y como regulan los arts. 401 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (antes arts 282 y ss. del RD Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, texto refundido de la LSA). La mayoría de los economistas las definen como producto financiero con un nivel potencial de riesgo relativamente elevado. Deben emitirse por un mínimo de cinco años, aunque algunas son perpetuas.

Al igual que ocurre con las participaciones preferentes, no resulta nada sencillo determinar la naturaleza de las Obligaciones Subordinadas. Éstas comparten con las participaciones preferentes la definición de "híbrido financiero", entendiéndose por tal, una vía de financiación empresarial a largo plazo, a mitad de camino entre las acciones y los bonos. Comparten con las participaciones preferentes el hecho de que ambas reconocen o crean deuda contra su emisor, son instrumentos de deuda, tal y como regulan los arts. 401 y siguientes del Real Decreto antes citado, y se diferencian, entre otros aspectos, en que en caso de quiebra, la prioridad en la prelación de créditos es distinta, siguiéndose el siguiente orden: tras los acreedores con privilegio y los comunes, tienen prioridad las Obligaciones Subordinadas frente a las participaciones preferentes. Obedecen al exclusivo propósito de fortalecer los recursos propios de las entidades de crédito y muy especialmente de las Cajas de Ahorros, caracterizándose porque en caso de quiebra o liquidación de la entidad de crédito tales obligaciones-préstamos ocupan un rango inferior a los créditos de todos los demás acreedores y no se reembolsarán hasta que se hayan pagado todas las demás deudas vigentes en ese momento. El precio de la postergación lo constituye el devengo de los intereses más altos que la media del mercado de renta fija privada, de modo que a menor seguridad de tales obligaciones debido a su carácter subordinado debe incrementarse la rentabilidad de las mismas.

SEXTO.- Esta complejidad de las participaciones preferentes y las obligaciones subordinadas en relación a otros contratos y productos bancarios determina que la entidad bancaria deba ser extremadamente diligente en la emisión y comercialización de estos productos, especialmente cuando los destinatarios tienen la condición de consumidores. De este modo, el deber de

información sobre las características esenciales del producto y sus riesgos constituye una obligación contractual esencial cuya ausencia pudiera determinar la declaración de nulidad. Resulta exhaustiva la normativa vigente sobre la materia, constituida fundamentalmente por la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, cuyo artículo 79, en su redacción primitiva, ya establecía como regla cardinal del comportamiento de las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente cuidando de los intereses del cliente como propios (letras I.A. y I.C.). El R.D. 629/1.993 concretó, aún más, desarrollando, en su anexo, un código de conducta, presidida por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que aquí interesa, adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (artículo 4 del Anexo 1), como frente al cliente (artículo 5), proporcionándole toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquél de la decisión de inversión "haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva" (artículo 5.3). Dicho Decreto fue derogado, pero la Ley 47/2.007 de 19 de Diciembre por la que se modifica la Ley del mercado de valores continuó con el desarrollo normativo de protección del cliente. Como dice la reciente STS de 20 de enero de 2014 a propósito de la comercialización de un swap, el art. 79 bis de la LMV regula los deberes de información que recaen sobre las entidades financieras que presten estos servicios de inversión. Estos deberes no se reducen a que la información dirigida a sus clientes sea imparcial, clara y no engañosa (apartado 2), sino que además deben proporcionarles, "de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión", que "deberá incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias" (apartado 3). El art. 64 RD 217/2008, de 15 de febrero, regula con mayor detalle este deber de información sobre los instrumentos financieros y especifica que la entidad financiera debe "proporcionar a sus clientes (...) una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional". Y aclara que esta descripción debe "incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas". En su apartado 2, concreta que "en la explicación de los riesgos deberá incluirse, cuando sea justificado en función del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los conocimientos y perfil del cliente, la siguiente información:

a) Los riesgos conexos a ese tipo de instrumento financiero, incluida una explicación del apalancamiento y de sus efectos, y el riesgo de pérdida total de la inversión.

b) La volatilidad del precio de ese tipo de instrumento financiero y cualquier limitación del mercado, o mercados, en que pueda negociarse.

c) La posibilidad de que el inversor, asuma, además del coste de adquisición del instrumento financiero en cuestión, compromisos financieros y otras obligaciones adicionales, incluidas posibles responsabilidades legales, como consecuencia de la realización de transacciones sobre ese instrumento financiero.

d) Cualquier margen obligatorio que se hubiera establecido u otra obligación similar aplicable a ese tipo de instrumento".

Además, las entidades financieras deben valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad. La entidad financiera debe realizar al cliente un test de conveniencia, conforme a lo previsto en el art. 79 bis. 7 LMV (arts. 19.5 Directiva 2004/39/CE), cuando se prestan servicios que no conllevan asesoramiento. Se entiende por tales, los casos en que el prestatario del servicio opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada. Este test valora los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente, con la finalidad de que la entidad pueda hacerse una idea de sus competencias en materia financiera. Esta evaluación debe determinar si el cliente es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión ofertado o demandado, para ser capaz de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa. Como aclara el art. 73 RD 217/2008, de 15 de febrero, se trata de cerciorarse de que el cliente "tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado". Esta información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos enumerados a continuación, en la medida en que resulten apropiados a la naturaleza del cliente, a la naturaleza y alcance del servicio a prestar y al tipo de producto o transacción previsto, incluyendo la complejidad y los riesgos inherentes:

a) Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que está familiarizado el cliente.

b) La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el periodo durante el que se hayan realizado.

c) El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes (art. 74 RD 217/2008, de 15 de febrero).

Contrariamente a lo que entiende el recurrente, estas exigencias propias del test de conveniencia son menores que cuando debe valorarse la idoneidad del producto conforme al art. 79 bis. 6 LMV (art. 19.4 Directiva 2004/39/CE). El test de idoneidad opera en caso de que se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras mediante la realización de una recomendación personalizada. La entidad financiera que preste estos servicios debe realizar un examen completo del cliente, mediante el denominado test de idoneidad, que suma el test de conveniencia (conocimientos y experiencia) a un informe sobre la situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y los objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del cliente, para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan. Para ello, especifica el art. 72 RD 217/2008, de 15 de febrero, las entidades financieras "deberán obtener de sus clientes (...) la información necesaria para que puedan comprender los datos esenciales de sus clientes y para que puedan disponer de una base razonable para pensar, teniendo en cuenta debidamente la naturaleza y el alcance del servicio prestado, que la transacción específica que debe recomendarse (...) cumple las siguientes condiciones:

a) Responde a los objetivos de inversión del cliente. En este sentido, se incluirá, cuando proceda, información sobre el horizonte temporal deseado para la inversión, sus preferencias en relación a la asunción de riesgos, su perfil de riesgos, y las finalidades de la inversión.

b) Es de tal naturaleza que el cliente puede, desde el punto de vista financiero, asumir cualquier riesgo de inversión que sea coherente con sus objetivos de inversión (...).

c) Es de tal naturaleza que el cliente cuenta con la experiencia y los conocimientos necesarios para

comprender los riesgos que implica la transacción (...).

Como afirma la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), "(1)ª cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente" (apartado 53). Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el art. 52 Directiva 2006/73, que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.4 Directiva 2004/39/CE. El art. 4.4 Directiva 2004/39/CE define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como "la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros". Y el art. 52 Directiva 2006/73/CE aclara que "se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...)", que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales. Carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público. De este modo, el Tribunal de Justicia entiende que tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un swap, realizada por la entidad financiera al cliente inversor, "que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público" (apartado 55).

Por último añadir que este deber de información viene desglosado según las distintas fases contractuales. La SAP de Valencia Sección 9 de 30.10.2008, se refiere a que la "especial complejidad del sector financiero dotan al mismo de peculiaridades propias y distintas respecto de otros sectores, que conllevan la necesidad de dotar al consumidor de la adecuada protección tanto en la fase precontractual -mediante mecanismos de garantía de transparencia de mercado y de adecuada información al consumidor (pues sólo un consumidor bien informado puede elegir el producto que mejor conviene a sus necesidades y efectuar una correcta contratación)- como en la fase contractual -mediante la normativa sobre cláusulas abusivas y condiciones generales, a fin de que la relación guarde un adecuado equilibrio de prestaciones- como finalmente, en la fase postcontractual, cuando se arbitran los mecanismos de reclamación. Por otro lado es evidente que la carga de la prueba del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, y sobre todo en el caso

de productos de inversión complejos, corresponde al profesional.

En definitiva, se trata de contratos de adhesión, de productos financieros complejos de difícil seguimiento en su rentabilidad, que el cliente debe recibir información en fase precontractual completa y precisa acerca de las características del producto y de los riesgos que asumía, información que ha de ser lo suficientemente clara y precisa para que aquél conociera el producto o servicio que pudiera llegar a contratar y saber si se encuentra dentro de sus necesidades y de las ventajas que espera obtener al reclamar un servicio o al aceptar un producto que se le ofrece, que la carga de la prueba del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros corresponde a la entidad bancaria, debiendo tener en cuenta que en el caso de productos de inversión complejos, la diligencia en el asesoramiento no es la genérica de un buen padre de familia sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes.

SÉPTIMO.- Por otro lado es bien sabido que el consentimiento válidamente prestado es un requisito esencial de la validez de los contratos y el artículo 1265 del Código Civil declara la nulidad del consentimiento prestado por error, en los términos que establece el artículo 1266 del mismo código que en lo relativo al error sobre el objeto señala que: "Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo".

De esta forma, el error se produce cuando la voluntad del contratante se ha formado anormalmente a partir de una creencia inexacta sobre el objeto esencial del contrato. Tal como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio 2000, "debe de recaer sobre la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración, de modo que se revele paladinamente su esencialidad; que no sea imputable a quién lo padece; un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado, y que sea excusable, en el sentido de que sea inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular" (STS 14 y 18 febrero 1994 y 11 mayo 1998).

Por otro lado y ya concretamente sobre esta materia, la antes citada STS de 20 de enero de 2014 precisa que:

A) Por sí mismo el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con

clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error.

B) Que el hecho de que el apartado 3 del art. 79 bis LMV imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como el swap contratado por las partes, el deber de suministrar al cliente minorista una información comprensible y adecuada de tales instrumentos (o productos) financieros, que necesariamente ha de incluir "orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos", muestra que esta información es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento. Dicho de otro modo, el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero.

C) Que lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente minorista que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera del deber de informar previsto en el art. 79 bis.3 LMV, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información.

D) La existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente.

E) En caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación, en atención a los intereses del cliente minorista que contrata el swap, como si al hacerlo tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo. La omisión del test que debía recoger esta valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo.

OCTAVO.- Aplicando toda la anterior doctrina jurisprudencial al presente supuesto, la valoración de la prueba practicada pone de manifiesto que nos encontramos ante una contratación hecha entre una entidad financiera y unos clientes que han de ser calificado como consumidores, minoristas y sin especiales conocimientos financieros, tanto si lo aplicamos a D^a. [REDACTED] como si lo hacemos respecto de su cuñado D. [REDACTED] que consta y reconoce que actuaba en su nombre en las gestiones bancarias como autorizado simple. Y de ello que son ambos merecedores de la protección impuesta legalmente.

La pretensión anulatoria se refiere a la contratación de participaciones preferentes y obligaciones subordinadas que tuvo lugar en dos momentos temporales, 2004 y 2009. Si bien la norma legal cambió en el tiempo intermedio, lo cierto es que es la entidad financiera quien ha de acreditar en juicio que facilitó a D^a. [REDACTED] o especialmente a D. [REDACTED] que actuaba en su nombre, la información necesaria para que sus decisiones de inversión fueran tomadas con conocimiento de causa y en concreto con conocimiento de que la inversión en estos productos híbridos tenía sus riesgos y que podía acarrear no sólo la pérdida del rendimiento o interés previsto sino la pérdida de capital, y realmente ello no ocota. La demanda se ha limitado a aportar como pruebas los documentos suscritos por la actora o su cuñado, sin ninguna prueba adicional pues no ha citado a declarar a ninguno de los empleados que supuestamente intervinieron en la comercialización (la actora lo ha intentado pero resulta que quien figuraba como gestora personal en la información ofrecida por escrito, doc 3 ter, no era realmente la persona que le atendió, como reconoce D^a. [REDACTED] al declarar como testigo). Así las cosas hemos de acudir a la documentación aportada y en este sentido se aportan como firmados por la actora o su cuñado los siguientes documentos: un test de conveniencia firmado por D. [REDACTED] (doc nº 13 de la demanda y 15 de la contestación) el 15 de julio de 2009 referido a 200 obligaciones Caja España 8 julio, el contrato tipo de depósito o administración de valores de fecha 14 de julio de 1998 firmado por D^a. [REDACTED] (doc nº 14 de la demanda y 17 de la contestación), con una variación de intervinientes de 15 de octubre de 2004 a favor de D. [REDACTED] y una novación modificativa suscrita por D. [REDACTED] el día 19 de octubre de 2009, el contrato básico MIFID de 18 de noviembre de 2008, suscrito también por D. [REDACTED] el día 18 de noviembre de 2008, orden de valores de 5 de noviembre de 2004 firmada por D. [REDACTED] sobre 96 participaciones preferentes Caja España, doc nº 23 de la demanda y 1 de la contestación), orden de valores de 19 de octubre de 2009 sobre 30 participaciones preferentes firmada por D. [REDACTED] (doc nº 23 bis de la demanda y 7 de la contestación), orden de valores de 17 de abril de 2009 sobre 60 participaciones preferentes firmada por D^a. María Teresa (doc. nº 24 de la demanda y 2 de la

contestación), orden de valores de 15 de julio de 2009 sobre 200 obligaciones subordinadas firmada por D. [REDACTED] (doc. nº 25 de la demanda y 3 de la contestación) orden de valores de 17 de julio de 2009 no ejecutada sobre obligaciones subordinadas suscrita por D. [REDACTED] (doc nº 4 de la contestación), orden de valores de 28 de julio de 2009 sobre 197 obligaciones subordinadas firmada por D. [REDACTED] (doc. nº 26 de la demanda y 5 de la contestación), orden de valores de 4 de agosto de 2009 sobre 162 obligaciones subordinadas firmada por D. [REDACTED] (doc. nº 27 de la demanda y 6 de la contestación).

De la documentación expuesta resulta, por un lado, que en ninguno de los casos la actora o su autorizado han firmado los folletos o trípticos resumen de las emisiones de los productos que suscribían o adquirirían en el mercado, ni antes ni después de la reforma legislativa del año 2007, y ello sería una prueba sobre la información suministrada. En segundo lugar que sólo se ha elaborado el test de conveniencia para la adquisición de obligaciones subordinadas el 15 de julio de 2009, cuando ya para entonces se había firmado la compra de participaciones preferentes (concretamente en el mes de abril). Y en tercer lugar que la hora exacta de elaboración informática del test sea posterior a la de la propia orden de compra para la que supuestamente se elaboraba, lo que demuestra que era un simple formalismo. La demandada afirma pese a ello que lo relevante es que el Sr. [REDACTED] conocía el/los productos pues tanto en el año 2004 como ya en el año 1999 los había suscrito, pero aunque efectivamente ello sea así a la vista del historial de la cuenta eso no significaba que fuera conocedor realmente de los riesgos que asumía para su representada pues para entonces el producto estaba dando los intereses prometidos y aparentemente era líquido. Por el mismo motivo sería irrelevante que previamente o durante esos años hubiera invertido en bonos o cédulas hipotecarias, y en cuanto a las acciones de varias entidades bancarias lo relevante es que las obligaciones subordinadas y participaciones preferentes se comercializaban como algo muy diferente a las acciones, y de ello que la demandada debía facilitar la suficiente información para que el cliente fuera consciente de que parte de los riesgos de las acciones también serían aplicables a estos productos para que la compra fuera efectuada con conocimiento de causa, lo que no consta.

De las expuestas carencias documentales e informativas (ausencias de test y su falta de rigor, falta de entrega de folletos, falta de prueba sobre la información adicional ofrecida más allá de las simples ordenes de suscripción o compra) resulta verosímil que la demandante contratara personalmente o a través de su cuñado sin conocer realmente ni la naturaleza ni los riesgos de la inversión, como afirma en la demanda, y por ello y tratándose de un error excusable en las concretas circunstancias en que tuvieron lugar las compras es por lo que procede la anulación interesada en la demanda,

pero con reintegro mutuo de las aportaciones como se alega en la contestación pues así lo establece el art. 1.303 del Código Civil

NOVENO.- La estimación parcial de la demanda impide la expresa condena en costas, art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación,

FALLO

Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por D^a. ~~XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX~~ en nombre y representación de D^a. ~~XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX~~, contra Banco de Caja España Inversiones, Salamanca y Soria, SAU, representado por D^a. Yolanda Molpeceres Nieto, debo declarar y declaro la nulidad de las ordenes de suscripción de participaciones preferentes Serie I, Código ISIN ES0115474001, por importe de 60.000 euros de 17 de abril de 2009 y Serie C, código ISIN ES0115372007, por 96.000 euros y 30.000 euros, de fechas 5 de noviembre de 2004 y 19 de octubre de 2009, así como de las obligaciones subordinadas de julio de 2008, Código ISIN ES0215474232, de fechas 15 de julio de 2009, 28 de julio de 2009 y 4 de agosto de 2009, por un total de 165.000 euros, declarando la nulidad del canje efectuados obligatoriamente, condenando a la demandada a restituir el capital invertido con deducción de las sumas percibidas, más los intereses legales desde las fechas de desembolso de la inversión y percepción de los rendimientos, y sin expresa condena en costas. Así por esta mi sentencia, lo acuerdo, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- La presente resolución ha sido publicada por el Sr. Magistrado-Juez que la dictó estando celebrando audiencia pública ante mí, Secretario, que doy fe.

MODO DE IMPUGNACIÓN: recurso de apelación, que se interpondrá ante el Tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente de la notificación de aquélla.

Dicho recurso carecerá de efectos suspensivos, sin que en ningún caso proceda actuar en sentido contrario a lo resuelto (artículo 456.2 L.E.C.).

Conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.

El depósito deberá constituirlo ingresando la citada cantidad en el BANCO DE SANTANDER, S.A. en la cuenta de este expediente 4618/0000/05/ indicando, en el campo "concepto" la indicación "Recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir, tras la cuenta referida, separados por un espacio la indicación "recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación"

En el caso de que deba realizar otros pagos en la misma cuenta, deberá verificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando, en este caso, en el campo observaciones la fecha de la resolución recurrida con el formato DD/MM/AAAA.

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

EL/LA MAGISTRADO/JUEZ,