

JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 19 MADRID

SENTENCIA: 00057/2014
Procedimiento: ordinario 944/2012
Juzgado Primera Instancia nº 19 MADRID

ESTHER FERNANDEZ MUÑOZ
PROCURADORA DE LOS TRIBUNALES
COL 1876
NOTIFICACION
28 MAR 2014
C/PUEBLANUEVA 31, 3º B- 28051 MADRID
TFNO. 651 181 167 FAX 91.452.99.32
E.FERNANDEZ@KEICORP.NET

SENTENCIA

En Madrid a veinte de marzo de dos mil catorce.

Vistos por doña María Isabel Ferrer-Sama Pérez, Magistrada del Juzgado de Primera Instancia nº 19 de Madrid

DON GONZÁLEZ representados por la procuradora doña Esther Fernández Muñoz, y asistidos por el letrado don Álvaro García Graells, contra BANK S.A, representado por la procuradora doña Silvia Vázquez Senin, letrado Don Guillermo Frühbeck Olmedo sobre nulidad de contrato.

RECEPCIÓN 27 MAR 2014
NOTIFICACIÓN 28 MAR 2014
Colegio de Procuradores de Madrid
Artículo 151.2 L.E.C. 1/2000

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 22 de junio de 2012, la procuradora dona Esther Fernández Muñoz en nombre y representación de DON presentó demanda de juicio ordinario en la cual tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, solicita se dicte sentencia por la que se acuerde:

- a) Declarar la nulidad radical de la Orden de Compra de valores de LEHMAN BROTHERS UK. CAP. FUND, Código ISIN "XS-0282978666", por importe "nominal" de CINCUENTA MIL EUROS (50.000 €) llevada a cabo por don y doña Virginia el asesoramiento y/o intermediación de como consecuencia del vicio/error del consentimiento, provocado por como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones de diligencia, lealtad e información como asesor y comisionista prestador de servicios de inversión y se condene a , tras la declaración de nulidad, a la adquisición de los títulos objetos de comercialización, con la devolución de la cuantía relativa a la inversión ascendente a la suma de CINCUENTA MIL EUROS (50.000 €), más las comisiones cobradas, los intereses legales desde la fecha de la inversión y los procesales desde Sentencia hasta el completo pago.

b) Subsidiariamente a lo anterior, se declare que [redacted] ha sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales de diligencia, lealtad e información como asesor y comisionista prestador de servicios de inversión y depositario de valores, infringiendo la buena fe contractual, así como la normativa del Mercado de Valores de aplicación. y se condene a [redacted] a indemnizar a Don [redacted] y doña Virgilia [redacted] por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de su negligente actuar, equivalente al perjuicio patrimonial sufrido en el valor, ascendente a la suma de CUARENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y OCHO EUROS CON CINCO CÉNTIMOS (49.498,05 €), más las comisiones cobradas, intereses legales desde la fecha de la inversión y los procesales desde Sentencia hasta el completo pago

Se condene en ambos casos a las costas del procedimiento a DEUTSCHE, incluso en caso de allanamiento".

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda, por decreto de 28 de junio de 2012 se emplazó a la parte demandada y dentro de plazo, el día 26 de septiembre de 2012 la procuradora doña Silvia Vázquez Senin en la indicada representación presentó escrito de contestación a la demanda solicitando se absuelva a su representada de los pedimentos formulados en la demanda imponiendo las costas a la parte actora.

**TERCERO.-** Convocadas las partes para la celebración de audiencia previa, la misma tuvo lugar el día 21 de marzo de 2013 con la asistencia de ambas partes y no siendo posible alcanzar una solución amistosa, las partes se ratificaron en sus respectivos escritos de alegaciones fijándose los hechos controvertidos y proponiendo las partes las pruebas que estimaron oportunas. todo lo cual consta debidamente registrado en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen, con el resultado que obra en autos.

**CUARTO.-** El día 10 de octubre de 2013 se celebró el juicio practicándose las pruebas propuestas y admitidas en los términos que consta en la grabación, y que, en aras a la brevedad, se tiene por reproducido y después de formular ambas partes conclusiones quedaron los autos pendientes de sentencia.

**QUINTO.-** En la tramitación del presente procedimiento se han observado todas las prescripciones legales, excepto el plazo para dictar sentencia dada la carga de trabajo que pesa sobre este órgano jurisdiccional.



**SEGUNDO.-** DEUTSCHE BANK S.A. además de la excepción de caducidad, respecto al fondo del asunto, reconoce que los demandantes eran inversores minoristas, pero aduce que el concepto de "perfil inversor" se introdujo en la Ley 47/2007 de 17 diciembre, la cual no estaba en vigor en el momento en el que se compró el producto. Además, refiere que los actores no tenían suscrito un servicio de gestión de cartera, pues éste solo se prestaba a clientes PRIVATE WEALTH MANAGEMENT, con un patrimonio en el Banco de más de 500.000 euros, con contrato firmado y pagándose comisiones; por tanto manifiesta que la relación con los actores se limitó a la ejecución de las órdenes dadas por éstos.

En cuanto a la falta de información del producto a los actores sostiene que la propuesta de inversión, aportada como documento 14 de la demanda, no está completa, pues la práctica habitual en aquella época era incluir un breve extracto de las principales características de los productos así como un "disclaimer", es decir, una declaración de que dicha propuesta de inversión representaba sólo opiniones e información a manejar por el cliente pero no implicaba asesoramiento. Igualmente aduce que los demandantes visitaron la oficina varias veces hasta que el 16 de marzo de 2007 firmaron la contratación; que la demandada no tenía obligación de entregar el folleto de emisión en el momento de la contratación; ni existió incumplimiento por la denominación del producto como "BN", pues así se denominan las participaciones preferentes por entidades extranjeras. Reconoce que en la presentación figura un ISIN XS0229584296 cuando el producto finalmente contratado por los demandantes tenía un ISIN distinto XS0282978666 y sostiene que seguramente se debe a la falta de "papel" de la emisión con ISIN XS0229584296 el día que se fue a cursar la orden, contratándose en su lugar la emisión con ISIN XS0282978666. Además, respecto a este hecho, añade que el producto que finalmente se contrató era más sencillo y menos complejo que el que aparecía en la presentación, y afirma que la contratación de uno u otro no habría variado la situación actual.

Por otra parte, manifiesta que la quiebra de Lehman Brothers no era previsible pues se trataba de una entidad fuerte y solvente que, si bien su situación se fue deteriorando, no se pensó que pudiera desembocar en quiebra.

Respecto a la restitución de las prestaciones en caso de estimarse la acción de nulidad sostiene que deberá descontarse el importe del cupón cobrado, al igual que en el caso de que se estime la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual.

Finalmente, respecto a la petición subsidiaria de indemnización de daños y perjuicios, determina que no existen los presupuestos necesarios para estimarse la indemnización. En este sentido, alega que la demandada no ha incurrido en incumplimiento alguno, no existe daño ni relación de causalidad entre la conducta de Deutsche y la actora, pues la pérdida de valor del producto contratado se debe al mercado.

### TERCERO.-. ACCIÓN EJERCITADA. NULIDAD O ANULABILIDAD

La parte demandada sostiene que el error como vicio del consentimiento alegado por la actora no es determinante de la nulidad absoluta, sino anulabilidad y, en consecuencia, la acción está caducada, pues conforme al artículo 1.301 del Código Civil han transcurrido más de cuatro años desde la fecha de la firma de la orden de compra.

Por su parte, la actora alega que la acción ejercitada es de nulidad absoluta y no de anulabilidad, pues entiende que no ha existido consentimiento al ocultarse información esencial que ha impedido conocer aquello que se contrataba. En definitiva, basa la ausencia de consentimiento en que el error es esencial e inexcusable, apoyándose en lo dispuesto en los artículos 1.265 y 1.266 del Código Civil. Subsidiariamente ejercitó la acción de resolución contractual.

Por tanto, procede señalar, en primer lugar, la diferencia entre la acción de nulidad radical y anulabilidad. La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 2.001 ya indicó que "en sede de ineficacia de los contratos resultan perfectamente diferenciables los conceptos de inexistencia o nulidad radical, de una parte, y de nulidad relativa o anulabilidad, de otra. En el primero se comprenden los supuestos en que o falta alguno de los elementos esenciales del contrato que enumera el artículo 1261 del Código Civil, o el mismo se ha celebrado vulnerando una norma imperativa o prohibitiva. El segundo se reserva para aquellos otros en que en la formación del consentimiento de los otorgantes ha concurrido cualquiera de los llamados vicios de la voluntad (error, violencia, intimidación o dolo).

Sin embargo, el Código Civil carece de un tratamiento preciso de la ineficacia contractual, pues: a) Se echa en falta una regulación sistemática de la nulidad radical o absoluta, a la que por lo general la doctrina asimila la inexistencia.- b) El vocablo "nulidad" que figura en la rúbrica del Capítulo IV, del Título II de su Libro Cuarto y en los artículos 1300, 1301 y 1302 ha de entenderse que se refiere únicamente a la nulidad relativa o anulabilidad, pues el primero de dichos preceptos parte de la base de que los contratos que pueden ser anulados a través del ejercicio de la acción que se regula en los otros dos, son aquellos "en que concurren los requisitos que expresa el artículo 1261".- c) Los artículos 1305 y 1306, por su parte, aluden sin duda alguna a casos de nulidad de pleno derecho o absoluta.- d) Finalmente, otros preceptos, como el 1307 y 1308 son de común aplicación a ambas especies de nulidad (...)

Según ya tuvo ocasión de declarar esta Sala en Sentencia de 22 de Diciembre de 1999, es preciso establecer una sustancial diferencia entre el error- vicio de la voluntad, regulado en el artículo 1266 del Código Civil, el cual provoca la anulabilidad de los contratos, que únicamente puede ser instada por los obligados principal o subsidiariamente en virtud de ellos -salvo que sean quienes han producido dicho error- y el error obstativo, con el que se designa la falta de coincidencia inconsciente entre la voluntad correctamente formada y la declaración de la misma, divergencia que excluye

la voluntad interna y hace que el negocio sea inexistente por falta de uno de sus elementos esenciales".

En similares términos, la sentencia del TS de 6 de septiembre de 2006 (Pte. Xiol Rios, Juan Ignacio), reseña que "El plazo de cuatro años que fija el artículo 1301 CC para el ejercicio de la acción de nulidad es aplicable a las acciones ejercitadas para solicitar la declaración de nulidad de los contratos y, por extensión, de los demás negocios jurídicos que "adolezcan de algunos de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley", siempre que en ellos, según se desprende del artículo 1300 CC, al cual se remite implícitamente el artículo 1301 CC, "concurran los requisitos que expresa el artículo 1261", es decir, consentimiento, objeto y causa, sin los cuales "no hay contrato".

Cuando no concurren los requisitos establecidos en el artículo 1261 CC en el negocio jurídico controvertido estamos, pues, en presencia de un supuesto de nulidad absoluta o de pleno Derecho (STS de 10 de abril de 2001), equivalente a la inexistencia, cuya característica radica en la imposibilidad de producir efecto jurídico alguno, en la retroacción al momento del nacimiento del acto de los efectos de la declaración de nulidad y en la inexistencia de plazo alguno de caducidad o prescripción para el ejercicio de la acción correspondiente.

Declara la STS de 25 de julio de 1991 (en el mismo sentido, STS de 27 de febrero de 1997) que la ambigüedad terminológica del artículo 1301 CC al referirse a la "acción de nulidad", ha sido precisada doctrinal y jurisprudencialmente en el sentido de distinguir lo que son supuestos de nulidad radical o absoluta y lo que constituyen supuestos de nulidad relativa o anulabilidad; dentro de estos últimos hay que incluir los casos normativos previstos en el citado precepto. Las SSTS de 10 de noviembre de 1981, 6 de abril 1984, 13 de mayo de 1983, 22 de noviembre de 1983, 13 de febrero de 1988, 10 de octubre de 1988, 8 de marzo de 1989, 23 de octubre de 1992, 31 de octubre de 1992, 8 de marzo de 1994, 5 de junio de 1994, 9 de mayo de 1995, 20 de octubre de 1999, 14 de marzo de 2000, 5 de junio de 2000, y 23 de octubre de 2002, entre otras muchas, afirman, por su parte, que la falta de ejercicio de una acción de nulidad por faltar uno de los elementos esenciales del contrato fijados en el artículo 1261 CC no supone confirmación tácita, puesto que la prescripción de la acción solamente alcanza a los actos anulables".

Por tanto, como se ha señalado, el plazo de cuatro años que fija el artículo 1.301 del Código Civil es aplicable a la acción de anulabilidad; por el contrario, en caso de nulidad absoluta o de pleno Derecho, su declaración puede solicitarse sin sujeción a plazo alguno, pues la nulidad es perpetua e insubsanable y el contrato viciado de nulidad absoluta en ningún caso podrá ser objeto de confirmación (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de marzo de 2.013).

En este caso, ha de entenderse que la acción ejercitada por los demandantes es la nulidad relativa pues se basa en error como vicio del consentimiento, derivado del incumplimiento por DEUTSCHE BANK de la obligación de lealtad, diligencia e información como asesor y prestador de servicios de inversión.

**CUARTO.- CADUCIDAD.** Una vez fijada cuál es la acción realmente ejercitada por la actora ha de analizarse si ésta se encuentra o no caducada. A este respecto el demandado sostiene la caducidad de la acción al fijar la consumación del contrato - "dies a quo" del plazo de cuatro años que establece el artículo 1.301 del Código Civil - en la firma de la orden de compra el 16 de marzo de 2.007.

No existen, por tanto, especiales dificultades para fijar el plazo aplicable ni para determinar su naturaleza. El núcleo central de la decisión sobre si ha transcurrido o no el plazo de caducidad radica en la fecha inicial del cómputo, cuestión que se complica cuando confluyen servicios de asesoramiento en materia de inversión en los que la entidad bancaria no ha cumplido su obligación de documentar por escrito lo que en definitiva equivale a una venta o gestión asesorada de valores y se generan, además, los vínculos contractuales propios de la adquisición de participaciones preferentes entre el suscriptor y la entidad emisora.

Ahora bien, como se indica en la sentencia de Audiencia Provincial de Madrid, Sección 18ª, Sentencia de 8 Jul. 2013, rec. 128/2013, sobre la denominada gestión de cartera de valores o asesoramientos en servicios de inversión de cartera de valores existe realmente poca jurisprudencia al respecto, siendo especialmente relevante la muy citada Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1998 en donde se dice que: «El contrato de gestión de cartera de valores, al que se refiere el art. 71, j) de la Ley de Mercados de Valores 24/1988, de 28 de julio, al permitir a las sociedades de valores gestionar carteras de valores de terceros, carente de regulación en cuanto a su aspecto jurídico-privado, sin perjuicio de que sean aplicables al gestor las normas reguladores del mandato o de la comisión mercantil, se rige por los pactos, cláusulas y condiciones establecidas por las partes (art. 1255 del Código Civil), reconociéndose por la doctrina y la práctica mercantil dos modalidades del mismo, el contrato de gestión "asesorada" de carteras de inversión, en que el intermediario propone al cliente inversor determinadas operaciones siendo éste quien decide su ejecución; y el contrato de gestión "discrecional" de cartera de inversión, en que el gestor tiene un amplísimo margen de libertad en su actuación, ya que puede efectuar las operaciones que considere convenientes, sin previo aviso o consulta al propietario de la cartera; no obstante en ambos casos y de acuerdo con el artículo 3.2 del Real Decreto 1849/1980, de 5 de septiembre, vigente al tiempo de los hechos litigiosos, en caso de gestión de carteras el gestor originará la orden en función de lo previsto en el contrato de gestión», añadiendo que «El título VII de la Ley de Mercado de Valores contiene una serie de normas de conducta de las sociedades y agencias de valores

presididas por la obligación de dar absoluta prioridad al interés del cliente (art. 79), lo que se traduce, entre otras, en la obligación del gestor de informar al cliente de las condiciones del mercado bursátil, especialmente cuando y no obstante la natural inseguridad en el comportamiento del mercado de valores, se prevean alteraciones en el mismo que puedan afectar considerablemente a la cartera administrada y así en el art. 255 del Código de Comercio, impone al comisionista la obligación de consultar lo no previsto y el art. 260 dispone que el comisionista comunicará frecuentemente...».

En un supuesto similar al de autos, referente igualmente a participaciones preferentes de Lehman Brothers, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 3 de abril de 2.013 indicó que: "tenemos declarado en Sentencia 911/2012 (Sra. Andrés Cuenca), con cita de las Sentencias de esta misma Sección 9 de julio de 2012 (Rollo 248/12 ) y de 11 de julio de 2011 ( que a su vez se remite a las Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de septiembre de 2006 , 11 de junio de 2003 y 27 de marzo de 1989 , entre otras, relativas al cómputo del plazo de caducidad de cuatro años y la determinación del dies "a quo" del mismo) que: "... hay que considerar si efectivamente la relación contractual que vinculaba a los demandantes con la demandada, como esta pretende, fue de tracto único, en cada una de las dos compras en que se sustenta la demanda, en cuyo caso la acción planteada por error en el consentimiento conforme el artículo 1301 del Código Civil estaría caducada, o no es así, siendo esta la posición que comparte la Sala, no porque nos hallemos ante una nulidad absoluta, por falta de alguno de los elementos esenciales del contrato conforme el artículo 1261 CC , sino porque en ningún caso los efectos de las dos órdenes de compra suscritas por los demandantes con mediación de la demandada concluyeron en tal acto, sino que, por el contrario, se prolongan en el tiempo, y así resulta de aquellas que uno de los productos suscrito era de duración "perpetua" y el otro, porque el programa informático no admitía una fecha sin precisión, fija el momento de finalización en 2039.

Claramente los contratos de compra despliegan sus efectos hacia el futuro y los seguían desplegando al presentar la demanda, sin que, en modo alguno, pueda entenderse que la función de la entidad bancaria demandada en que los demandantes y su hija tenían sus cuentas de ahorro, desde mucho tiempo antes, fuera de simple mediación, sin asesoramiento ni explicación alguna, en cuyo caso sería intrascendente el hecho de que aquellos no se produjeran efectivamente, sino que, por el contrario, además de la cuenta de ahorro tenían una cuenta de valores con la entidad, y así se ha certificado por la misma en este procedimiento -folio 248-.

[...]

En definitiva, en cuanto afecta a este primer motivo de recurso, en modo alguno los efectos de la contratación concluyen con la suscripción de la orden de compra, y, además, los productos contratados despliegan sus efectos en el tiempo, por lo que, evidentemente, la acción no puede estar caducada, si bien la ejercitada se ciñe a la anulabilidad por error en el consentimiento, conforme lo expuesto. El motivo, por ello debe ser rechazado."

Según lo expuesto la determinación del momento de consumación del contrato y el agotamiento de la realización de las prestaciones asumidas por las partes deben interpretarse teniendo muy presente el entramado contractual que en cada caso vincula al cliente minorista y a la entidad bancaria debiéndose entender que en este caso, existe una gestión asesorada por cuanto ante un incremento patrimonial derivado de la venta de un inmueble, los demandantes acudieron a la entidad bancaria, siendo atendidos por el servicio o departamento de banca privada realizándoles una propuesta escrita de inversión en diversos valores (doc.14), a lo cual cabe añadir que como consta en el documento nº 28 mensualmente remitía un informe en el que se hace constar como referencia "su contrato de gestión privada db nº..." y aunque la demandada afirma que se refería únicamente a la gestión del fondo de inversión no se aporta este contrato para comprobar el alcance de las obligaciones.

Por ello, y entendiéndose que en este caso, el banco asumió una obligación de asesoramiento, cuyo cumplimiento no se agota con la emisión de la orden de compra, no ha transcurrido el plazo de caducidad de cuatro años previsto en el artículo 1.301 C.C.

#### QUINTO.- CARACTERÍSTICAS PARTICIPACIONES PREFERENTES.

Las características y naturaleza de la participación preferente desde su contenido y función financiera legales deriva de la normativa contenida en la Disposición Adicional segunda de la Ley 13/1985, de 25 de mayo y debe definirse en cuatro aspectos básicos:

a) 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 Dispone la D.A. 2ª de la Ley 13/1985, de 25 de mayo que dispone 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 definitiva, la participación preferente es destinataria de un especial régimen o sistema de rentabilidad cuya activación se 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 D.A. 2ª de la Ley 13/1985, de 25 de mayo introducida por la Ley 6/2011, puede además depender de la decisión del órgano de administración de ésta.

El nacimiento del derecho del inversor en participaciones preferentes al pago de los rendimientos de su inversión (los intereses *impropios* devengados por el nominal de éstas) está legalmente condicionado a la previa acreditación por la entidad de crédito emisora del cumplimiento de los requerimientos de recursos propios legalmente exigidos a la misma y a su grupo o subgrupo consolidable, así como a la existencia de beneficios o de reservas repartibles; tras la reforma de la Ley 13/1985 por virtud de la Ley 6/2011, el nacimiento del derecho al pago del rendimiento de la inversión puede llegar a depender de la decisión *-discrecional* en principio- del consejo de administración u órgano equivalente de la entidad de crédito emisora

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. Tras la Ley 6/2011, 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.

b) 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 dispone de forma imperativa que el dinero captado por la entidad de crédito mediante su emisión deberá estar invertido 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. (...)  
"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"

A diferencia de otras posiciones jurídicas (como las de depositante de dinero o de 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.

c) Liquidez. La liquidez de la participación preferente solo 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.

d) La 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 revela 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; 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.

Las participaciones preferentes son valores emitidos por una sociedad mercantil, a través de las cuales no se confiere participación precisa en el capital ni tampoco derecho a voto. Por otra parte, tiene carácter perpetuo y su rentabilidad, generalmente, no está garantizada pues depende de que la entidad emisora obtenga beneficios. No obstante ser perpetuas, las participaciones preferentes pueden ser amortizadas a partir de los cinco años, previa autorización del Banco de España. Un aspecto que las diferencia entre acciones preferentes y participaciones preferentes es que no cotizan en bolsa, por ello para adquirirlas o deshacerse de ellas, se debe entrar a un mercado organizado (secundario) donde no se garantiza la liquidez inmediata.

Sobre este punto, la sentencia de la A.P. de Madrid, secc. 18 de 27 de enero de 2014, al referirse a las características de este producto manifestó: "Sobre las participaciones preferentes y siguiendo la sentencia de la Sección 10ª de esta Audiencia de fecha 31 de octubre de 2013 que, "en relación con las participaciones preferentes, la Comisión Nacional del Mercado de Valores señala que «son similares a la deuda subordinada por su orden de prelación en el crédito. Sin embargo, para el emisor es un valor representativo de su capital social desde el punto de vista contable (lo que lo aproxima al concepto de renta variable), si bien otorgan a sus titulares unos derechos diferentes a los de las acciones ordinarias: no tienen derechos políticos ni derecho de suscripción preferente»; y subraya como caracteres de las mismas los de que: (a) conceden a sus titulares una remuneración predeterminada (fija o variable), no acumulativa, condicionada a la obtención de suficientes beneficios distribuibles por parte de la sociedad garante (es decir, de

la entidad española) o del grupo financiero al que pertenece; (b) se sitúan en orden de la prelación de créditos por delante de las acciones ordinarias (y de las cuotas participativas en el caso de las cajas de ahorros) y por detrás de todos los acreedores comunes y subordinados; (c) las participaciones preferentes son perpetuas, aunque el emisor podrá acordar la amortización una vez transcurridos al menos cinco años desde su desembolso, previa autorización del garante y del Banco de España. En otro lugar, la Comisión Nacional del Mercado de Valores ofrece la siguiente noción de las participaciones preferentes: «Son valores emitidos por una sociedad que no confieren participación en su capital ni derecho de voto. Tienen carácter perpetuo y su rentabilidad, generalmente de carácter variable, no está garantizada. Pueden generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido. El emisor suele reservarse el derecho a amortizarlas a partir de los cinco años, previa autorización del Banco de España». La entidad comercializadora de las participaciones preferentes objeto del litigio, ofreció en 2010 la siguiente noción de participaciones preferentes: « Son valores que normalmente se emiten a través de una sociedad extranjera, y que son filial de una entidad española que actúa como garante. Presentan diferencias respecto de la Renta Fija y de la Renta Variable. Por su estructura son similares a la Deuda Subordinada y a efectos contables se consideran valores representativos del capital social del emisor, que otorgan a sus titulares unos derechos diferentes a los de las acciones ordinarias, pues carecen de derechos políticos y del derecho de suscripción preferente» (CAJA DE MADRID: "Valores: renta fija", CajaMadrid, Madrid, 2010)"

**SEXTO.- DEBER DE INFORMACIÓN DE LA ENTIDAD BANCARIA.** A la vista de las características de las participaciones preferentes y especialmente la complejidad y riesgos de dicho producto financiero, y la "asimetría informativa en su contratación" en palabras utilizadas en la reciente Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014, referida a un contrato de permuta financiera, resulta insuficiente el artículo 1.255 del CC, puesto que resulta legamente exigible a la entidad comercializadora del producto informativo un especial deber y diligencia de información del profesional, sobre todo si el cliente es consumidor, no entendido en la materia y carente de experiencia en la contratación de este tipo de productos financieros, como en este caso.

La citada sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014 al referirse al deber de información declara lo siguiente "Ordinariamente existe una desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional. La complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros. Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, esta necesidad de protección se acentúa porque las entidades financieras al comercializar

estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto".

La normativa básica está contenida Ley 24/1.988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, estableciendo como principios generales que al prestar la información a los clientes minoristas deben comportarse con diligencia y transparencia, cuidando sus intereses como si fueran propios, debiendo también mantener, en todo momento, informados a los clientes. A lo que debe unirse que tal información ha de ser imparcial clara y no engañosa y debe versar sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión a fin de que la misma le permita comprender la naturaleza y los riesgos del tipo específico del instrumento financiero que se ofrece, que le permita tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa.

El artículo 79 de la Ley de Mercado de Valores, en su redacción primitiva, establecida 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.).

Posteriormente, el Real Decreto 629/1.993, de 3 de mayo, concretó, aún mas, desarrollando, en su anexo, un código de conducta, presidida por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que aquí interesa, adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (art. 4 del Anexo 1), como frente al cliente (art. 5) proporcionándole toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquél de la decisión de inversión "haciendo hincapié en los riesgos que dada operación conlleva" (art. 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 y que introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2004/39 CE, sobre Mercados de Instrumentos Financieros, conocida por sus siglas en inglés como MIFID (Markets in Financial Instruments Directive). La citada norma continuó con el desarrollo normativo de protección del cliente introduciendo la distinción entre clientes profesionales y minoristas, a los fines de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros (art. 78 bis); reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el art. 79 bis regulando exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, incluidos los

potenciales; entre otros extremos, sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece a los fines de que el cliente pueda "tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa" debiendo incluir la información las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias, no sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencias financiera y aquellos objetivos (art. 79, bis núm. 3, 4 y 7).

En el presente caso, aunque la orden de compra se suscribe antes de la modificación de la Ley 24/1988 por la Ley 37/2007, el Tribunal Supremo, en la sentencia de Pleno de 18 de abril de 2013, dictada en relación a participaciones preferentes de la entidad "LEHMAN BROTHERS HONDINGS INC", reconoció la aplicabilidad de la Directiva 2004/39/CE, aún no traspuesta, para determinar el marco obligacional de la entidad que presta los servicios de inversión declarando " Por otra parte, la progresión en la protección del inversor que supone la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril, MiFID (Markets in Financial Instruments Directive), ha de ser tomada también en consideración en la interpretación de las obligaciones de la empresa que prestaba los servicios de inversión aunque cuando las partes concertaron el contrato no hubiera transcurrido el plazo de transposición pues el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha afirmado expresamente que la obligación de interpretación del Derecho interno a la luz de la letra y la finalidad de la Directiva vincula a los jueces con independencia de que haya transcurrido o no el plazo para la transposición ( Sentencia de 8 de octubre de 1987, caso "Kolpinghuis Nijmegen", asunto 80/86). En tal sentido, esta Sala ha utilizado Directivas cuyo plazo de transposición no había finalizado, y que no habían sido efectivamente transpuestas a nuestro Derecho interno, como criterios de interpretación del mismo. Así ocurrió en la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1996, que utilizó la Directiva 93/13 /CEE, sobre cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores, para interpretar la normativa de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios"

Dicha sentencia añade, " Como resumen de lo expuesto, el régimen jurídico resultante de la Ley del Mercado de Valores y de la normativa reglamentaria que la desarrolla, interpretadas a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva 1993/22/CEE de la que son desarrollo, impone a las empresas que actúan en el mercado de valores, y en concreto a las que prestan servicios de gestión discrecional de carteras de inversión, la obligación de recabar información a sus clientes sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión, y la de suministrar con la debida

diligencia a los clientes cuyas carteras de inversión gestionan una información clara y transparente, completa, concreta y de fácil comprensión para los mismos, que evite su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Deben observar criterios de conducta basados en la imparcialidad, la buena fe, la diligencia, el orden, la prudencia y, en definitiva, cuidar de los intereses de los clientes como si fuesen propios, dedicando a cada cliente el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos, respondiendo de este modo a la confianza que el inversor deposita en el profesional en un campo tan complejo como es el de la inversión en valores mobiliarios".

Sin embargo, y como señala también la sentencia del TS de Pleno de 20 de enero de 2014, "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", a lo cual debe añadirse, que corresponde al Banco la carga de la prueba (artículo 217 LEC) de que proporcionó al cliente la información necesaria para prestar un consentimiento informado sobre el producto a contratar (Sentencia de la Audiencia Provincial de León de 30 de julio de 2013, Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 2 de julio de 2.013).

En cuanto al contenido material de la información, éste se encuentra relacionado con la calidad de la información que facilita la entidad bancaria. Es precisamente antes de llevarse a cabo la contratación cuando se debe ilustrar al cliente sobre las características del producto. En el contenido de la explicación precontractual de las participaciones preferentes es esencial que la información aclare todas las circunstancias relativas a la entidad emisora, al riesgo que implican, a su liquidez limitada, a su carácter perpetuo, a las posibilidades de negociación en mercados secundarios, a la información básica sobre ese tipo de mercados, a las condiciones de amortización anticipada por la entidad emisora, a la supeditación del abono de la rentabilidad a la existencia de beneficios distribuibles suficientes, a la situación económica de la entidad, a las facultades de los órganos directivos de la entidad emisora o de los organismos reguladores de suspender el abono de los cupones, a los efectos, acumulativos o no, que ello supone sobre la rentabilidad de periodos posteriores y, por último, al carácter subordinado del producto desde la perspectiva de

la preferencia crediticia y a la carencia de derechos políticos.

Toda esta información es especialmente relevante cuando la entidad bancaria tiene conocimiento de que el dinero destinado a la compra de participaciones preferentes proviene de un producto de ahorro tradicional o cuando la relación de los clientes con la entidad se ha limitado a gestiones sencillas propias del contrato de cuenta corriente, situación ésta en la que es imprescindible informar al cliente sobre las radicales diferencias que existen entre ese tipo de productos (imposiciones a plazo fijo, depósitos u otros productos de ahorro tradicionales) y las participaciones preferentes y sobre el importante cambio que para la seguridad de sus ahorros tendrá la decisión a adoptar.

Respecto a la forma de transmitir esta información, los parámetros de calidad en productos complejos como el que nos ocupa implican recursos como (i) la realización de simulaciones con todos los escenarios posibles; (ii) favorecer el tiempo de reflexión facilitado al cliente, aunque este no lo pida expresamente, sobre la conveniencia de suscribir la orden de compra; (iii) la facilitación de borradores de la documentación contractual para que el cliente pueda consultarlos en su casa o contrastarlos con terceras personas, con conocimientos especializados; iv) la explicación de la información necesaria a todos los titulares que van a suscribir el producto, y no sólo a uno de ellos; (v) la plena adecuación entre el resultado de los test de conveniencia e idoneidad, siempre que sean rigurosos, y el producto ofrecido o contratado; y (vi) cuando, por las circunstancias concurrentes, la relación entre la entidad y el cliente es antigua o está marcada por las notas de la habitualidad y la confianza, la entidad debe adoptar todas las medidas necesarias para que la información verbal, que es la que asume el cliente con mayor facilidad, recopile todos los datos relevantes, esencialmente sobre los factores de riesgos, cuando sea previsible que por esa relación de confianza y/o por el tamaño y contenido técnico de la documentación contractual el cliente no va a leer detenidamente todos los documentos que se le ponen a la firma.

Se trata, con esta cautela, de evitar la firma de declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios, así como las declaraciones de adhesión o conformidad a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad efectiva de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato.

SEPTIMO.- EL ERROR COMO VICIO DEL CONSENTIMIENTO.

El artículo 1.261 del CC establece como uno de los requisitos esenciales para que exista un contrato, junto al consentimiento y la causa, el objeto cierto que sea materia del negocio jurídico, de tal manera que a falta de tales requisitos el contrato debe considerarse inexistente y por ello nulo de pleno derecho. Para la concurrencia de este requisito es necesario que en el contrato queden definidos los derechos y obligaciones que asumen las partes como consecuencia del contrato, esto es, las prestaciones que deben realizar y las que tienen derecho a recibir de la contraparte.

Además del objeto y de la causa, la validez del contrato exige la prestación del consentimiento, que en este caso la demanda considera viciado por un error relevante y excusable. Tradicionalmente se ha distinguido entre el error obstativo o invalidante, de un lado, también denominado error en la declaración negocial (SAP Madrid, Sección 14, de 3 de septiembre de 2012), al que se refiere el art. 1266.1 CC, determinante de la inexistencia del negocio por falta de uno de sus requisitos esenciales, como es el consentimiento, ex art. 1261 CC, pues se produce una ausencia radical de voluntad; y, de otro lado, el error sobre el contenido del contrato, como vicio del consentimiento, que sólo provoca la anulabilidad del contrato. La reiterada doctrina jurisprudencial dictada en torno al error regulado en el artículo 1266 del Código Civil, recopilada, entre otras, en la SAP de León, Sección 1ª, de 1 de marzo de 2012, recuerda que "para que el error, como vicio de la voluntad negocial, sea invalidante del consentimiento es preciso, por una parte, que sea sustancial o esencial, que recaiga sobre las condiciones de la cosa que principalmente hubieran dado motivo a la celebración del contrato, o, en otros términos, que 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 (STS de 12 de julio de 2002, 24 de enero de 2003 y 12 de noviembre de 2004); y, además, y por otra parte, que sea excusable, esto es, no imputable a quien lo sufre y no susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe, con arreglo a la cual 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 esa declaración (STS de 24 de enero de 2003, 17 de febrero de 2005 y 17 de julio de 2006).

En fin, si para determinar si concurre error invalidante del contrato es preciso que se califique como esencial y excusable, es necesario establecer, en cada contexto concreto, qué es lo esencial y qué es lo excusable, porque si el error

supone el desconocimiento o el conocimiento sustancialmente erróneo de presupuestos básicos para la contratación con un grado razonable de discernimiento, primero hemos de determinar cuáles son esos presupuestos básicos y, muy fundamentalmente, a qué régimen jurídico está sujeto el intercambio de información preciso para determinar si el consentimiento se ha emitido sin error (SAP León ya citada).

Es importante tener en cuenta, además, los últimos pronunciamientos dictados hasta la fecha por el Tribunal Supremo sobre el error, en un supuesto en el que dicho error fue tratado como vicio del consentimiento, no como error obstativo. Se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2012, referido a un contrato de permuta financiera, citada en otros pronunciamientos posteriores, que puede resumirse en los siguientes términos:

1.- Aunque en muchos casos un defecto de información puede llevar directamente al error de quien necesitaba de dicha información, no es correcta una equiparación, sin matices, entre uno y otro, al menos en términos absolutos.

2.- La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en la apreciación del error unos criterios razonablemente rigurosos.

3.- El error como vicio de la voluntad concurre cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta, es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización de un contrato es equivocada o errónea. Para que la "representación equivocada" merezca esa consideración, es necesario que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

4.- Si las percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias - pasadas, concurrentes o esperadas - por las que le merece la pena firmar el contrato no pasaron, en la génesis del mismo, de meramente individuales, en el sentido de que no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta, el error sobre ellas resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses.

5.- Las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración en el momento de la perfección del contrato. Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato

resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas circunstancias, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano.

#### OCTAVO.- INFORMACIÓN SUMINISTRADA EN EL CASO CONCRETO.

Respecto a la información suministrada en el presente procedimiento ha de señalarse que a la propuesta de inversión de 13 de marzo de 2.007 (documento nº 14 de la demanda) no se acompaña información sobre el producto y, si bien la demandada alegó que era práctica habitual incluir un breve extracto con las características del producto y un "disclaimer", lo cierto es que no consta aportado al procedimiento ni tampoco ha sido entregado por la demandada copia del documento con la información que se suministraba en el año 2.007 sobre el producto ofertado. En el acto del juicio la testigo Doña Ana María empleada de la sucursal y asesora de los actores, si bien manifestó que no pertenecía a Banca privada - al exhibirse la propuesta de inversión declaró que faltaba una hoja sobre la inversión en Lehman Brothers, que informó a los actores que era perpetua con una "call" (facultad del emisor de cancelar anticipadamente el producto) que desconocía que era un producto subordinado y solo sabía que era una buenísima oportunidad. Igualmente manifestó que en la oficina no tenían folleto explicativo. Por otro lado, la testigo doña Josefa - directora de la sucursal - declaró que se les entregó información, que entendía que les comentó la "call" y que no tenían folleto. Además depuso que estuvo en la reunión con los clientes, en la que se les indicó la rentabilidad del producto afirmándoles que era buenísimo.

Por otro lado, la Orden de compra de 16 de marzo de 2.007 (documento nº 18 de la demanda) carece de información sobre el producto, constando únicamente que la emisora es Lehman Brothers y que se invierten 50.000 euros.

Asimismo, debe destacarse que en la propuesta de inversión se recomienda la inversión de 50.000 euros en un producto emitido por Lehman Brothers TSY VAR y con ISIN XS0229584296 cuando el producto finalmente adquirido fue otro distinto, Lehman Brothers UK Capital Funding IV LP garantizado por Lehman Brothers Holding Inc con ISIN XS0282978666. Según se declaró por la Sra. ello se debió a que el producto en que se propuso invertir el 13 de marzo de 2.007 estaba tan demandado que no hubo posibilidad de adquirirlo el 16 de marzo de 2.007, por lo que se contrató otro producto igual.

A este respecto, el informe pericial realizado por don Prosper Lamothe, Catedrático de Economía Financiera de la UAM recoge la diferencia entre ambos productos, indicando en la página 95:

1) Los emisores son distintos. Aun perteneciendo ambos a la matriz Lehman Brothers Holding Inc., son entidades distintas.

2) Los productos son de naturaleza financiera distinta. El ISIN XS0229584296 se trata de un bono sénior con cupones fijos

no sujetos a condición alguna y de renta fija con vencimiento cierto en el 2035 que en nada tiene que ver con el ISIN XS0282978666 que son participaciones preferentes, un producto a perpetuidad con cupones contingentes no acumulativos y de carácter ultra-subordinado.

3) En el bono sénior ISIN XS0229584296 el tipo de interés es estándar, sin embargo, en las participaciones preferentes ISIN XS0282978666 son intereses no acumulativos condicionados a que el emisor obtenga beneficios distribuibles.

4) Los riesgos asociados a estos productos (crédito, mercado y liquidez) son distintos. El cliente asume mucho más riesgo de mercado, crédito y liquidez en la contratación de participaciones preferentes que en la contratación de bonos sénior o deuda estándar. Asimismo, la complejidad es muy superior pues no olvidemos que las participaciones preferentes son productos complejos que incorporan opciones implícitas a perpetuidad de exclusivo ejercicio del emisor y muy difíciles de valorar para los inversores minoristas.

5) El riesgo de crédito por la naturaleza jurídica de los títulos también es distinto. En el caso de las participaciones preferentes el riesgo de crédito es muy superior a las de un bono sénior.

6) Por último, el grado de subordinación de los títulos es muy distinto. En el caso de las preferentes estamos hablando de ultra-subordinación en caso de evento de crédito situándole a un escalón de los accionistas. Los bonos sénior se encuentran por encima de las preferentes y de los subordinados. La tasa de recuperación esperada es mucho menor en esto segundos frente a los primeros".

Por tanto, en este caso, y lo que resulta especialmente relevante es que existiendo un asesoramiento personalizado y reflejado en la propuesta individualizada de inversión ofrecida por el departamento de banca privada incluyendo productos complejos no se entrega ninguna información o folleto sobre las características de las participaciones preferentes, pues incluso, en la propuesta personalizada se aludía a otro producto distinto, bonos de Lehman Brothers, es decir, no consta se informara de ningún tipo de riesgo de perder la inversión aunque tuviera un rating muy alto y no se facilita tampoco ninguna información posterior sobre la evolución de la inversión a efectos de valorar la posible venta del producto antes de la quiebra ocurrida en septiembre de 2008, todo lo cual conduce a declarar que existió error en el consentimiento de los demandantes, quienes no consta tuvieran tampoco ninguna experiencia previa en la contratación de este tipo de productos complejos y de riesgo pese a ser calificados por la propia entidad como de perfil conservador.

En consecuencia, procede declarar la nulidad de la orden de compra conforme al art. 1301 del C.C., al haberse producido error en el consentimiento y derivado de la falta de información facilitada a los clientes para la adquisición de las participaciones preferentes objeto del presente procedimiento.

NOVENO.- CONSECUENCIAS.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 1.303 del Código Civil declarada la nulidad de la orden de compra deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, por lo que BANK deberá devolver a los demandantes el capital de la suscripción efectuada más sus intereses conforme a la previsión del art. 1.303 del CC que, a falta de determinación legal, será el interés legal del dinero desde la fecha en que se firmó la orden de suscripción y, por su parte, éstos deberán devolver los rendimientos que ha percibido durante la vigencia del contrato, con sus intereses, sin perjuicio de su posible compensación o de otros pactos o acuerdos que las partes puedan alcanzar al margen del proceso.

Debe puntualizarse que el reintegro de los rendimientos exige la devolución de lo que, por razón de intereses, ha cobrado la parte demandante, esto es, los intereses brutos, ya fuera porque el banco anticipó (retuvo) una determinada suma en concepto de impuestos que corrían por cuenta de la beneficiaria de los mismos, ya porque hiciera pago líquido de lo restante (SAP Córdoba, sección 1ª, de 30 de enero de 2013), sin perjuicio de las gestiones que pueda realizar ante la Administración tributaria para adecuar los ingresos reales de cada periodo impositivo tras el dictado de esta resolución.

DÉCIMO.- COSTAS.

Estimada la demanda íntegramente, se condena a la parte demandada al pago de las costas siguiendo el criterio objetivo del vencimiento del art. 394 L.E.C.

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

FALLO

SE ESTIMA íntegramente la demanda presentada por DON ARGIMIRO I representados por la procuradora doña Esther Fernández Muñoz contra BANK S.A, representado por la procuradora doña Silvia Vázquez Senin, y en consecuencia:

1.- Se declara la nulidad de la Orden de Compra de valores de LEHMAN BROTHERS UK. CAP. FUND, Código ISIN "XS-0282978666", por importe "nominal" de CINCUENTA MIL EUROS (50.000 €),

2.- ; BANK deberá restituir a la parte demandante la cantidad abonada para la adquisición de las referidas

participaciones preferentes más el interés legal de esta suma desde la fecha efectiva de la adquisición hasta la fecha de esta resolución, a partir de la cual el interés aplicable será el legal incrementado en dos puntos.

3.- Los demandantes deberán restituir a . BANK el importe de los rendimientos percibidos más el interés legal devengado desde las fechas de percepción.

4.- El resultante de ambas operaciones podrá compensarse, una vez se determinen los intereses aplicables, en la forma en que acuerden las partes o se decida, en su caso, en la ejecución de esta sentencia.

5.- Se condena a la parte demandada al pago de las costas procesales.

Notifíquese la sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer recurso de apelación ante este Juzgado dentro de los veinte días contados desde el siguiente a la notificación conforme a los artículos 458 y siguientes L.E.C..

No se admitirá a trámite el recurso de apelación si al interponerlo no acredita la parte haber constituido depósito de cincuenta euros (50 €) en la cuenta 2447-0000-02-0944-12 conforme a la Disposición Adicional decimoquinta de la L.O.P.J. añadido mediante la L.O. 1/2009 de 3 de noviembre.

E) Así por esta mi sentencia, la pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN. La anterior sentencia ha sido leída y publicada por la Sra. Magistrada Juez que la suscribe en el mismo día de su fecha estando celebrando audiencia pública doy fe

