



JDO. 1A.INST.E INSTRUCCION N. 1 PARLA

AVENIDA JUAN CARLOS I, N° 17

916218024

V2984

N.I.G.: 28106 31 1 2014 4001348

Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Sobre

De D/ña.

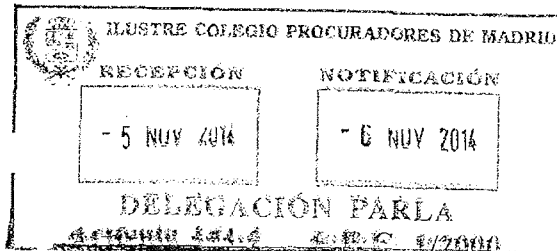
Procurador/a Sr/a.

Abogado/a Sr/a.

Contra D/ña. BANCO CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES SALAMANCA Y SORIA SAU

Procurador/a Sr/a. FRANCISCO ABAJO ABRIL

Abogado/a Sr/a. SIN PROFESIONAL ASIGNADO



S E N T E N C I A n°

En PARLA, a cuatro de noviembre de dos mil catorce . .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Procurador de los Tribunales D. , en nombre y representación

y Dña. , se presentó demanda de juicio ordinario sobre nulidad o resolución contractual frente a la entidad BANCO DE CAJA DE ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA S.A. (en adelante CAJA ESPAÑA), solicitando se dictase sentencia favorable a su pretensión, declarando la nulidad del contrato de suscripción de participaciones preferentes o alternativamente la resolución por incumplimiento y, en todo caso, se condene a la misma a reintegrar a los actores la cantidad de 40.000 euros, importe del capital aportado, sin perjuicio de la restitución de las acciones a la entidad demandada consecuencia de la devolución de las contraprestaciones, más los intereses legales desde la fecha de suscripción del contrato, deduciendo los intereses o rendimientos cobrados por éstos, y de la cantidad que resulte, incrementado con los intereses devengados desde la fecha de la interposición de la demanda hasta la fecha del pago, con expresa condena al pago de todas las costas causadas en este procedimiento.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, y previo traslado a la demandada, ésta no contestó oponiéndose en tiempo y forma, procediendo su declaración en rebeldía, citando a las partes para la celebración de la audiencia previa, que ha tenido lugar el día 8 de julio de 2014.

La parte actora se ratificó en sus pedimentos propuso como medios de prueba que se diera por reproducida la documental aportada.

Por su parte, la demandada compareció al acto de la audiencia previa, proponiendo como prueba la del interrogatorio de parte, que la documental aportada con la demanda se diera por reproducida y más documental (que le fue inadmitida por los motivos expuestos en dicho acto).



TERCERO.- Señalándose para la celebración de la vista el día 28 de octubre de 2014, y practicada la prueba admitida con el resultado que consta en soporte audiovisual, tras el trámite de conclusiones, el pleito quedó visto para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Insta la parte actora acción para la declaración de nulidad por error y/o dolo en el consentimiento, del contrato de suscripción de las denominadas participaciones preferentes de la entidad demandada suscrito por los actores en fecha de abril de por importe de 40.000 euros (documento nº1 de la demanda). La base de dicha reclamación estriba en que por parte de los actores se habría suscrito el referido contrato bajo la creencia de que lo que estaban contratando era un producto de renta fija, con una remuneración del 8'25% hasta el 20 de mayo de 2013 y remuneración variable referenciado al Euribor a tres meses más un diferencial a partir de dicha fecha. De esta forma, relatan en la demanda que en fecha 17 de abril de 2009, el empleado/director de la sucursal sita en les ofreció un producto remunerado al 8'25% nominal anual fijo que resultó ser la suscripción de las llamadas participaciones preferentes, quien les informó de las condiciones del producto antedichas, motivo por el que, convencidos por dicho empleado, procedieron, dada la relación de confianza depositada en los empleados de dicha entidad, a firmar la correspondiente orden de suscripción en ese acto de 40 participaciones preferentes, ascendiendo el montante de la inversión total a 40.000 euros, pensando que estaban contratando un depósito a plazo fijo. Igualmente relatan que, dada su formación que únicamente alcanzan a estudios básicos y ninguna experiencia laboral en el ámbito de la inversión, tal y como se desprende de los informes correspondientes a su vida laboral (documentos nº5 y 6 de la demanda), sostienen haber sufrido error y/o dolo invalidante del consentimiento contractual prestado, dado que no fueron informados de los riesgos del producto contratado, teniendo la consideración de clientes minoristas especialmente protegidos por la legislación aplicable a los mismos, y habiendo prestado el consentimiento por error en el objeto, de carácter esencial e inexcusable, sustancial y derivado de actos desconocidos para el que se obliga, basándose en una relación de confianza previa que tenían depositada en los empleados que les vendieron el producto, motivos todos ellos por los que instan la presente acción de nulidad con los efectos propios del art. 1303 del Código Civil.

Por su parte, la demandada, al tiempo de valorar la prueba en conclusiones, considera que del examen conjunto de la misma no cabe desprender que los actores sufrieran ningún error invalidante del consentimiento, sino que, antes bien, se les habría facilitado una información correcta y completa de las características del producto financiero contratado, que se les habría hecho el denominado "test de conveniencia", y que, superado el test indicado, recibieron cumplida información por escrito, cuya recepción firmaron, y de la que se desprendería en forma detallada los riesgos de la operación, sin que en ningún caso existiese entre las partes ningún contrato de gestión de cartera, sino de depósito o administración de valores asociado a la cuenta de valores, limitándose a dar

cumplimiento a las órdenes suscritas por los clientes con pleno conocimiento del producto que contrataban. A su vez, sostiene que prueba de la voluntad negocial de los actores lo constituye la admisión por su parte de la contratación de otros productos de riesgo (tales como fondos de inversión o acciones), así como la alta rentabilidad del producto, siendo éste sus propósito y habiendo obtenido, por ello, un 8,25% de interés anual, pagadero trimestralmente, lo que debe entenderse como anuencia al producto contratado, no siendo dable alegar, al producirse uno de los riesgos advertidos explícitamente en la documentación contractual, y devaluarse la inversión por ausencia de percepción de intereses por la crisis económica de la que la entidad demandada no es responsable, instar la presente acción que, en todo caso, estima de anulabilidad, que no de nulidad radical, motivo por el que la acción ejercitada podría encontrarse caducada.

SEGUNDO.- Sobre las participaciones preferentes, y siguiendo la sentencia de la Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 31 de octubre de 2013, puede afirmarse que "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 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. 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" y "la entidad comercializadora de las participaciones preferentes objeto del litigo 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)" (SAP de Madrid de 27 de enero

de 2014). Se trata, por tanto, de valores negociables (art. 2.1.h) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores) sometidos a las prescripciones de la referida Ley 24/1988, artículo 2.2, que regula los contratos de opciones, futuros, permutas, acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de instrumentos financieros derivados, índices financieros y medidas financieras que puedan liquidarse en especie o en efectivo, tras su reforma por el apartado 50 del art. Único de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/39/CE y la Directiva 2006/49/CE y entre las que han de destacar, por ser de aplicación al caso enjuiciado, los artículos 78 y 79 en los que se regulan aspectos tan relevantes como las normas de conducta de la entidad financiera; la clasificación de los clientes en minoristas o profesionales; el deber de diligencia y transparencia y la información clara e imparcial y no engañosa; el deber que pesa sobre la entidad financiera de velar por los intereses de sus clientes como si fueran suyos propios y mantener constantemente informados a los clientes y a formalizar los test de conveniencia e idoneidad. Pues, en todo caso, y por lo que a las alegaciones efectuadas por la demandada a propósito de sostener la operatividad misma de tales deberes y normas de conducta se refiere, simplemente indicar que la misma "Guía sobre Catalogación de los Instrumentos Financieros como Complejos o no Complejos" de la CNMV reconoce la complejidad misma de las denominadas participaciones preferentes, que define como "valores negociables" que representan un producto financiero complejo, que si bien ofrecen al inversor una elevada rentabilidad incorporan también un mayor riesgo y una menor liquidez.

Con fundamento en los anteriores principios, la parte actora ejercita acción de nulidad del contrato suscrito con la demandada por los actores el 17 de abril de 2009, afirmando que, al no haber atendido la entidad financiera cuantos deberes de información y normas de conducta le venían impuestos, habrían emitido un consentimiento viciado por error obviando la condición de clientes minoristas de éstos y su perfil conservador, luego es el error el elemento determinante de la declaración de nulidad interesada por parte de los demandantes de los arts. 1265 y 1266 del Código Civil. En lo que se refiere al error, esgrimido por la parte como vicio del consentimiento, y siguiendo el contenido de la SAP de Madrid, Sección 19ª, de 21 de octubre de 2011 (reiterada también en las SSAP de Madrid de 5 de octubre y 10 de diciembre de 2012 y 31 de enero y 8 de marzo de 2013), para que pueda invalidar el error el contrato es preciso que se derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar (sentencias de 6 de febrero, 8 de abril 1978, 6 febrero 1999, 12 julio 2002, 24 enero 2003, 17 febrero 2005 o de 17 de julio de 2006, entre otras muchas, siempre de la Sala Primera del Tribunal Supremo); también es preciso (debiendo tener a la vista, obviamente, el contenido de los arts. 1267 y 1261.1 del Código Civil) que el error no sea imputable a quien lo padece (SSTS de 22 de mayo de 2006 y 12 de diciembre de 2005) y que, además, sea excusable, entendiéndose que no lo es cuando pudo ser evitado por el que lo padeció, empleando una diligencia media o regular, no mereciendo la protección legal quien expresó su consentimiento de forma negligente pudiendo haber

rechazado el contrato. "Son, por tanto, la esencialidad y la excusabilidad los dos requisitos generadores del error como vicio del consentimiento que permitiría la anulación del contrato; extremos relativos a la excusabilidad, que tienen que conectarse, necesariamente, con la cualificación y características formativas de quien contrata con la entidad bancaria...para poder comprender el alcance de lo que las participaciones preferentes son, lo que significan y los riesgos que comportan" (SAP de Madrid de 23 de diciembre de 2013).

Frente a dicha acción, la demandada alega la improcedencia de la reclamación efectuada de contrario por extinción del derecho de los actores por el transcurso del plazo de cuatro años legalmente establecido unido a su inactividad y ello porque considera que, debiéndose entender ejercitada una acción de anulabilidad y no de nulidad radical, el art.1301 de nuestro Código Civil establece que dicha acción caducará a los cuatro años desde la consumación del contrato. Cuestión esta que, si bien no fue introducida en el debate en el momento procesal oportuno, estima este Juzgador que debería entrar a resolverse por ser ésta una cuestión de orden público y, por ende, apreciable de oficio por los Tribunales. En efecto, debe significarse que, como tiene declarado el Tribunal Supremo, la calificación de un plazo como de caducidad, que no de prescripción, determina dos importantes efectos jurídicos, como son, de un lado, que no pueden hacerse valer pretendidas interrupciones del plazo legalmente conferido para el ejercicio de la acción, ya que respecto del artículo 1973 del Código Civil es igualmente pacífica la Jurisprudencia cuando afirma que, como uno de los efectos propios de esta figura, "la interrupción no es aplicable a los plazos de caducidad" (SSTS de 14 de febrero de 1986 o de 26 de octubre de 1963, entre otras). De otro, que la misma excepción procesal advertida es apreciable de oficio como cuestión de orden público ya que debe estimarse íntimamente ligada a la constatación de la misma legitimación activa "ad causam", es decir, aquella legitimidad en sentido estricto, que consiste en la adecuación normativa entre la posición jurídica que se atribuye el sujeto y el objeto que demanda ("titular de la relación jurídica u objeto litigioso", dice el actual art. 10.1 LEC), en términos que, al menos de forma abstracta, justifican previamente el conocimiento de la petición de fondo que se formula, pues, justificados los presupuestos procesales, el juez competente, debe entrar a examinar dicho fondo y resolver sobre el mismo por imperativo legal.

Pues bien, considera la demandada que la acción de anulabilidad estaría caducada, al advertir que los actores suscribieron el contrato litigioso en fecha 17 de abril de 2009, presentándose la demanda en fecha 28 de febrero de 2014, por lo que debería desestimarse la demanda sin entrar al fondo del asunto. No obstante esto, no puede concluirse que la acción de anulabilidad se encuentre caducada, toda vez que el plazo de caducidad de la acción de anulabilidad del artículo 1301 del Código Civil comienza a computarse, no desde la perfección del contrato, sino desde la consumación del mismo, lo que obliga a atender a la esencial naturaleza del contrato litigioso. Sobre qué debe entenderse por "consumación del

contrato" se ha pronunciado reiteradamente la Jurisprudencia distinguiendo entre la "perfección" del contrato y su "consumación", que se identifica con el cumplimiento íntegro de las obligaciones derivadas de la relación negocial y, tratándose de contratos de tracto sucesivo, con la completa satisfacción de las recíprocas prestaciones.

En esta línea, la STS 11 de junio de 2003 resume la doctrina sentada sobre la cuestión: " 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 1897 y 20 de febrero de 1928), y la sentencia de 27 de marzo de 1989 precisa que "el art. 1301 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 1955, al aplazarse en parte el pago del precio, no se había consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó....". Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de 1897 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", y la sentencia de 20 de febrero de 1928 dijo que "la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó" . La misma sentencia de 11 de junio de 2003 aclara que 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. 1301 del Código Civil , ya que si la acción solo pudiera ejercitarse "desde" la consumación del contrato nos encontraríamos con el absurdo de que " hasta ese momento no pudiera ejercitarse por error, dolo o falsedad en la causa, en los contratos de tracto sucesivo, con prestaciones periódicas, durante la vigencia del contrato " .

A este respecto cabría destacar igualmente la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2008 que, en relación a un contrato de préstamo, afirma que no puede entenderse cumplido ni consumado el contrato hasta la realización de todas las obligaciones. Y en idéntico sentido, pueden citarse las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16ª, de 26 de septiembre de 2012 , que dice que "En

efecto, como se desprende del tenor del propio artículo 1301 del Código Civil, en los supuestos de error (que es lo que aquí se alega como motivo de nulidad), el cómputo no se inicia en el momento de perfección sino en el de consultación del contrato. Consumación que en los sinalagmáticos coincide con el total cumplimiento de las prestaciones de ambas partes (STS de 11 de junio de 2003, que cita las de 5 de mayo de 1.983, 11 de julio de 1984 y 21 de marzo de 1989). Por tanto, siendo la que nos ocupa una relación de tracto sucesivo y prestaciones periódicas y no de cumplimiento instantáneo (tenía prevista una duración de cinco años), la consumación no se habría producido hasta el completo transcurso del plazo por el que se concertó (20 de febrero de 2012)". Y añade "en el mejor de los casos para el banco (una interpretación diversa de la norma supondría, siempre siguiendo la tesis de la ahora apelada, favorecer de forma intolerable a la parte incumplidora), el plazo de caducidad no podría empezar a computarse hasta que Perla Import SL pudo tener pleno conocimiento de que se le había suministrado la incorrecta o insuficiente información de la que hace derivar el invocado error, momento desde el que, hasta la interposición de la demanda, no podemos afirmar transcurrieran más de cuatro años...".

Pues bien, en el caso ahora examinado nos encontramos ante un contrato de carácter perpetuo (suscripción de participaciones preferentes) y presumiblemente de tracto sucesivo, en la medida que la entidad emisora se obliga a abonar una remuneración siempre que concurren determinadas condiciones, sea hasta el momento fijado en la emisión, sea de forma permanente, por lo que debe concluirse que el plazo de caducidad no comienza a correr sino cuando el afectado conozca la situación que ha provocado el error. Idéntica conclusión fue alcanzada, de hecho, por los Magistrados de las Audiencias Provinciales de Galicia en las Jornadas sobre participaciones preferentes y deuda subordinada, celebradas en Santiago de Compostela el 4 de diciembre de 2013, recogiendo, entre otras conclusiones, que: "1 El día a quo del cómputo del plazo del ejercicio de la acción de anulabilidad no comienza desde la suscripción del contrato, pues el art. 1301 del CC habla de consumación y no de perfección, que son conceptos doctrinal y jurisprudencialmente distintos.

Al hallarnos ante contratos de duración perpetua, existiendo de forma continuada en el tiempo obligaciones pendientes de cumplimiento, para la determinación del día a quo del comienzo del cómputo del plazo del ejercicio de la acción correspondiente, debe acudirse principalmente a lo dispuesto en el art. 1969 CC, y, por lo tanto, fijar el comienzo del plazo desde que se tiene conocimiento de la existencia del error."

En este caso estamos ante un contrato atípico de tracto sucesivo, al igual que el contrato de préstamo que contempla alguna de las sentencias citadas anteriormente, por lo que el ejercicio de la acción de nulidad no comienza hasta que finalice el periodo por el que se contrataron las participaciones preferentes, periodo que en este caso no ha terminado, o lo hizo, a lo sumo, con el canje obligatorio de dichas participaciones por acciones de la entidad que se verificó en el año 2013. Y, en todo caso, examinada que ha

sido la prueba practicada, tampoco aparece acreditado por la demandada que los actores conocieran la realidad del producto que adquirirían hasta al menos el año 2013, luego es obvio que no puede estimarse, por ninguno de ambos criterios admitidos, que el plazo legal para el ejercicio de la acción haya transcurrido, incluso en el caso de que el contrato fuera simplemente anulable por estar viciado de nulidad relativa.

TERCERO.- Entrando en la cuestión de fondo, sostiene la demandada la improcedencia de la acción ejercitada por tres motivos esenciales, a saber, de un lado, por la inexistencia de error invalidante del consentimiento en la medida que dio cumplimiento a todos los deberes de información que sobre ella misma pesaban, como lo demostrarían los documentos que les fueron entregados a los clientes al tiempo de la contratación, los cuales acreditarían que los actores recibieron toda la información relativa al producto y, a su vez, que la entidad bancaria habría dado cumplimiento a cuantos deberes legales debe observar respecto de la clasificación del cliente, según el test de conveniencia efectuado; de otro, que la misma es mera intermediaria de la emisión efectuada por otra entidad, no mediando entre las partes ningún contrato de gestión de cartera o valores, sino de mero depósito y administración de valores, por lo que, no habiendo existido asesoramiento en la contratación, su intervención se habría limitado a dar cumplimiento a las órdenes recibidas del cliente, motivo por el que ningún incumplimiento se le puede imputar; y, finalmente, como prueba de la real voluntad de los actores, se invoca la alta rentabilidad del producto, habiendo obtenido los demandantes cuantiosos beneficios o intereses sin que nada alegaran mientras éstos se iban abonando, como ellos mismos habrían reconocido, siendo, por lo demás, que ya contaban con un amplio historial de contratación de otros productos de riesgo, incluida la contratación de acciones que cotizan en bolsa.

Sin perjuicio de alterar el orden expositivo seguido en las alegaciones efectuadas en conclusiones al tiempo de valorar la prueba practicada, conviene comenzar analizando cual sea la naturaleza de la relación contractual existente entre las partes, toda vez que, de ello se derivarán las concretas obligaciones que, dentro de los más amplios deberes de clasificación, diligencia y transparencia, de información clara e imparcial o de velar por los intereses de los clientes, pesan sobre la demandada tras la transposición al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/39/CE y la Directiva 2006/49/CE.

Pues bien, en este sentido, cabe acudir al art. 63.1g) de la Ley del Mercado de Valores 24/1998, de 28 de julio, modificada por la Ley 47/2007, de diciembre, para determinar el alcance de la labor de asesoramiento en materia de inversiones que niega haber prestado la demandada, y así, se dice que consiste en "la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de servicios de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros", no considerándose asesoramiento "las recomendaciones de carácter genérico y no personalizadas que se puedan realizar en el ámbito de la comercialización de valores e instrumentos

financieros", sin que, por tanto, se exija la existencia de un contrato escrito para considerar que existe asesoramiento, bastando, tan sólo, como se ha indicado, con una recomendación personalizada. A su vez, conforme al artículo 56 la Directiva 2006/73 , interpretada por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 30/5/2013 (asunto C-604/2011), "se entenderá que una recomendación es personalizada si se dirige a una persona en su calidad de inversor o posible inversor y si se presenta como conveniente para esa persona o se basa en una consideración de sus circunstancias personales". Por tanto, valorada que ha sido en conciencia y con inmediación la prueba practicada, cabe concluir que concurren en el caso examinado todos y cada uno de los condicionantes que determinan la existencia de una auténtica recomendación personalizada y, por ende, de asesoramiento, por contra a lo sostenido por CAJA ESPAÑA pues hemos de partir, como afirmación no desvirtuada de contrario ni discutida, de que los actores tenían invertido su dinero en diversos fondos, depósitos y demás productos bancarios por expresa recomendación de los empleados de la sucursal con la que vendrían operando durante años, siendo la demandada la que, al tiempo de decidir la emisión de participaciones preferentes para dotarse de recursos económicos durante el año 2009, como es público y notorio, ofreció a los actores la suscripción de las participaciones preferentes con dicho dinero. Esto es, no fueron siquiera los demandantes los que de "motu proprio" se interesaron por invertir dicho dinero en participaciones preferentes de CAJA ESPAÑA, sino que fue la propia demandada la que ofertó la suscripción de dichas participaciones destacando su alta rentabilidad y les asesoró de la conveniencia de dicha inversión, para la cual, emplearon 40.000 euros que tenían ahorrados en la operación de suscripción de preferentes del 17 de abril de 2009, fecha en la que igualmente se otorgó el contrato básico MIFID (documento nº2 de la demanda), se realizó el test de conveniencia (documento nº3) y les fue entregada la información de las condiciones de prestación de servicios de inversión y sobre los riesgos del producto contratado en los que trata ahora CAJA ESPAÑA de ampararse para afirmar que se limitó a dar cumplimiento a las órdenes recibidas por los clientes. Ahora bien, lo que no cabe confundir es dicha documentación o la final contratación que se llevó a efecto, con esa previa labor de claro asesoramiento, pues, a la vista de dichas circunstancias acreditadas y/o reconocidas, este Juzgador no puede sino concluir que la relación que vincula a las partes deriva de un contrato de asesoramiento financiero, habiéndose llevado a cabo dichas recomendaciones personalizadas, que determinaron la decisión de invertir en el producto que nos ocupa.

En todo caso, porque igualmente se defiende por la demandada el haber dado estricto cumplimiento de las normas de conducta y requisitos de información previstos en la legislación del mercado de valores y, en general, a los requisitos que según las características de la operación de que se trate, se establezcan por el Ministerio de Economía, por lo que procede, a la luz de lo expuesto, abordar la primera causa obstativa suscitada, examinando la concreta naturaleza jurídica de las participaciones preferentes suscritas y los específicos deberes de información y normas de conducta que pesaban sobre

la demandada al tiempo de asesorar y suscribir las mismas, a fin de resolver la cuestión litigiosa.

CUARTO.- A tales efectos, a su vez, procede acudir a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 19ª, de 20 de diciembre de 2013, que aborda extensamente los rasgos esenciales de la regulación de las denominadas participaciones preferentes a fin de conocer su configuración, sus riesgos y los específicos deberes que pesaban sobre CAJA ESPAÑA al tiempo de comercializar dicho producto, pues todos estos condicionantes debían transmitirse sin género de duda alguna al cliente para que puedan prosperar las alegaciones de la demandada en orden a sostener que no medió vicio alguno en el consentimiento prestado por los demandantes. Y así, se indica: "5.A.- Disposiciones legales de interés para la comprensión de la naturaleza jurídica, caracterización y funcionamiento de las participaciones preferentes como recursos propios de las entidades de crédito:

5.A-1: Dispone el artículo 7 de la ley 13/1985, de 25 mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros, que a los efectos del presente título (recursos propios mínimos y limitaciones a la actividad de las entidades de crédito por razones de solvencia), los recursos propios de las entidades de crédito y de los grupos consolidados de entidades de crédito comprenden: las participaciones preferentes (dentro de otros recursos que allí se mencionan y que no son de interés para la presente resolución); pues bien, es la disposición adicional segunda de la ley a que acabamos de hacer mención, introducida por la ley 13/2003, de 4 julio y modificada luego por el artículo 1.10 de la ley 6/2011, de 11 abril y ley, también, 9/2012, de 14 noviembre, la que se ocupa de los requisitos para la viabilidad de las participaciones preferentes como recursos propios; la repetida disposición adicional segunda -que entendemos es de sumo interés para poder dar respuesta a la problemática suscitada en el presente litigio y en lo que a nosotros interesa- se expresa así:

1. Las participaciones preferentes a que se refiere el artículo séptimo de esta Ley tendrán que cumplir los siguientes requisitos:

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 de las previstas en la letra a), los recursos obtenidos deberán estar invertidos en su totalidad, descontando gastos de emisión y gestión, y de forma permanente, en la entidad de crédito dominante de la filial emisora, de manera que queden directamente afectos a los riesgos y situación financiera de dicha entidad de crédito dominante y de la de su grupo o subgrupo consolidable al que pertenece, de acuerdo con lo que se indica en las letras siguientes.

c) Las condiciones de la emisión fijarán la remuneración que tendrán derecho a percibir los tenedores de las participaciones preferentes, si bien:

i) 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.

ii) 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 (las entidades de crédito... deberán mantener en todo momento un volumen suficiente de recursos propios en relación con las inversiones realizadas y los riesgos asumidos)

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.

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.

k) La oferta pública de venta ha de contar con un tramo dirigido exclusivamente a clientes profesionales de al menos el 50% del total de la emisión, sin que el número total de tales inversores pueda ser inferior a 50, y sin que sea de aplicación a este supuesto lo previsto en el art. 78 bis.3.e) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

l) En el caso de emisiones de entidades que no sean sociedades cotizadas, en los términos del art. 495 de la Ley de Sociedades de Capital, el valor nominal unitario mínimo de las participaciones preferentes será de 100.000 euros y en el caso de las restantes emisiones, el valor nominal unitario mínimo de las participaciones preferentes será de 25.000 euros.

5.A-2: Es el Banco de España, conforme al artículo 1.10 de la ley 6/2011 de 11 abril, en su apartado tres, al que corresponde, en su condición de autoridad responsable de la supervisión de las entidades de crédito y sus grupos

consolidables, revisar los sistemas, sean acuerdos, estrategias, procedimientos o mecanismos de cualquier tipo, aplicados para dar cumplimiento a la normativa de solvencia contenida en esta Ley y en las disposiciones que la desarrollen. Dicha revisión incluirá a las políticas y prácticas de remuneración a que se refiere el apartado 1 bis del art. 30 bis de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito.

5.A-3: Son de sumo interés, a nuestros efectos, el contenido de los artículos 79 y 79 bis de la ley de mercado de valores tras la reforma operada por la ley y 47/2007, 19 diciembre, cuando expresan que (Artículo 79. Obligación de diligencia) las entidades que presten servicios de inversión deberán comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios, y, en particular, observando las normas establecidas en este capítulo y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo.

En concreto, no se considerará que las empresas de servicios de inversión actúan con diligencia y transparencia y en interés de sus clientes, si en relación con la provisión de un servicio de inversión o auxiliar pagan o perciben algún honorario o comisión, o aportan o reciben algún beneficio no monetario que no se ajuste a lo establecido en las disposiciones que desarrollen esta Ley.

En cuanto a las obligaciones de información, expresa el artículo 79 bis que :

*Las entidades que presten servicios de inversión deberán mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes.

*Toda información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario, deberá ser imparcial, clara y no engañosa. Las comunicaciones publicitarias deberán ser identificables con claridad como tales.

*A los clientes, incluidos los clientes potenciales, se les proporcionará, de manera comprensible, información adecuada sobre la entidad y los servicios que presta; sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión; sobre los centros de ejecución de órdenes y sobre los gastos y costes asociados de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa. A tales efectos se considerará cliente potencial a aquella persona que haya tenido un contacto directo con la entidad para la prestación de un servicio de inversión, a iniciativa de cualquiera de las partes.

*El cliente deberá recibir de la entidad informes adecuados sobre el servicio prestado. Cuando proceda dichos informes incluirán los costes de las operaciones y servicios realizados por cuenta del cliente.

*Las entidades que presten servicios de inversión deberán asegurarse en todo momento de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes, con arreglo a lo que establecen los apartados siguientes.

*Cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, la entidad obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate; y sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquel, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan.

5.A.4: Finalmente insertamos el contenido de los artículo 48.2 de la ley 26/1988, 29 junio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, que se expresa así:

Se faculta al Ministro de Economía y Hacienda para que, con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito y sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela, pueda:

*Establecer que los correspondientes contratos se formalicen por escrito y dictar las normas precisas para asegurar que los mismos reflejen de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos por las partes y los derechos de las mismas ante las eventualidades propias de cada clase de operación.

*Imponer la entrega al cliente de un ejemplar del contrato, debidamente suscrito por la entidad de crédito.

*Dictar las normas necesarias para que la publicidad, por cualquier medio, de las operaciones activas y pasivas de las entidades de crédito incluya todos los elementos necesarios para apreciar sus verdaderas condiciones, regulando las modalidades de control administrativo de dicha publicidad, y pudiendo establecer, entre ellas, el régimen de previa autorización.

*Determinar la información mínima que las entidades de crédito deberán facilitar a sus clientes con antelación razonable a que estos asuman cualquier obligación contractual con la entidad o acepten cualquier contrato u oferta de contrato, así como las operaciones o contratos bancarios en que tal información pre-contractual será exigible. Dicha información tendrá por objeto permitir al cliente conocer las características esenciales de los productos propuestos y evaluar si estos se ajustan a sus necesidades y, cuando pueda verse afectada, a su situación financiera".

De cuanto se ha expuesto se infiere claramente que las participaciones preferentes, a diferencia de los activos de renta fija, son deuda que la sociedad contrae con los clientes y que difícilmente podrá asumir cuando se encuentre en una situación de preinsolvencia o insolvencia de la entidad financiera; siendo datos esenciales del régimen jurídico de las mismas y, por ende, de las obligaciones de la entidad que las comercializa (que es quien asume el deber de lealtad y

buena administración de los fondos recibidos del cliente), los destacados en dicha Sentencia, tales como, "el carácter perpetuo de la inversión, las dificultades de la enajenación de las repetidas preferentes, la trascendencia de la situación de insolvencia de la comercializadora, que recibió los fondos, lo que imposibilita, en su caso, la recuperación de la inversión efectuada, la permanente vigilancia que el Banco de España establece sobre el particular, las propias obligaciones de las entidades bancarias al respecto, y del fundamental deber de información a que está obligado la entidad crediticia frente al cliente, especialmente si es minorista y si carece de la necesaria formación financiera, debiendo destacar que estamos en presencia de un producto de extrema complejidad por lo que no bastan unas reuniones previas explicando lo que la inversión es, al tiempo que a nadie se le oculta la imposibilidad de transmitir con certeza a cualquier cliente el fin último de la participación preferente que no es otra que la inserción de los fondos del cliente dentro de la sociedad emisora o comercializadora para someterse a los riesgos por los que haya de discurrir la propia entidad crediticia y sin posibilidad cierta de enajenar las participaciones preferentes, que tan sólo conceden un alto interés, ciertamente, pero a cambio de una inversión perpetua, en beneficio de la entidad crediticia y en detrimento del propio cliente inversor" y continúa afirmando "Si se examina atentamente la disposición adicional segunda de la ley 13/1985, el 25 mayo, se podrá comprobar los condicionamientos que las participaciones preferentes tienen y el carácter incierto de su fin en época de crisis, especialmente para inversores minoristas o conservadores.

Invertir en participaciones preferentes comporta la posibilidad de perder el total importe invertido e incluso los intereses que se hubiesen podido pactar y que se pagarán cuando ciertamente la entidad crediticia pueda hacerlos frente y supere, en su caso, los controles del Banco de España, y sometándose al resultado de la propia gestión de la compañía emisora o comercializadora (entidad de crédito) sin tener intervención alguna en su gestión ni en la gestación de la voluntad de la propia sociedad, pues las participaciones sociales no confieren de modo específico derechos eficaces y ciertos especialmente en lo relativo a la recuperación de la inversión y al abono de los intereses; a diferencia de lo que ocurre con las acciones o las participaciones sociales de las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada, insertadas en el texto refundido de la ley de sociedades de capital.

La regulación de las participaciones preferentes en la disposición adicional segunda necesita, para su comprensión, un acercamiento desde el conocimiento de criterios jurídicos bien estructurados en el campo financiero pues resulta evidente que si al cliente, que adquiere participaciones preferentes, se le informase de que el consejo de administración de la entidad crediticia podría cancelar, discrecionalmente, cuando lo considere necesario, el pago de la remuneración, que tal pago se cancelará cuando no se cumpla con los requerimientos de los requisitos propios establecidos para la actividad del establecimiento financiero, que el

Banco de España podrá exigir la cancelación del pago de la remuneración basándose en la situación financiera de la entidad, que el pago de la remuneración podrá ser sustituido por acciones ordinarias, cuotas participativas o aportaciones al capital de la entidad de crédito y que tienen carácter "perpetuo" -término esté verdaderamente expresivo de lo que la participación preferente es y que necesariamente habrá de explicarse meticulosamente al cliente-, difícil hubiese sido a la entidad demandada captar millones de euros en participaciones preferentes, a los que luego no pudo hacer frente; las participaciones preferentes vienen calificadas por la incertidumbre, en lo que se refiere a la devolución del principal invertido, pago de intereses y posibilidad de enajenar las mismas, siempre a través de mercados secundarios; conceptos estos inalcanzables para un jubilado y sin información financiera alguna..".

Pues bien, sentado esto, se alcanza a entender el real significado de la importancia del deber de información que pesa sobre dicha entidad bancaria, pudiendo acudir a la Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2013 donde se aborda expresamente el régimen jurídico del deber de información que asume la entidad bancaria o crediticia de los arts. 79 y ss de la Ley del Mercado de Valores, en su actual redacción que incorpora las previsiones de la normativa MIFID, singularmente del art. 79 bis LMV anteriormente reproducido, e interpretado a la luz de los arts. 11 y 12 de la Directiva 1993/22/CEE, de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de valores negociables, y que vienen a exigir un ciertamente elevado estándar en las obligaciones de actuación de buena fe, prudencia e información por parte de las mismas y, en concreto, el deber de recabar información de sus clientes sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión y la de suministrar con la debida diligencia a los clientes 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, y muy especialmente respecto de los productos que, como las participaciones preferentes, conllevan un alto riesgo. Más concretamente, el citado artículo 79 bis LMV impone a las entidades que asumen y prestan servicios de inversión entre las obligaciones de información, las de mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes, ofreciendo una información imparcial, clara y no engañosa, proporcionándose de una manera comprensible información adecuada sobre la entidad de los servicios que presta y sobre servicios financieros y las estrategias de inversión debiendo incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados y, entre ellos, se encuentran en los apartados 6 y 7 del art. 79 bis, los denominados test de conveniencia y de idoneidad, este último propio de todo

servicio tanto si se trata de asesoramiento de carteras como si se trata de meros servicios de inversión. "Las indicaciones del cliente sobre su perfil de riesgo y sus preferencias de inversión desempeñan una función integradora del contenido del contrato"... "Por eso es fundamental que al concertar el contrato las preguntas formuladas al cliente para que defina su perfil de riesgo y los valores de inversión que pueden ser adquiridos sean claras, y que el profesional informe al cliente sobre la exacta significación de los términos de las condiciones generales referidas a dicho extremo y le advierta sobre la existencia de posibles contradicciones que pongan de manifiesto que la información facilitada al cliente no ha sido debidamente comprendida."

En conclusión, "el banco no cumplió el estándar de diligencia, buena fe e información completa, clara y precisa que le era exigible al proponer a los demandantes la adquisición de determinados valores que resultaron ser valores complejos y de alto riesgo" (STS de 18 de abril de 2013).

Además, tratándose de instrumentos complejos se exigirá que el documento contractual incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita en los términos que determine la Comisión Nacional del Mercado de Valores, y los únicos instrumentos que ésta no considera complejos son aquellos en que concurren las siguientes condiciones: que existan posibilidades frecuentes de venta, reembolso u otro tipo de liquidación y que no impliquen pérdidas reales o potenciales para el cliente que excedan del coste de las adquisiciones, lo que no concurre en las denominadas participaciones preferentes.

Pues bien, sentado cuanto antecedente, es evidente que el producto que se ofertaba por CAJA ESPAÑA constituye, sin duda, la promoción y venta o suscripción de un instrumento de inversión que debe conceptuarse como complejo, toda vez que en las participaciones preferentes se suma un riesgo asociado o paralelo al que pudiera constituir la adquisición de acciones de una sociedad cotizada, pero sin tener los beneficios que se suelen tener en este tipo de operaciones y, más concretamente, porque no existe o por la parte demandada no se ha acreditado que existieran, como pretende, frecuentes posibilidades de venta, reembolso u otro tipo de liquidación del referido producto. En realidad, por mucho que quiera sostenerse lo contrario, nos encontramos ante unas participaciones preferentes que no cuentan con plazo de devolución, puesto que las mismas se califican de perpetuas, y esta circunstancia, desde luego, así como la posibilidad de no contar con sistemas de liquidación, dados los mecanismos de reembolso o de venta de las referidas participaciones preferentes, debió de haber sido convenientemente resaltado por la entidad financiera. Antes bien, aplicando las anteriores consideraciones al caso de autos, examinada la prueba practicada, cabe concluir que las explicaciones que recibieron del producto, aparecen claramente insuficientes en atención al perfil de los actores, no pudiéndose concluir que éstos tuvieran un concreto y completo conocimiento de lo que implicaba la suscripción de este producto que, como se ha indicado es un producto sumamente complejo y desaconsejable para minoristas. De hecho,

de la lectura del documento donde, según sostiene la demandada, se desprendían sin género de duda alguna cuales eran los riesgos del producto contratado, no se advierten en absoluto, ni se atisba, cual es la real naturaleza de las participaciones preferentes frente, si se quiere, a otro tipo de productos de inversión, habida cuenta de que, llega a afirmarse que es un producto garantizado o se incluyen expresas menciones sobre "renta fija", cuando, como se expuso, son un activo societario donde los clientes vienen a realizar una aportación voluntaria y a perpetuidad a favor de la entidad financiera, de ahí la importancia de la situación de solvencia-insolvencia de quien comercializa las participaciones preferentes, mientras que la renta fija es un pasivo. Es más, en cuanto al perfil de los actores, el conocimiento que sobre dicho producto pudieran haber obtenido a través de la lectura de dichos documentos aparece claramente viciado, precisamente, por las nociones que sobre el mismo recibieron cuando, por lo demás, no parece tampoco que el hecho de que hubieran contratado previamente fondos de inversión (los cuales, como han manifestado, siempre fueron garantizados, procurando salvaguardar sus ahorros), acciones o, incluso, participaciones preferentes, permita concluir, sin más, que nos encontramos ante expertos inversores. Antes bien, ninguna duda cabe albergar no ya sólo sobre su condición de clientes minoristas, sino incluso de su perfil inversor conservador, revelando el histórico aportado que éstos no habrían contratado ningún otro producto de riesgo fuera de unas acciones adquiridas (sobre cuya suscripción tampoco cabe estimar que determinara dicho perfil de inversor arriesgado, menos aún si, a su vez, se desprende que fue realmente mínima dicha inversión frente a los restantes productos contratados), más allá de la suscripción de fondos de inversión garantizada, contratos que en modo alguno cabe siquiera equiparar a las participaciones preferentes, ni permiten atribuirles, como pretende la demandada, la calificación de expertos inversores, como tampoco se desprende de sus manifestaciones, pues buscaban liquidez y seguridad, de forma coherente con su perfil conservador, y sin que dicha clasificación, derivada incluso de los propios documentos elaborados por la demandada, se vea desvirtuada por ninguna de las manifestaciones de la demandada sobre tal pretendido conocimiento y plena aceptación del producto de alto riesgo que estaban contratando, pues no existe base alguna para ello, dada la absoluta carencia de prueba por su parte sobre dichos extremos. Y sin que a ello obste en modo alguno la mera suscripción de un test de conveniencia (que no de idoneidad, cabe insistir) o la suscripción también de un documento redactado por la propia entidad financiera en el que supuestamente los actores conocían dichos riesgos de la operación. Información que, en todo caso, debieron haber recibido previamente y no, como sucede aquí, en el mismo momento de suscribirse el contrato de adquisición de participaciones preferentes y respecto del que, en todo caso, cabría estimar plenamente operante la Doctrina Jurisprudencial sentada por el propio Tribunal Supremo que tiene declarado, como ante circunstancias análogas, como sucede con contratos de seguros, la mera suscripción de modelos normalizados, como es el caso, y además rellenados por la propia entidad financiera y no por el cliente en su domicilio y después de haber podido reflexionar sobre las circunstancias de la operación, no constituyen en realidad tal

pretendida declaración de conformidad o conocimiento de dichos riesgos o la realización un verdadero test de conveniencia y, desde luego, las meras contestaciones o manifestaciones que se hagan en dicho test, a presencia de los empleados de la entidad financiera, en un modelo facilitado por la misma y con las casillas rellenas a través del ordenador de la oficina, no implica, ni mucho menos, el cumplimiento de la obligación de información al cliente de los riesgos asociados a la operación, máxime si, como es el caso, nos encontramos ante una operación que el propio legislador considera una operación compleja y la propia Comisión Nacional del Mercado de Valores la ha conceptuado así en sus folletos informativos. De hecho, la propia CNMV, tras un primer informe de febrero, emitió otro en fecha 26 de septiembre de 2011 por el que resolvió, entre otros, los expedientes relativos a CAJA ESPAÑA donde, además de destacar "la observación de precios significativamente por debajo del 100%, no garantiza que se corresponda con el valor razonable (entendido como valor teórico)", y entre otras conclusiones, afirmó "que la entidad ha identificado la existencia de un conflicto de interés en su actuación de promover compras de estas emisiones para solventar problemas de liquidez y ha implantado medidas para gestionarlo que incluyen información al cliente comprador y un depósito compensatorio". Así consta en el informe de 26 de abril de 2011, cuando ya y durante todo el año 2009, la mayoría de las preferentes y obligaciones subordinadas de CAJA ESPAÑA y del resto de entidades del sistema financiero nacional habrían sido colocadas a pequeños ahorradores, situación que finalmente, y como consecuencia del proceso de reestructuración bancaria en que se encuentra la entidad demandada, en fecha 18 de abril de 2013, fue publicada en el BOE la Resolución del FROB de 16 de abril, por el que la entidad demandada, entre otras, ofertó a sus clientes el canje de las participaciones preferentes y otras obligaciones subordinadas, por acciones de la entidad demandada, y que, posteriormente es un hecho notorio que al final ha devenido obligatorio.

Desde luego que, con carácter general, no puede concluirse que la mera suscripción de unos documentos redactados y preelaborados por la propia entidad financiera, impliquen, como pretende ésta, un conocimiento por parte de los actores de todas las circunstancias asociadas a la operación y a los riesgos a los que se exponían, más aún si se tiene en consideración el modo en que suele llevarse a cabo la contratación de productos bancarios que ofertan las entidades financieras cuando la experiencia común de cualquier ciudadano que acude al Banco revela que dicho acto se limita a la firma en unidad de acto de cuantos documentos le son presentados por la entidad en ese momento, sin siquiera permitir al cliente leer lo que está firmando, de tal forma que se les exige un auténtico dogma de fe en cuanto a que los documentos que firman, en efecto, reflejen las condiciones del producto ofertado en la forma en que fueron informados por el personal de la sucursal de la entidad. Es más, por lo que al test de conveniencia se refiere (documento nº3 de la demanda), llama poderosamente la atención, de un lado, que el mismo sólo se efectuara a la demandante (pues, no obstante lo aducido en la demanda, resulta patente, por las explicaciones de la actora en el interrogatorio, pero también de la mera confrontación de

las firmas obrantes en los documentos nº1 y 3 de la demanda, que se trata de la firma de la actora), mientras que el producto fue colocado a los dos miembros del matrimonio; y, de otro, la patente contradicción advertida en todas sus respuestas, pues, mientras se hace constar que nunca habría adquirido participaciones preferentes, a la pregunta de "¿está familiarizado con este tipo de producto?", se consigne un "sí" en la respuesta; o bien, tras hacer constar que "nunca he trabajado en el sector financiero", se indique en la siguiente respuesta que la "periodicidad de sus inversiones es...frecuencia alta (semanal)". En todo caso, mal casan las alegaciones efectuadas por la demandada sobre la información facilitada a los actores respecto del producto comercializado y las preguntas que se contienen en dicho test de conveniencia sobre ciertos aspectos, y ello, no obstante las respuestas ofrecidas, el perfil de la demandante por la demandada se la considera "conveniente", lo que resulta ciertamente incompatible con la complejidad del producto y que, antes bien, por disposición de las obligaciones que la entidad debe asumir frente a los clientes, ante dichos datos contrastados, debió haberle advertido que el producto no resultaba conveniente.

Siendo así las cosas, mal cabe admitir la postura de CAJA ESPAÑA en este pleito en consideración, precisamente, a la propia documental que ella misma entregó, y sin que sus explicaciones merezcan favorable acogida, en la medida que tampoco cabe estimar que conocieran el producto por el mero hecho de haber contratado con anterioridad participaciones preferentes. Es más, igualmente nuestra Audiencia Provincial ha tenido oportunidad de pronunciarse en reiteradas ocasiones sobre la transcendencia que a estos efectos deba atribuirse a la previa adquisición de participaciones preferentes por parte de los clientes. Más concretamente, tiene en este punto declarado nuestra Audiencia, que "ni que decir tiene que el canje de participaciones preferentes (de 2004 a 2009), desde cuanto queda expuesto, no permite acudir al a doctrina de los actos propios" (SAP de Madrid, Secc.19ª de 23 diciembre 2014), ya que no puede afirmarse que "el hecho de haber adquirido participaciones preferentes en el año 2004, percibiendo los intereses, permitía a la señora...conocer en profundidad las participaciones preferentes, que es un producto que se constituye en recursos propios de la entidad de crédito y sujeta a resultas de esta última; supone tanto como poner el propio patrimonio en manos o poder de un tercero y sin tener intervención en la gestión de aquella entidad jurídica, someterse a sus consecuencias jurídicas y económicas que deriven del desarrollo de la beneficiaria de los fondos provenientes de inversores. Nosotros, en relación con la participación preferente, hemos de limitarnos ya a la remisión a su regulación legal y a los condicionamientos de todo tipo que comporta el buen fin de inversión de aquella clase, todo lo cual precisa de un conocimiento profundo, y una información exhaustiva y veraz, al futuro inversor para que conozca los riesgos que efectivamente asume".

Por todo cuanto se ha expuesto, es por lo que procede concluir que la demandada no cumplió con los deberes de información que sobre la misma pesaban, ni con cuantos aquellos le impone la legislación vigente en orden a velar por la adecuada

protección de los intereses de los clientes, en este caso, de los actores, y, si bien es cierto que la infracción de las normas administrativas no genera "per se" la nulidad o anulabilidad de un contrato, habida cuenta de que su regulación debe ser examinada por la jurisdicción civil desde la normativa de esta clase y, en particular, al amparo del Código Civil, no lo es menos que aquella infracción comporta la omisión de deberes esenciales impuestos por normas imperativas a uno de los contratantes que, proyectados sobre una concreta operación financiera de alto riesgo, lleva consigo la omisión dolosa que produce el consiguiente error.

En efecto, así cabe concluirlo pues en relación con el mencionado presupuesto del error invalidante consistente en que éste no sea excusable, el mismo implica que no pudiese ser evitado mediante una diligencia media (SSTS de 14 y 18 de febrero de 1994 y de 11 de mayo de 1998), extremos relativos a la excusabilidad que necesariamente deben ponerse en relación con las circunstancias personales de los actores, con su cualificación y características formativas de quienes contrataron con la entidad demandada, inversores minoristas y carentes de todo conocimiento financiero y jurídico para poder comprender el real alcance de lo que las participaciones preferentes significan y los riesgos reales que las mismas comportan, dada la alta complejidad del producto. Así, pues, en el caso ahora analizado cabe concluir que, atendido el perfil inversor de los actores y cuando ni consta acreditado que la demandada cumpliera los deberes de información que sobre ella pesaban, necesariamente ha de considerarse que concurre error en el consentimiento prestado, que fue emitido pero viciado por la insuficiente información recibida sobre un producto que, a su vez, se revelaba como inadecuado para los mismos, bastando para ello el examen de dicha documentación y la forma en que se llevó a cabo la contratación del producto, generándose, en consecuencia, el error invalidante que, afecta, esencialmente al objeto del propio contrato y, consecuentemente, las órdenes y contratos de adquisición de participaciones preferentes deben ser anulados.

Así lo tiene declarado en forma reiterada la propia Audiencia Provincial de Madrid cuando concluye, en términos que pueden aplicarse al caso ahora examinado dados los pronunciamientos de la propia CNMV, que *"ya nos hemos referido a la naturaleza jurídica de las participaciones preferentes y a su propio régimen legal, complejo y arriesgado, que pone en serio peligro la inversión realizada, de aquí que sea imprescindible suministrar la total información relativa a los aludidos productos, que no sólo el interés por rendimiento que se pueda obtener con la suscripción de las mismas sino la posibilidad de que se pierda el capital invertido, de que no se puedan percibir intereses, de que no se puedan prácticamente enajenar, sino es el mercado secundario, las repetidas participaciones y que en definitiva el partícipe pasa a ser corresponsable (perdería su inversión) del mal resultado, de la insolvencia en la que pueda incurrir la entidad crediticia que las hubiese ideado y comercializado.*



Madrid

Aunque la actividad de Caja Madrid se encuadre en el campo de la recepción, transmisión y ejecución de órdenes o

bien en un específico contrato de asesoramiento que se le hubiese hecho arrancar del contrato de depósito o administración de valores asociado a cuenta de valores o de un contrato también de asesoramiento de carácter personal y verbal, siempre tendría que haber asumido, que no asumió, una información veraz sobre el producto colocado al cliente minorista para evitar el grave perjuicio sufrido, que ha imposibilitado recuperar el principal depositado por persona que desconocía que aquellos fondos iban a pasar a constituir recursos propios de la entidad de crédito, como expresa el artículo siete de la Ley 13/1985, de 25 mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros.

Ni la supuesta información previa ni aquella que se hubiese prestado al demandante al adquirir las preferentes era, por más tiempo que se le hubiese dedicado, suficiente para conocer la realidad de un producto que tiene un carácter extremadamente complejo a comprender, exclusivamente, por técnicos, máxime cuando se estaba transmitiendo un producto apalancamiento para una entidad bancaria en situación de crisis financiera profunda, por lo que no es de extrañar que determinados afectados -ante problema de tal magnitud- hayan decidido acudir incluso a vía penal para poder recuperar la cantidad invertida (hablemos de inversión) ante la situación de insolvencia de Caja Madrid (actualmente Bankia S.A.), que está siendo reflotada con fondos públicos" (SAP de Madrid, Sección 19ª, de 10 de febrero de 2014).

QUINTO.- Finalmente, por lo que a la última alegación que en orden a oponerse a la estimación de la demanda ha sido articulada por CAJA ESPAÑA se refiere, debe la misma seguir idéntica suerte que las anteriores. Así, porque como ya se indicara anteriormente, ninguna prueba existe por su parte, frente a las manifestaciones de los actores y al resultado de la prueba practicada, que el producto contratado respondiera a la real voluntad de los actores y que no puede derivarse, sin más, de la alta rentabilidad del producto, como tampoco cabe estimar convalidado o confirmado el mismo por el hecho invocado de que éstos hubieran venido percibiendo unos beneficios o intereses, sin formular queja alguna durante ese tiempo.

Esta cuestión ha sido igualmente abordada en reiteradas ocasiones por nuestra Audiencia Provincial, lo mismo que otras tantas alegaciones articuladas por las entidades bancarias en los múltiples procedimientos en los que se han visto demandadas respecto de pretendidas convalidaciones o confirmaciones de los contratos de suscripción de participaciones preferentes en relación con la percepción de intereses y, más concretamente, las Audiencias Provinciales (y sobre ello la Audiencia Provincial de Madrid ha tenido oportunidad de pronunciarse en reiteradas ocasiones) han estimado en forma pacífica que no existe tal confirmación, ni por la percepción de intereses periódicos en su cuenta (que, en todo caso, se verificó con carácter previo a tener conocimiento del vicio y en condiciones tales que, dada la insuficiente información de la entidad, bien pudieran los clientes estimar que eran percibidos como propios de un depósito a plazo fijo), ni tampoco con motivo del canje

obligatorio por acciones, pues habiéndose visto abocados los clientes a tal canje que finalmente devino obligatorio (donde, además, con carácter generalizado los mismos o se manifestaron abiertamente en contra o se reservaron de forma expresa cuantos derechos a ejercitar las acciones correspondientes pudieran asistirles), mal cabe estimar que el canje constituya tal pretendido acto inequívoco y concluyente si ninguna participación o decisión tuvo el cliente en el mismo.

SEXTO.- Por tanto, en virtud de cuanto se ha expuesto y de conformidad con los artículos precitados a lo largo de la presente Sentencia, la demanda debe prosperar, siquiera en los términos que se expondrán, habida cuenta que cabe reputar acreditado que la demandada, incumpliendo los específicos deberes legales en la materia, dejó de facilitar a los actores la información necesaria que debía proporcionarles y que propició el patente error en que incurrieron al suscribir el contrato que, precisamente, les fue ofertado por la propia demandada, y sin que por parte de los actores se haya acreditado la inexistencia de dicho consentimiento, sino que parten de la existencia del contrato defectuosamente celebrado por consentimiento viciado de los demandantes, a quienes no les fue ofrecido su contenido obligacional con la necesaria información, cumpliendo la normativa aplicable al caso, como se deduce de la doctrina fijada en un caso similar por la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, sec. 1ª, 17-6-2013, nº 117/2013, rec. 169/2013. Por ello, procede declarar la nulidad relativa o anulabilidad exclusivamente del contrato de suscripción de participaciones preferentes suscrito por las partes en fecha 17 de abril de 2009, tal y como se interesa en el suplico de la demanda.

La anterior declaración de nulidad, a su vez, conlleva a la necesaria restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido objeto del mismo, con sus frutos y con el precio con sus intereses, conforme dispone el art. 1303 del Código Civil, de manera que las partes vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador (STS de 22 de abril de 2005), por lo que, procede acordar la condena de la demandada a reintegrar a los actores el importe de su inversión, esto es, la cantidad de 40.000 euros más los intereses legales correspondientes que, sin embargo y dada la declaración de anulabilidad, se computarán desde la primera reclamación efectuada a la entidad financiera, de conformidad con lo dispuesto por los arts. 1101 y 1108 del Código Civil, que no desde la orden de suscripción, por no tener dicha pretensión amparo legal alguno. Por tanto, la cantidad por la que resulte condenada la demandada devengará el interés legal desde la fecha de interposición de la demanda (al no constar acreditada la existencia de reclamaciones extrajudiciales anteriores) y hasta el dictado de sentencia y los intereses del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde esa fecha y hasta el completo pago. A su vez, dentro de dicha restitución recíproca, los actores vendrán obligados a devolver las participaciones preferentes recibidas como consecuencia de la nulidad que ha sido declarada a través de la presente sentencia, además de los intereses netos

percibidos, con los intereses legales correspondientes (art. 1109 CCv) pues, no obstante las alegaciones que suelen efectuar en este punto las entidades bancarias, no cabe concluir que esta sentencia deba pronunciarse sobre la restitución de las retenciones fiscales practicadas "ya que se trata de una cuestión que es ajena a la parte demandada y que, en todo caso, constituye una cuestión que compete a la Agencia Tributaria, siendo un tercero que no resultará afectada por la resolución que aquí se dicte" (SAP de Madrid, Secc.10ª, de 13 de febrero de 2014), no estimándose, por tanto, que nos encontremos ante una cuestión que forme parte del objeto del presente procedimiento. Por tanto, los intereses que deban devolver los actores serán los exclusivamente percibidos por éstos, esto es, los intereses netos y cuya concreción, parece evidente, habrá de diferirse en el presente caso a la fase de ejecución de sentencia, habida cuenta de la absoluta falta de acreditación en el presente declarativo de cuáles hayan sido los intereses netos percibidos como consecuencia del contrato cuya nulidad se ha declarado.

Tal falta de cumplida acreditación impide que este Juzgador pueda concretar a través de la presente sentencia y en forma definitiva, cual sea la concreta cantidad que deban restituir los actores como consecuencia de dichos intereses percibidos o, incluso, proceder a su compensación judicial, lo que, no obstante, se estima, a lo sumo, que podría reconducirse por vía del art. 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando establece: "1.- cuando se reclame en juicio el pago de una cantidad de dinero determinada o de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase, no podrá limitarse la demanda a pretender una sentencia meramente declarativa del derecho a percibirlos, sino que deberá solicitarse también la condena a su pago, cuantificando exactamente su importe, sin que pueda solicitarse su determinación en ejecución de sentencia, o fijando claramente las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar la liquidación, de forma que ésta consista en una pura operación aritmética".

Por tanto, en este concreto sentido, procede acordar una condena declarativa del derecho de la actora a únicamente percibir el importe correspondiente al capital invertido, condenándola, a su vez, a restituir el importe correspondiente a los intereses netos percibidos, los cuales se pueden acreditar mediante la aportación de una mera certificación o por acreditación de los importes ingresados en la cuenta asociada correspondiente, y que procede así establecerlo a través de la presente sentencia pues, en última instancia, quedan fijadas las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar dicha cuantificación, de forma que ésta consistirá en una pura operación aritmética que no se puede establecer en esta sentencia al faltar ese documento esencial para calcular correctamente el importe que tienen que restituir los actores y el cual, como cabe meridianamente desprender del presente pronunciamiento, habrá de acompañarse a la demanda de ejecución para que pueda practicarse en ese momento la oportuna liquidación.

SÉPTIMO.- En materia de costas, dado el acogimiento total de las pretensiones de la parte actora, con arreglo al principio objetivo del vencimiento, consagrado en el art.394.1 de la Ley Enjuiciamiento Civil, procede acordar la condena de la demandada a abonar las costas causadas en esta Primera Instancia

FALLO

Se estima íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. en nombre y representación D.

y frente a BANCO DE CAJA DE ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA S.A.; declaro haber lugar a la misma y, en su virtud, declaro la nulidad relativa o anulabilidad de la orden de compra o suscripción de participaciones preferentes, de fecha de abril de condenando a la demandada a restituir a la parte actora la cantidad de 40.000 euros, más los intereses legales correspondientes, con devolución de las participaciones a la entidad demandada y previa deducción de los bonos o rendimientos netos abonados a los demandantes, con los intereses legales correspondientes.

Todo ello, con expresa imposición de costas a la parte demandada.

La presente sentencia no es firme, contra la misma cabe RECURSO DE APELACIÓN ante la Audiencia Provincial, a interponer en el plazo de VEINTE DÍAS desde su notificación ante el órgano que la dictó (arts 455 y 458 Ley Enjuiciamiento Civil), previa justificación de la consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado de las cantidades legalmente establecidas, bajo apercibimiento de inadmisión a trámite del recurso interpuesto.

Así por esta mi sentencia, definitivamente lo pronuncio, mando y firmo, Dña. Carmen María Zamorra Álvarez, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº1 de Parla, y su partido.

PUBLICACIÓN.- De conformidad con lo que se dispone en el artículo 212 de la LEC, firmada la sentencia por el Juez que la dictó, se acuerda por el Sr. Secretario su notificación a las partes del procedimiento y el archivo de la misma en la oficina judicial, dejando testimonio en los autos, de lo que yo el Secretario doy fe.