

JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.2
PONFERRADA

SENTENCIA: 00031/2014

AVDA. HUERTAS DEL SACRAMENTO, 14 (24400 PONFERRADA)

Teléfono: 987 451210

Fax: 987 428083

FECHA NOTIFICACIÓN:
14-FEBRERO-2014

N04390

N.I.G.:

PROCEDIMIENTO ORDINARIO /2013

Procedimiento origen: /

Sobre OTRAS MATERIAS

DEMANDANTE, DEMANDANTE I

Procurador/a Sr/a.

Abogado/a Sr/a. JAVIER GIL FIERRO, JAVIER GIL FIERRO

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

Procurador/a Sr/a. TADEO MORAN FERNANDEZ

Abogado/a Sr/a.

SENTENCIA NÚM. 31/14

En Ponferrada, a catorce de febrero de dos mil catorce.

Vistos por DOÑA AMELIA MARÍA PÉREZ MOSTEIRO, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Ponferrada, y su partido, los autos del Juicio Ordinario, seguidos ante este Juzgado, con el número del año 2013, en el ejercicio de la acción de nulidad de contrato, a instancias de

, representados por la Procuradora de los Tribunales Sra. Uria Mirat, y asistidos por el Letrado Sr. Sal Moldes, contra: BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA, SA representada por el Procurador de los Tribunales Sr. Morán Fernández (en sustitución de su compañero Sr. Morán Martínez), y asistida por la Letrada Sra. Álvarez Rodríguez (en sustitución de su compañera la Letrada Sra. Iturgoyen Espinar).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Procuradora de los Tribunales Sra. Uria Mirat, en la representación indicada se presentó, en fecha 9 de octubre 2013, ante el Decanato de los Juzgados de Ponferrada, demanda de procedimiento ordinario, la cual una vez fue turnada, correspondió, para su tramitación, a este Juzgado.

En la citada demanda, la parte actora, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, fijó la cuantía de la demanda en 18.000,00€, y finalizó con la suplica en la cual interesaba que se dictara sentencia en la

que: se declare la nulidad de pleno derecho del contrato, por infracción de normas imperativas, o subsidiariamente la nulidad por vicios del consentimiento de los actos y contratos contenidos en la documentación entregada por Caja España a mis mandantes en fecha 8 de mayo de 2013, y cuya copia se adjunta como documento número 1 (A, B, C, D) y que han sido descritos en el hecho segundo de esta demanda y, en especial, declarar la nulidad de la suscripción de participaciones preferentes a que se refiere la orden de valores número [redacted] e fecha 28/08/2008, que se aporta como documento 1-A, con un valor de 18.000,00€, correspondiente a 18 títulos de un valor nominal de 1.000,00€ cada uno, denominados "part. C. España- serie C"; se declare la nulidad de los contratos forzosos de venta de participaciones preferentes y compra de bonos convertibles ejecutados el 28/05/2013, correspondientes a los movimientos que se reflejan en la cuenta [redacted] asociada a la venta de las participaciones preferentes, según consta en la copia de las hojas de la libreta de ahorro que se aporta como documento número 2; ordenar la restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia de los contratos cuya nulidad se insta, con sus frutos y el precio total con sus intereses, conforme dispone el artículo 1.303 del CC, de manera que las partes vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador; imponer la preceptiva condena en costas de la demandada.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda de Juicio Ordinario, mediante Decreto del Sr. Secretario, de fecha de 15 de octubre de 2013, se acordó dar traslado de la misma a la demandada, emplazándola por 20 días para contestar.

Notificada que fue la demanda, como consta en diligencia de notificación y emplazamiento del S.C.N.E. de Ponferrada, en fecha 18 de octubre de 2013, en fecha 18 de noviembre de 2013- registro de entrada en este Juzgado el 20 de noviembre de 2013- se procedió por la entidad demandada a contestar a la demanda presentada de adverso, oponiéndose a la misma, alegando, en exposición, ahora sucinta, las siguientes causas, como cuestiones de fondo, la validez del consentimiento prestado por los actores a la hora de suscribir el contrato, quien tenía experiencia bancaria y/o inversora; la correcta información prestada por la entidad bancaria sobre el tipo de producto objeto de contrato. Así como, como cuestión previa, la caducidad de la acción.

Por lo que, alegados los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación interesó la íntegra desestimación de la demanda, con expresa imposición de las costas.

TERCERO.- Por Diligencia de Ordenación, de fecha 21 de noviembre de 2013, se tuvo por contestada la demandada, citándose a las partes para la celebración de la Audiencia Previa que quedó fijada para el día 18 de diciembre de 2013.

Llegado el día de celebración de la audiencia, a la misma compareció, debidamente representada y asistida de letrado, la parte actora, haciéndolo la demandada debidamente representada, y con su respectiva asistencia técnica.

Por lo que, abierto el acto, ambas partes se afirmaron y ratificaron en sus respectivos escritos de demanda y contestación a la demanda, no siendo posible llegar a un acuerdo, se propuso como prueba, por la parte actora: la documental aportada con el escrito de demanda, y testifical, así como más documental que no fue admitida en el acto de juicio; y por la parte demandada, interrogatorio de los actores, documental aportada con el escrito de contestación, y testifical de Don [REDACTED]

Por lo que, siendo la prueba admitida y declarada pertinente, en los términos que constan en el acta de grabación de vista, se fijó fecha, para la celebración de juicio, que quedó señalado para el día 12 de febrero de 2014.

CUARTO.- En fecha 12 de febrero de 2014, se procedió a la práctica de la prueba, practicando toda ella con excepción del interrogatorio de [REDACTED] a la que renunció la parte demandada, con el resultado que obra en el acta de grabación de vista.

Por lo que, concluida la práctica de la prueba se evacuaron conclusiones por las partes, quedando los autos pendientes de dictar sentencia.

QUINTO.- En la tramitación del presente proceso se han observado las prescripciones legales, con inclusión del plazo para dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto de la presente litis, sometido a consideración judicial, consiste en la demanda formulada por [REDACTED] en la cual se ejercita una cuádruple pretensión, de forma acumulada, dirigida:

En primer lugar, a buscar la declaración de nulidad del contrato de orden de suscripción de participaciones preferentes de la clase "part. C. España - serie C", de fecha 28/08/2008, número de orden [REDACTED], siendo el número de títulos adquiridos 18, por un importe nominal de 1.000,00€ cada título, lo que hace un total de 18.000,00€ (documento número 1-A de la demanda).

El mencionado contrato se refiere formalizado por los demandantes con la entidad Caja España (hoy Banco CEISS), por error, dolo civil, y falta de información para la prestación de consentimiento contractual.

De este modo, manifiesta la parte que, tal acto de suscripción o compra de participaciones preferentes fue realizado por los demandantes, clientes minoristas, sin perfil inversor de riesgo, actuando, según indica en la demanda, en la confianza que le inspiraba el personal de la entidad de crédito y en la creencia errónea de que suscribía un depósito a plazo. Creencia, que no fue desvirtuada por la entidad de crédito que no informó debidamente a los clientes de la operación

concertada, de la naturaleza del producto contratado y de los elevados riesgos inherentes a la operación.

Instando, en segundo lugar, la resolución del contrato perfeccionado para efectuar el canje de las participaciones preferentes, con el correlativo reintegro, a los actores, del capital entregado, 18.000,00€, por parte de la demandada y, la devolución, por los actores a la demandada, de los intereses percibidos fruto de este contrato.

Y, en tercer lugar, la condena de la demandada a remunerar a la parte actora, respecto del principal 18.000,00€- cantidad abonada como precio por las participaciones preferentes, puesto a disposición de la entidad demandada en la fecha de firma de la orden de compra-, los intereses legales.

De igual modo, en cuarto lugar se interesa que se declare la nulidad del acto jurídico por el cual, el 28/05/2013, los 18 títulos de participaciones preferentes se convirtieron en bonos de Caja España necesaria y contingentemente convertibles en acciones ordinarias de nueva emisión de Banco CEISS, reflejándose en la cuenta [REDACTED]

La entidad demandada, Banco CEISS, formula oposición a las pretensiones de la parte actora rechazando, en resumen, que haya existido dolo o error como causa invalidante del consentimiento, o falta de información por parte de la entidad bancaria.

Oponiéndose, en consecuencia, a todas las consecuencias jurídicas pretendidas de la declaración de nulidad.

Ahora bien, alega la entidad bancaria demandada como cuestión previa la de caducidad de la acción ejercitada.

SEGUNDO.- Centrados de este modo los términos del litigio se hace necesario analizar, en primer lugar, la naturaleza y régimen jurídico de las participaciones preferentes, que fueron los valores suscritos por los demandantes, poniéndolos en relación con las condiciones concretas y específicas de la emisión de participaciones preferentes de la serie "part. C. España - serie C". Y ello para entrar a examinar, el primer lugar la cuestión previa alegada por la demandada, y seguidamente las cuestiones de fondo suscitadas, esto es si ha existido error vicio del consentimiento, y/o infracción de las normas, imperativas, que rigen y regulan el mercado de valores.

La doctrina emanada de las Audiencias Provinciales, en el análisis de las participaciones preferentes ha venido calificando citado producto financiero como complejo, de difícil seguimiento de su rentabilidad y que cotiza en el mercado secundario, lo que implica para el cliente mayores dificultades para conocer el resultado de su inversión y para proceder a su venta, y, correlativamente, incrementa la obligación exigible al banco sobre las vicisitudes que puedan rodear la inversión, entre ellos, los rumores sobre la solvencia del emisor.

De este modo, la participación preferente es un valor negociable de imprecisa naturaleza, que deriva de las siguientes razones según la Disposición Adicional Segunda de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros, introducida en esta ley por la Ley 19/2003, de 4 de julio, y modificada por el artículo 1.10 de la Ley 6/2011, de 11 de abril, por la que se transpone a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2009/111/CE del Parlamento Europeo y de Consejo, de 16 de septiembre de 2009, cuya función era determinar, especialmente, las condiciones para admitir como recursos propios de las entidades de crédito a los que denomina instrumentos de capital híbridos entre los que se encuentra la participación preferente.

Resulta, así que 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 consolidable en el que ésta se integre), y que después de la Ley 6/2011- ya citada- puede depender, incluso, de la decisión del órgano de administración de ésta.

La participación preferente, al contrario de lo que su propio nombre indica, no atribuye derecho a la restitución de su valor nominal. Es un valor potencialmente perpetuo o sin vencimiento ya que su regulación 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.

En consecuencia, la liquidez de la participación preferente sólo puede producirse mediante su venta en el mercado secundario de valores en el que ésta cotice. Hecho que determina que el dinero invertido en ella deviene prácticamente irrecuperable ante los hechos que, legalmente, determinan la desactivación de su sistema de rentabilidad: bien porque 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 beneficio, ni disponga de reservas repartibles; o bien, tras la Ley 6/2011, porque así lo decida el órgano de administración de la entidad de crédito. Debe hacerse hincapié, por ello, en el hecho de que 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 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.

Lo anterior no viene sino a significar que, el único incentivo del mercado secundario de participaciones preferentes consiste en el pago regular de sus intereses o sistema de rentabilidad. Su desactivación elimina la rentabilidad, y la liquidez de la inversión, así como su seguridad.

En consecuencia, la participación preferente deja de ser un valor para convertirse en instrumento de inversión de máximo riesgo carente de liquidez, rentabilidad, y seguridad.

En cuanto al 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). 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. De manera que, el riesgo que asume el inversor en participaciones preferentes es el mismo que el de los accionistas.

No obstante, a diferencia de las acciones de una entidad, las participaciones preferentes no son acciones, en tanto en cuanto: los accionistas son titulares de derechos políticos, y 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.

Además, los accionistas participan de forma directa en la revalorización del patrimonio social del emisor en proporción al valor nominal de sus acciones, en cambio, 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 anteriores circunstancias y notas características hacen, en una primera aproximación general, dudar seriamente de que las participaciones preferentes sean un instrumento apto como producto de inversión para clientes minoristas.

De lo anterior cabe deducir, que la participación preferente, no es un plazo fijo- producto que suscribían los actores, como resultó probado- es un valor de máximo riesgo, además de ser de un producto híbrido de naturaleza aleatoria, lo que se deriva de su evolución contingente, mayor incluso que el que deparan las acciones ordinarias. Ahora bien, como ya se ha hecho alusión, se distinguen de las acciones ordinarias, en cuanto las participaciones preferentes es un valor de capital cautivo- en el contrato objeto de litis su plazo es perpetuo- al no ostentar derecho de participación en los órganos sociales de la entidad emisora que pudiera permitir a su titular participar en el control del riesgo asumido. Sin olvidar que carecen del derecho a la suscripción preferente respecto de futuras emisiones, ni derecho de participación en las ganancias repartibles de la entidad emisora, ni participa en la revalorización de su patrimonio, aunque, en sentido contrario sí participa en sus pérdidas.

Así, las participaciones preferentes se integran dentro de la categoría de valores complejos, siendo su consecuencia jurídica, que las participaciones preferentes son un producto complejo, de máximo riesgo, que no se integra dentro de lo que el artículo 79 bis 8 a) califica como valores no complejos, a

los efectos de la obligación de prestar información, sobre los mismos, por parte de la entidad emisora, o intermediaria financiera, como son:

Por un lado, los valores típicamente desprovistos de riesgo, y las acciones cotizadas como valores ordinarios éstas en cuanto su riesgo es de general conocimiento.

Y, por otro lado, el artículo 79 de la Ley de Mercado de Valores, considera valores no complejos aquellos que cumplan las siguientes condiciones:

1. - que existan posibilidades frecuentes de venta reembolso u otro tipo de liquidación a precios públicamente disponibles para quienes operen en el mercado, siendo estos precios bien los de mercado, o bien precios ofrecidos, o validados, por sistemas de evolución independientes del emisor.

2.- que no impliquen pérdidas reales o potenciales para el cliente que excedan del coste de adquisición del instrumento.

3.- que exista a disposición del público información suficiente sobre sus características, debiendo ser dicha información comprensible de modo que permita a los clientes minoristas medios para poder emitir un juicio fundado para decidir voluntariamente, y con todo la información a su alcance, si realizan o no la operación.

En el supuesto que nos comprende la emisión de participaciones preferentes Caja España serie C, se caracterizaba- visto el contenido del documento 8 aportado por la demandada, "tríptico resumen del folleto informativo completo"-, por ser producto perpetuo, si bien con derecho o facultad de amortización anticipada, solo para el emisor a partir del quinto año. Siendo su remuneración predeterminada y no acumulativa, y con una periodicidad para su remuneración trimestral. Así, estos títulos valores devengarían un 3% fijo anual desde el 11 de noviembre de 2004 al 10 de noviembre de 2005; 3,25% fijo anual desde el 11 de noviembre de 2005 al 10 de noviembre de 2006; 3,50% fijo anual desde el 11 de noviembre de 2006 al 10 de noviembre de 2007; 4,25% fijo anual desde el 11 de noviembre de 2007 al 10 de noviembre de 2008 y 5,15% fijo anual desde el 11 de noviembre de 2008 al 10 de noviembre de 2009; con posterioridad a esta fecha la remuneración de las participaciones preferentes serie C será pagadera trimestralmente con referencia al Euríbor a 3 meses incrementado en 0,10%.

TERCERO.- Analizando, ahora la excepción procesal de caducidad de la acción, esgrimida por la parte demandada, en relación al plazo de ejercicio de la acción, acción de anulabilidad, para los contratos de participaciones preferentes, cuyo ejercicio a tenor del artículo 1301 del CC sólo durará cuatro años, se debe señalar que en el cómputo de este plazo se distinguen:

En primer lugar, los casos en que su ejercicio esté motivado por intimidación o violencia, donde el plazo se computara desde el día siguiente a que la misma hubiese cesado.

No obstante, en segundo lugar, si el vicio trajera su causa de error, dolo o falsedad de la causa, el plazo se computará desde la consumación del contrato.

En este sentido, si bien no existe unanimidad jurisprudencial respecto de la fecha inicial del computo de estos plazos en los contratos de tracto sucesivo como el que nos ocupa, el cual tiene vocación de permanencia, con la salvedad de los supuestos de amortización, a partir del quinto año por el órgano emisor, y en el que existen rendimientos periódicos conocidos por los contratantes. Cabe advertir que la mayoría de las Audiencias se decantan por entender que el plazo para el ejercicio de esta acción no caduca hasta que el contrato se consuma.

Por lo que, no se debe confundir la fecha de perfección del contrato con la fecha de consumación de sus efectos. En consecuencia, si por consumación se entiende la fecha de realización de todas las obligaciones resultaría que, como ocurre en el caso enjuiciado, el plazo para el ejercicio de la acción no habría caducado, pues dicho contrato produce rendimientos periódicos.

Ahora bien, si por el contrario entendemos, como señala la parte demandada, que la retribución de rendimientos periódicos no se enmarca dentro de lo que se entiende por consumación del contrato, sino que entra dentro de su fase de agotamiento. Por lo que, entiende que en los contratos sinalagmáticos la consumación se produce desde el momento en que una de las partes ha cumplido la totalidad de las obligaciones derivadas del mismo. Olvida, sin embargo, que si bien no podría afirmarse- según esta tesis- que la consumación del contrato no debe coincidir necesariamente con el abono de las remuneraciones, pues sería tanto como afirmar que en contratos como el presente, en el que se prevén pagos de remuneraciones periódicas este no se consumaría nunca, si se puede concluir que la consumación no se produce hasta el vencimiento del ejercicio del derecho de amortización de la inversión, que se reserva a su favor la entidad emisora, y que, según el tríptico resumen aportado por la demandada en el acto de la vista, se podrá ejercitar a partir del quinto año, cumpliendo una serie de requisitos que también señala.

En consecuencia, si fijáramos como fecha de consumación del contrato la fecha de efectiva compra de orden de valores, participaciones preferentes, y el pago del precio por los actores, se estaría omitiendo que el contrato contempla una parte esencial pendiente de ejecutarse como es el derecho de amortización de la participaciones por parte de la entidad emisora, pues es precisamente con el ejercicio de esta facultad de amortización cuando, la otra parte contratante, puede constatar el error ahora denunciado, ya que es, en ese preciso momento, cuando los actores podrían haber conocido la extensión real de los riesgos que habrían asumido con la contratación de este producto.

No resulta, de este modo, lícito fijar como fecha de consumación del contrato la fecha de abono de los rendimientos de las participaciones preferentes, pues tal circunstancias no permite al cliente bancario conocer el alcance real de los riesgos asumidos al contratar este producto, en cuanto en épocas de bonanza este producto funcionó de forma similar a un plazo fijo con retribuciones periódicas. Lo que impediría al cliente bancario salir de su error.

Todo ello sin olvidar, que conforme al artículo 6.3 y artículo 7 del CC, si resultara probado que la actuación de la entidad bancaria, fue contraria a la buena fe, y a las normas imperativas y prohibitivas, el contrato resultaría nulo, y los contratos nulos no se pueden sanar ni convalidar. A lo que se hará alusión en fundamento jurídico posterior

En consecuencia la excepción de caducidad ha de ser desestimada.

CUARTO.- Expuesto cuanto antecede, en el caso sometido a consideración judicial, no debemos olvidar que, a la fecha de la firma del contrato objeto de contienda, en la oferta y contratación de este producto financiero- 28/08/2008 documento 1-A de la demanda-, estaba ya en vigor, y por ello sometida al marco específico de exigencias informativas precontractuales que le impone la conocida como "normativa MIFID", procedente de la Directiva 2004/39/CE, que fue incorporada al ordenamiento español por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que a este efecto modificó la Ley 24/1988, del Mercado de Valores, y es desarrollada por el RD 217/2008, de 15 de febrero, resultando aplicable a las entidades que presten servicios de inversión y oferten productos financieros cual el litigioso.

No obstante, y a pesar de la regulación normativa de este producto, ya citada, al pie del contrato litigioso se hace constar "ADVERTENCIA: por tratarse de un producto financiero no complejo en la prestación del servicio de inversión solicitado por el cliente, Caja España no está obligada a evaluar la adecuación del mismo a sus características como inversor".

Este hecho que infringe ya la propia normativa reguladora del mercado de valores, pone de relieve el incumplimiento esencial de la entidad bancaria en la contratación de estos productos que fueron comercializados de forma masiva, por la misma, entre clientes minoristas. Vulnerando en la forma de comercialización las normas de competencia desleal con publicidad engañosa, y por ello ilícita, provocando una distorsión del comportamiento en el mercado de los consumidores y usuarios.

Ello es así, por cuanto el referido marco normativo, es desarrollado por lo que aquí importa, en los siguientes preceptos: a) El artículo 78 Ley de Mercado de Valores que establece que las empresas de servicios de inversión y las entidades de crédito que presten servicios sujetos a la citada ley deberán someterse a las normas de conducta contenidas en el Título VII y a los códigos de conducta que, en desarrollo de las normas a que se refiere el párrafo a) anterior, apruebe el Gobierno o, con habilitación expresa de éste, el Ministro de Economía a propuesta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

En este sentido, el artículo 78 bis de la citada Ley ordena a las empresas de servicios de inversión, o que ofrezcan a sus clientes dichos servicios o productos financieros, recabar la información necesaria para clasificar a sus clientes en dos categorías básicas: profesionales o minoristas. Según el apartado 2, tendrán la consideración de clientes profesionales aquellos a quienes se presuma la experiencia, conocimientos y

cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos, y serán clientes minoristas- apartado 4 del mencionado precepto- todos aquellos que no tengan adquirido ese acervo de experiencia y conocimiento.

Es evidente que esta clasificación de la clientela tiene por finalidad adecuar o adaptar la concreta información precontractual, que ha de ser suministrada por las empresas de servicios o productos de inversión, al perfil del cliente, adaptación que sin duda requerirá un mayor despliegue informativo si éste no es profesional, habituado, y con experiencia a este tipo de productos financieros.

Por otra lado, el artículo 79 bis del citado texto legal impone a estas mismas entidades la obligación de mantener informados adecuadamente, y en todo momento, a sus clientes.

Esta información, necesaria sobre todo en la fase precontractual, incluida la publicitaria, deberá ser "imparcial, clara y no engañosa". Las entidades financieras, deberán proporcionar a los clientes, "de manera comprensible", información adecuada sobre la entidad y los servicios que prestan, es decir, sobre los productos o valores que ofertan; sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión, 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 les ofrece, para que puedan tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa. Esta información podrá facilitarse en un formato normalizado, pero en todo caso "deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias", y - apartado 5 del artículo 79 bis- 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.

El apartado 7 de citado precepto profundiza aún más en la protección precontractual al cliente al disponer que la empresa de servicios de inversión, o la entidad bancaria en este caso la emisora, deberá solicitar al cliente "que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente" y, en base a esa información, si la entidad considera que el producto o el servicio de inversión no es adecuado para el cliente, se lo advertirá.

En este orden de circunstancias, el RD 217/2008 reitera y desarrolla la normativa de protección al cliente efectivo o potencial de este tipo de productos financieros, disponiendo su artículo 60, que a los efectos de lo dispuesto en el artículo 79 bis, punto 2, Ley de Mercado de Valores, toda información, incluidas las comunicaciones publicitarias, dirigida a clientes minoristas, incluidos los clientes potenciales, o difundida de tal manera que probablemente sea

recibida por los mismos, deberá cumplir las siguientes condiciones: "ha de ser "exacta", en el sentido de que no exprese los beneficios potenciales de un servicio de inversión o de un instrumento financiero sin indicar también los riesgos pertinentes, de manera "imparcial y visible"; "suficiente y comprensible" para cualquier integrante medio del grupo al que se dirige o para sus probables destinatarios; y "no ocultará, encubrirá o minimizará ningún aspecto, declaración o advertencia importantes".

Su artículo 73 regula el "test de conveniencia" que tiene por objeto determinar "si el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado. En este sentido, la entidad podrá asumir que sus clientes profesionales tienen la experiencia y conocimientos necesarios para comprender los riesgos inherentes a esos servicios de inversión y productos concretos, o a los tipos de servicios y operaciones para los que esté clasificado como cliente profesional". Y el 74.2 profundiza más en esta evaluación a cargo de la entidad financiera, exigiendo que la misma se extienda a los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que esté familiarizado el cliente, la naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el período durante el que se hayan realizado, el nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes, etc.

En relación con la carga de la prueba del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, y sobre todo en el caso de productos de inversión complejos, la jurisprudencia menor se caracteriza por citar la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 14 de noviembre de 2005, en la que se afirma que la diligencia en el asesoramiento no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes, y, en segundo lugar, la carga probatoria acerca de tal extremo debe pesar sobre el profesional financiero, lo cual por otra parte es lógico por cuanto desde la perspectiva de los clientes se trataría de un hecho negativo como es la ausencia de dicha información.

QUINTO.- En atención a todo ello, se debe examinar si la entidad de demandada tanto en su modalidad de entidad que prestó un servicio de inversión y auxiliar, como en su condición de entidad emisora de las participaciones preferentes, dio cumplimiento a las obligaciones legalmente exigibles, permitiendo al inversor, cliente en el supuesto que nos comprende minorista y consumidor, entender la naturaleza del producto, y evaluar si el mismo se ajustaba a sus necesidades, así como las ventajas y riesgos inherentes a la operación propuesta.

En este orden de circunstancias, se invoca por la parte demandada que la misma informó cumplidamente a los actores, lo que no resultó probado en modo alguno. Así que:

En lo que se refiere a la información precontractual previa a la suscripción del contrato de orden de valores de fecha 28 de agosto de 2008, resulta que la misma fue inexistente, y así se desprende de la prueba documental aportada en los presentes autos. Pues aún cuando, consta adjunto como documento aportado por la parte demandada, el resumen informativo de la emisión de estos valores, la demandada no ha probado que el mismo fuera entregado a los actores y menos cuando, de ser entregado, en que momento lo fue: si antes de la firma del contrato, coetáneamente, o posteriormente a la suscripción de éste. Sin olvidar que, no se cumple con la obligación de información, impuesta por las normas legales en vigor a la firma del contrato, con la mera entrega de un resumen de información, pues la demandada debía de haberse cerciorado si los actores comprendían los conceptos y términos del mismo.

En lo que respecta a la valoración y calificación de los actores como clientes minoristas o profesionales, tampoco consta que la entidad demandada les hubiera requerido información de alguna clase, pues nada ha acreditado la misma sobre este particular, siendo que tampoco evaluó ni su condición de cliente, test de idoneidad, ni sus conocimientos sobre el producto que suscribían, test de conveniencia, pues no realizó a los actores, la entidad bancaria, ni uno ni otro test incumpliendo de forma plausible la normativa mencionada en fundamento jurídico precedente.

Por lo que, si a todo ello, y a esa desinformación le añadimos que los actores confiaban en el personal de la entidad bancaria de la que eran clientes desde el menos el año 1991 la conclusión no puede ser otra que negar las afirmaciones vertidas por la demandada no sólo en cuanto a la existencia de información clara, y precisa, sino en cuanto a la existencia verdadera información con la cual los actores pudieran haber comprendido el alcance de los riesgos que asumían con la firma de este producto.

Ello se confirma, cuando se escucha la declaración prestada en el acto de juicio prestada por D. [REDACTED] quien comercializó estos valores a los actores, y ello aún cuando el contrato, por parte de la entidad demandada, este suscrito por el director de la oficina, D. [REDACTED] que sólo firmó el contrato y no participó en su comercialización y así la manifestó, al declarar, en el acto de juicio.

En este sentido, D. [REDACTED] refirió que: "trató con [REDACTED] con su mujer no podría decir ni si ni no", no les pidió ninguna documentación para valorar su perfil inversor, "no recuerda haber efectuado test de idoneidad, ni test de conveniencia, con las ordenes automáticamente salía el test, una copia de la orden y una copia del contrato", "se le informaba del tipo de interés, características y de la fecha en la cual la Caja había decidido amortizar la inversión". "El no consideraba este producto como complejo, hoy no tiene la misma percepción que tenía, no recuerda decir que era un plazo fijo lo que decían era que funcionaba como un plazo, él lo entendía como un plazo y así lo transmitió. Todos los riesgos que ahora figuran leyendo la documentación no se los transmitió y tampoco les dijo que era un producto perpetuo".

Por todos estos hechos, la valoración probatoria de lo relacionado en sendos escritos de demanda y contestación, y sobre todo de la práctica de la prueba documental, y testifical del Sr. _____ obliga a concluir que los demandantes no recibieron la información precontractual, contractual y postcontractual- comunicación de los estados de solvencia de la entidad- obligada a tenor de la normativa reguladora. Así, no consta acreditado que fuere entregada al cliente información documental previa, y la facilitada, en el acto de la firma, conformada por el contrato de orden de compra de valores, participaciones preferentes, no permitió conocer de forma comprensible la naturaleza del producto contratado, siendo el producto adquirido de gran complejidad y alto riesgo inversor subordinado a la rentabilidad del emisor, y claramente contraindicado o contrario al perfil minorista y conservador de la cliente.

Tampoco consta acreditado, que los actores hubieran recibido otra información distinta que la que consta en el propio contrato, pues la demandada aun cuando trajo al acto de juicio a declarar como testigo al empleado de la entidad demandada, que prestó asesoramiento o información a los demandantes, resulta que de poco o de nada les pudo informar cuando ni él mismo conocía el producto al que describía como rentable y de libre disposición "no informando de sus riesgos, ni de su naturaleza perpetua, y refiriéndose a este producto que funcionaba como un plazo", lo que es totalmente opuesto a las principales características de las participaciones preferentes, que son un producto perpetuo, y de alto riesgo, al tiempo que una emisión de deuda de la entidad bancaria que computa como recursos propios de la misma.

SEXTO.- La violación de referido deber de información subyacente en la relación contractual, resulta que no puede quedar impune, instando la parte actora que la demandada sea sancionada con la nulidad radical o de pleno derecho del contrato de orden de suscripción de 18 títulos de participaciones preferentes por violación de la normativa imperativa protectora del cliente y consumidor del servicio bancario.

Así, el artículo 1 de la Ley de Mercado de Valores extiende su objeto a "la regulación de los sistemas españoles de negociación de instrumentos financieros, estableciendo a tal fin unos principios de su organización y funcionamiento y las normas relativas a los instrumentos financieros objeto de su negociación y a los emisores de esos instrumentos".

Dentro de la referida regulación normativa, destaca el Título VII, relativo a las normas de conducta aplicables a quienes presten servicios de inversión, cuyo valor imperativo destaca la doctrina emanada de las Audiencias Provinciales, debiendo destacar la reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de León de 26 de Octubre del 2012, a cuyo tenor, "por tales normas no debe de entenderse una especie de código ético o principios de actuación, sino auténticas obligaciones, como así resulta de la rúbrica de diversos artículos que se integran en dicho título: sujetos obligados (artículo 78),

obligaciones de diligencia y transparencia (artículo 79), obligaciones de información (artículo 79 bis). En modo alguno se pueden considerar estas normas de conducta como supuestos de infracción a efectos de una eventual sanción, en primer lugar porque se regulan de forma separada a las infracciones y sanciones. En segundo lugar porque, como en el título VII se indica, son "normas" y, por lo tanto, son de obligado cumplimiento (artículos 70.1 y 78 LMV). Y, en tercer lugar, porque regulan las relaciones entre sujetos vinculados por un vínculo contractual: el prestador de servicios de Inversión y su cliente (el inversor). En la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de fecha 22 de diciembre de 2009, se ofrece respuesta al respecto al decir: "No es aceptable la afirmación de la parte recurrente en el sentido de que la infracción de normas administrativas no puede dar lugar a la nulidad de un contrato, pues esta Sala, en aplicación del artículo 6.3 CC, invocado como infringido, tiene declarado que cuando, analizando la índole y finalidad de la norma legal contrariada y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, la normativa administrativa resulta incompatible con el contenido y efectos del negocio jurídico deben aplicarse las pertinentes consecuencias sobre su ineficacia o invalidez (STS de 25 de septiembre de 2006) y no es obstáculo a la nulidad que la prohibición administrativa no tenga carácter absoluto (STS de 31 de octubre de 2007). Por lo tanto, las normas de la Ley de Mercado de Valores integran de modo imperativo la actividad contractual, tanto la fase precontractual como el acto mismo de contratación como el desenvolvimiento del contrato, y su infracción puede dar lugar a la nulidad del contrato (artículo 6.3 del Código Civil)".

En el supuesto de autos, la actuación de la entidad demandada incumplió los códigos de conducta reguladores de sus relaciones con los demandantes, clientes minoristas y consumidores, pues la información facilitada no se acomodó a las exigencias impuestas por el artículo 79, resultando contrario su proceder a referida norma imperativa, lo que ha de ser sancionado con la nulidad radical del contrato celebrado con los efectos del artículo 1303 y siguientes del CC.

En tal sentido, la nulidad de pleno derecho declarada, por infracción de normas imperativas (artículo 6.3 CC) carece de eficacia ex tunc. La nulidad es perpetua e insubsanable, por lo que ni la doctrina de los actos propios, ni la de la confirmación (artículo 1310), son aplicables en materia de nulidad radical o de pleno derecho contractual, y por ello la ley impide que el negocio jurídico produzca efectos, dotando a la acción de imprescriptibilidad, lo que hace preceptivo deshacer el intercambio de prestaciones, volviendo las cosas al ser y estado anterior, con reciprocidad en la restitución, devolviendo las cosas, sus frutos, productos o rentas, y, en su caso, intereses, ex artículos 1303, 1307, 1308 en relación con el 1100 CC, sin que resulten aplicables los efectos del artículo 1306 CC, que se ocupa de los efectos restitutorios especiales en las hipótesis de nulidad negocial derivados de la ilicitud de la causa o el objeto cuando unos hechos no sean constitutivos de delito o falta, sin embargo la comercialización de las participaciones preferentes por entidades de crédito es una práctica permitida y regulada por

nuestro ordenamiento, de ahí que no pueda concluirse que la orden de compra de participaciones preferentes carezca de causa o ésta resulte ilícita, en los términos del artículo 1277 del CC.

SÉPTIMO.- Los efectos de la nulidad que se declara se establecen en el artículo 1303 del CC, que impone que deben restituirse recíprocamente las cosas objeto del contrato con sus frutos y el precio con sus intereses.

En consecuencia, el precepto define la "restitutio in integrum", con retroacción "ex tunc" de la situación, es decir, se intenta que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador.

Es por ello, que la entidad bancaria, al ser consecuencia directa de la declaración de nulidad, deberá devolver a los actores la cantidad de 18.000€- entregados como precio por la compra de participaciones preferentes-, reintegrando los actores a la demandada las cantidades percibidas como, fruto de ese contrato, liquidación de intereses, rendimientos, por la suscripción de las participaciones preferentes, que en su día se determine en ejecución de sentencia- es decir el fruto del producto objeto de compra, los intereses abonados durante el período de vigencia de las participaciones preferentes.

La cantidad invertida por la parte actora, en participaciones preferentes, devengará, no obstante, los intereses legales correspondientes desde la fecha de suscripción del contrato originario de fecha 28 de agosto de 2008, como solicita la parte, pues así lo contempla el artículo 1303 del CC, deberá restituirse el "precio con sus intereses", que serán los previstos en el artículo 1108 del CC.

La estimación de la acción principal de nulidad y/o anulabilidad de suscripción de la orden de compra de valores, en este caso, participaciones preferentes comporta automáticamente la de los contratos vinculados a las mismas de depósito o administración de valores de la misma fecha o fecha próxima, pero en todo caso vinculados y dependientes de los primeros, con los que guardan unidad funcional. Así como la nulidad del acto jurídico por el cual el 28/05/2013 los 18 títulos de participaciones preferentes Caja España Serie C suscritas por un importe de 18.000,00€, se convirtieron en bonos de Caja España necesaria y contingentemente convertibles en acciones ordinarias de nueva emisión de Banco CEISS.

OCTAVO.- En cuanto a las costas, se hace especial declaración sobre las costas causadas en la instancia, en tanto la misma ha sido estimada íntegramente, siendo que, además, fue la demandada quien con su negligente conducta provocó el error que anula el contrato objeto de contienda, incumpliendo el principio de buena fe contractual.

VISTOS los preceptos anteriormente mencionados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que **debo estimar, y estimo**, la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Sra. Uria Mirat, quien actúa en nombre y representación de

contra **BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA y SORIA, SA** representada por el Procurador de los Tribunales Sr. Morán Fernández, y en consecuencia, **debo declarar y declaro la nulidad del siguiente contrato:** de orden de suscripción de participaciones preferentes a que se refiere la orden de valores número de fecha 28/08/2008, con un valor nominal de 18.000,00€, correspondiente a 18 títulos de un valor nominal de 1.000,00€ cada uno, denominados "part. C. España- serie C"; con todas las consecuencias inherentes a esta declaración, **condenando a BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES SALAMANCA, y SORIA, SA** a estar y pasar por esta declaración, con la obligación de restitución recíproca de las cantidades abonadas en virtud de este contrato que se declara nulo, a una u otra parte contratante, así como al pago, a favor de los actores

, de los intereses legales que devengue la cantidad que debe serle reintegrada (18.000,00€), que se computará desde el 28 de agosto de 2008, hasta sentencia, y desde esta hasta su completo pago los del artículo 576 de la LEC.

Asimismo, **debo declarar y declaro** que la nulidad de esos contratos suscritos por la actora,

y la demandada **BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA y SORIA, SA** comporta, automáticamente, la de los contratos vinculados al mismo de la misma fecha o fecha próxima, y de los demás contratos vinculados y dependientes de ellos, con el que guardan unidad funcional, como el canje de valores por bonos necesaria y contingentemente convertibles en acciones de BCEISS.

Todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada.

Notifíquese la Sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer **RECURSO DE APELACIÓN**, ante este mismo Juzgado, en el plazo de **VEINTE** días, contados desde el día siguiente a aquél en que se notifique esta resolución de conformidad con lo dispuesto en los artículos 458 y siguientes de la LEC.

Llévese el original al libro de sentencias.

Así por ésta mi Sentencia, lo pronuncia, manda y firma, DOÑA AMELIA MARÍA PÉREZ MOSTEIRO, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Ponferrada, y su partido.