

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N°. 10  
VALENCIA  
AV. DEL SALER (CIUDAD DE LA JUSTICIA), 14°-3°

JUICIO ORDINARIO NÚMERO [REDACTED] / [REDACTED]

**SENTENCIA n°. 187 /2014**

En Valencia, a diecisiete de octubre de dos mil catorce.

Vistos por D. Juan Carlos Artero Mora, Magistrado titular del Juzgado de Primera Instancia número 10 de Valencia, los presentes autos de **juicio ordinario**, seguidos en este Juzgado con el número **1175/2013**, promovidos por D<sup>a</sup>. [REDACTED] y D. [REDACTED], representados por el Procurador D. Manuel A. Hernández Sanchis y defendidos por la Letrada D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup>. Dolores Arlandis Almenar, contra **CAIXABANK, S.A.**, representada por la Procuradora D<sup>a</sup>. [REDACTED] y defendida por la Letrada D<sup>a</sup>. [REDACTED], sobre **nulidad, anulabilidad e incumplimiento contractual**.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por la indicada representación de D<sup>a</sup>. [REDACTED] y D. [REDACTED] se formuló demanda de juicio ordinario que por turno de reparto correspondió a este Juzgado contra CAIXABANK, S.A., demanda en la que, después de invocar los hechos y fundamentos jurídicos que estimó de aplicación, terminaba interesando se dictara sentencia por la que, estimando íntegramente la demanda:

A.- Con carácter principal, se declare la nulidad, o en su caso anulabilidad, por alguna o todas las siguientes causas:

1. Error en el consentimiento de los demandantes en la suscripción de las órdenes de compra/contratos de Participaciones Preferentes Repsol 01 y Participaciones Preferentes Repsol 02.

2. Por vulneración de normas imperativas por CAIXABANK, S.A.

3. Por dolo omisivo.

Todo ello con la consecuencias legales inherentes a dicha declaración y condenando a la entidad demandada al pago de intereses legales desde la fecha de las inversiones así como los correspondientes desde la fecha de interposición de esta demanda.

B.- Subsidiariamente, en supuesto de no estimarse el anterior postulado:

Declare que por la entidad demandada CAIXABANK, S.A., se ha incumplido dolosamente, o cuanto menos, culposamente, las obligaciones de información, diligencia y transparencia en su relación con los demandantes; y, en consecuencia,

Condene a la entidad demandada, al resarcimiento a los demandantes, en concepto de daños y perjuicios, del importe de 84.000 euros, con sus intereses legales correspondientes.

Todo ello, y en cualquier caso, con imposición de las costas procesales causadas en el presente procedimiento a la entidad demandada.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda, se dio traslado de la misma a la demandada para que compareciera y contestara, verificándolo en su nombre la Procuradora D<sup>a</sup>. [REDACTED] [REDACTED] quien se opuso a la demanda y solicitó la desestimación de la misma, con condena en costas de la actora.

**TERCERO.-** Convocadas las partes a la preceptiva audiencia previa el día 8-4-14, durante su celebración sus direcciones técnicas se ratificaron en sus respectivos escritos de demanda y contestación y formularon alegaciones. Fijados los hechos controvertidos, propusieron prueba documental y testifical de D. [REDACTED] [REDACTED], D<sup>a</sup>. [REDACTED] [REDACTED] y D<sup>a</sup>. [REDACTED] [REDACTED], y pericial de D<sup>a</sup>. Nuria María García Pascual, que fue admitida, y a continuación se señaló día y hora para la celebración del juicio.

**CUARTO.-** En fecha 8-10-14 se celebró la vista, en la cual se practicó la prueba admitida, formulando acto seguido las partes sus conclusiones, con lo cual quedaron los autos vistos para sentencia.

**QUINTO.-** En la tramitación de este procedimiento se han observado todas las prescripciones legales.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Ejercitan los demandantes pretensión principal de nulidad o anulabilidad del contrato de compra de participaciones preferentes por error en el consentimiento, vulneración de normas imperativas o dolo omisivo, y subsidiariamente de responsabilidad por incumplimiento contractual, y alegan al efecto, en síntesis: 1) la Sra. [REDACTED] tenía 68 años en la fecha de la primera adquisición y 71 en la segunda, actualmente está jubilada y trabajó como auxiliar de enfermería, mientras que su hijo está en situación de desempleo, cursa estudios de ingeniería informática, y ha trabajado ocasionalmente en grandes almacenes; 2) ninguno de ellos había realizado nunca operaciones con productos semejantes a los aquí contratados ni de riesgo elevado, siendo su perfil claramente conservador, por lo que reiteraban a la entidad financiera que sólo deseaban contratar productos sin riesgo y que contaran con liquidez y disponibilidad, y así han sido únicamente titulares de libretas de ahorro, imposiciones a plazo fijo y seguros de hogar; 3) ambos eran clientes desde hacía más de 25 años de La Caixa, y hace 10 años trasladaron su dinero a la urbana de dicha entidad de la calle Yecla; 4) con motivo de dicho traslado de cuentas corrientes y plazos fijos, el director de la nueva urbana y su subdirectora les ofrecieron el traslado de sus ahorros a lo que presentaron como un depósito que podía recuperarse en cualquier momento, sin riesgo alguno y con un elevado interés; 5) aceptando dicho consejo y sin conocer la naturaleza del producto que suscribían, con fecha 2 de diciembre de 2008 firmaron un contrato de depositaria y administración de valores y una adenda sobre instrumentos financieros (documentos 5 y 6 de la demanda), y el 4 de diciembre de 2008 suscribieron una orden de compra de participaciones preferentes Repsol E.01 por un valor nominal de 75.000 euros (documento 7); 6) en febrero de 2011 el personal de la entidad reiteró una oferta semejante, y así el 23 de febrero de 2011 los actores suscribieron dos órdenes de compra de participaciones preferentes Repsol E.02 por importes de 6.000 euros y 3.000 euros, respectivamente

(documentos 9 y 10); 7) las órdenes de compra adolecen de numerosos defectos y omisiones en cuanto a las características de la operación realizada, además de que no se sometió a los demandantes al preceptivo test de idoneidad ni se les facilitó información precontractual ni ningún documento previo a la firma de las órdenes; 8) las participaciones preferentes son instrumentos de muy difícil comprensión para inversores no especializados y están catalogados como productos complejos. Solicitan por todo ello la declaración de nulidad o anulabilidad de los contratos con restitución de las prestaciones realizadas, incluyendo la condena de la entidad demandada al pago de intereses legales desde la fecha de las inversiones, o subsidiariamente, la declaración de incumplimiento contractual y la condena a la devolución del importe entregado más los intereses legales.

La entidad demandada opone con carácter previo su falta de legitimación pasiva al ser totalmente ajena al negocio jurídico cuya nulidad se solicita, ya que en el mismo fueron partes los demandantes como compradores, Repsol International Capital Limited como emisora y Repsol YPF, S.A. como garante, interviniendo la demandada como mera colocadora o intermediaria en la operación de compra de los títulos, sin prestar asesoramiento ni recomendación personalizada alguna. En cuanto al fondo, aduce que su personal informó a los clientes de sus posibilidades de inversión, prestando información correcta acerca de los productos contratados, que en ningún momento fueron ofrecidos como un plazo fijo o una inversión segura o sin riesgo, y aquellos tomaron libremente su decisión. Añade que también cumplió con sus obligaciones posteriores como depositaria de las participaciones preferentes, remitiendo periódicamente a los titulares información completa sobre su valor patrimonial y cotización, y comunicando la oferta de recompra publicada por la entidad emisora, además de abonar los cupones correspondientes a los intereses de dicho activo financiero.

**SEGUNDO.-** Comenzando por el examen de la excepción de falta de legitimación pasiva, la entidad demandada la formula argumentando que no ha sido parte en el negocio litigioso de compra de los valores, limitándose a intervenir en el mismo como intermediaria.

La excepción no puede ser acogida, teniendo en cuenta que, tanto en virtud de los documentos que reflejan las órdenes de compra de valores, como de las declaraciones testificales de los empleados de la demandada -que después serán analizadas con mayor profundidad-, se infiere que los

demandantes únicamente tuvieron relación contractual con la entidad bancaria, cuyo personal les ofreció un producto al que podían destinar sus ahorros, sin ponerles en contacto con el titular y vendedor del mismo. De hecho, la supuesta relación negocial a que se refiere la parte demandada no se establecería entre los compradores y las entidades emisora y garante de las participaciones preferentes, sino entre aquellos y el sujeto vendedor de los títulos, cuya identidad se desconoce por completo y no figura en ninguno de los documentos obrantes en la causa. Por consiguiente, en la medida en que los clientes únicamente mantuvieron relación contractual con la entidad bancaria, ésta se encuentra legitimada para soportar la pretensión de anulación del contrato.

Este criterio ha sido mantenido en diversas sentencias de la sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia, entre las cuales cabe citar la de 2 de diciembre de 2013:

*"La Sala no comparte la razón del juzgador y acepta los argumentos en este punto de la parte impugnante. No nos encontramos, en rigor jurídico, ante un contrato de compraventa por el que la entidad demandada "vende" en nombre de tercero unas participaciones preferentes, sino ante un negocio de inversión que es mediado (prestado) por la entidad demandada a la que se imputa incumplir las normas legales (esencialmente la Ley de Mercado de Valores y RD 1993 de 3 de mayo) que reglan la información en tal clase de negocios y se concluye como sanción por dicha vulneración con la nulidad de esos negocios y también por la producción de un error en el cliente inversor causado por tal infracción. Estas normas de actuación de obligado cumplimiento en este sector, son exigibles conforme al artículo 78 de la Ley de Mercado de Valores, entre otros, a las empresas de servicio de inversión (además de las emisoras) cualidad que al caso es indudable presta la demandada. Por tanto, siendo el contrato por el que el actor adquiere las participaciones preferentes otorgado entre los litigantes y siendo a tal acto al que se imputa esa infracción legal y error en el consentimiento por la omisión de información, es evidente por el principio de relatividad contractual (artículo 1257 Código Civil) que sus efectos se despliegan entre esas partes y por tal imputación la demandada está sobradamente legitimada para soportar la acción deducida, pues es su conducta en la colocación de tal producto la que por las acciones entabladas debe ser objeto de examen y enjuiciamiento. A ello debe unirse que tales adquisiciones se enmarcan en el contrato de depósito de valores habido entre litigantes; que ... oferta al demandante este producto*

financiero y la orden de compra está suscrita y mediada por la demandada que además es quien percibe del actor el importe de la inversión y a quien va comunicando el devenir de dicha inversión".

**TERCERO.-** La sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sec. 1ª, de 4 de abril de 2013, describe de forma detallada las características de las participaciones preferentes:

"La participación preferente se regula en la disposición adicional segunda de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros, introducida en ésta por la Ley 19/2003, de 4 de julio, y modificada por el art. 1.10 de la Ley 6/2011, de 11 de abril, por la que se transpone a nuestro Derecho la Directiva 2009/111/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, en función, especialmente, de determinar las condiciones para admitir como recursos propios de las entidades de crédito a los que denomina instrumentos de capital híbridos, entre los que se incluye la participación preferente.

La participación preferente es un valor negociable de imprecisa naturaleza. Superficialmente parece responder a un valor de deuda por lo que, de partida, encajaría en la naturaleza propia de las obligaciones ex arts. 401 y ss. LSC, ya que éstas se caracterizan porque «reconocen o crean una deuda» contra su emisor; además, su regulación legal las califica como «instrumentos de deuda». Sin embargo, atendido su régimen legal y su tratamiento contable, resulta que la participación preferente se halla mucho más próxima a las acciones y demás valores participativos que a las obligaciones y demás valores de deuda.

En realidad se trata de productos complejos, volátiles, a medio camino entre la renta fija y variable con posibilidad de remuneración periódica alta, calculada en proporción al valor nominal del activo, pero supeditada a la obtención de utilidades por parte de la entidad en ese periodo. No confieren derechos políticos de ninguna clase, por lo que se suelen considerar como "cautivas", y subordinadas, calificación que contradice la apariencia de algún privilegio que le otorga su calificación como "preferentes" pues no conceden ninguna facultad que pueda calificarse como tal o como privilegio, pues producida la liquidación o disolución societaria, el tenedor de la participación preferente se coloca prácticamente al final del orden de prelación de los

créditos, por detrás concretamente de todos los acreedores de la entidad, incluidos los subordinados, y tan solo delante de los accionistas ordinarios, y en su caso, de los cotapartícipes (apartado h) de la Disposición Adicional Segunda Ley 13/1985, según redacción dada por la Disposición Adicional Tercera Ley 19/2003, de 4 de julio).

Otro aspecto que añade complejidad al concepto es la vocación de perpetuidad pues al integrarse en los fondos propios de la entidad ya no existe un derecho de crédito a su devolución sino que, bien al contrario, sólo constan dos formas de deshacerse de las mismas: la amortización anticipada que decide de forma unilateral la sociedad, a partir del quinto año, o bien su transmisión en el mercado AIAF, de renta fija, prácticamente paralizado ante la falta de demanda.

Las consideraciones anteriores apuntan sin duda alguna a la consideración del producto participaciones preferentes como un producto complejo, en modo alguno sencillo como alega la parte apelante. Calificación que también puede hacerse con fundamento en el actual art. 79 bis 8.a) Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores que considera valores no complejos a dos categorías de valores. En primer lugar, a los valores típicamente desprovistos de riesgo y a las acciones cotizadas como valores ordinarios éstas cuyo riesgo es de «general conocimiento». Así, la norma considera no complejos de forma explícita a las (i) acciones admitidas a negociación en un mercado regulado o en un mercado equivalente de un tercer país; (ii) a los instrumentos del mercado monetario; (iii) a las obligaciones u otras formas de deuda titulizada, salvo que incorporen un derivado implícito; y (iv) a las participaciones en instituciones de inversión colectiva armonizadas a nivel europeo. En segundo lugar, como categoría genérica, el referido precepto considera valores no complejos a aquellos en los que concurren las siguientes tres condiciones: (i) Que existan posibilidades frecuentes de venta, reembolso u otro tipo de liquidación de dicho instrumento financiero a precios públicamente disponibles para los miembros en el mercado y que sean precios de mercado o precios ofrecidos, o validados, por sistemas de evaluación independientes del emisor; (ii) que no impliquen pérdidas reales o potenciales para el cliente que excedan del coste de adquisición del instrumento; (iii) que exista a disposición del público información suficiente sobre sus características. Esta información deberá ser comprensible de modo que permita a un cliente minorista medio emitir un juicio fundado para decidir si realiza una operación en ese instrumento.

*La participación preferente es calificable como valor complejo porque no aparece en la lista legal explícita de valores no complejos y porque no cumple ninguno de los tres referidos requisitos".*

Tales características inciden directamente en las obligaciones de información y asesoramiento que deben observar las entidades que comercialicen el producto, muy especialmente cuando el mismo sea suscrito por un consumidor. Así, la antedicha sentencia de la Audiencia de Pontevedra de 4 de abril de 2013, tras realizar la descripción de las participaciones preferentes transcrita, puntualiza:

*"La consecuencia jurídica de ello es la prevista por el propio art. 79 bis LMV, especialmente en sus apartados 6 y 7, aplicable ante actos de asesoramiento o de prestación de otros servicios sobre ellas a favor de clientes minoristas. La empresa de servicios de inversión -entre las que se incluyen las entidades de crédito- que asesore, coloque, comercialice o preste cualquier clase de servicio de inversión sobre tales valores complejos debe cumplir determinadas obligaciones, y entre ellas, por lo que ahora interesa, una obligación de información imparcial, clara y no engañosa.*

*Deber de información reduplicado cuando de consumidores y usuarios se trata, como es el caso y es reconocido por la propia parte apelante. Consumidores minoristas como ya se ha aclarado en el fundamento jurídico segundo que, según lo dispuesto ya en el art. 13 Ley 26/1984, de 19 de julio, para la defensa de los consumidores y usuarios, o en su Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, art. 60, debe existir una información previa al contrato, relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales y en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas. Información comprensible y adaptada a las circunstancias".*

Tal obligación de información clara, completa y adaptada a las circunstancias de cada inversor se convierte en pieza clave para el enjuiciamiento del caso.

Así lo destaca, en el ámbito de la Audiencia Provincial de Valencia, la sentencia de la sección 6ª de 12 de julio de 2012:

*"Debe tenerse en cuenta que el artículo 79 de la Ley de Mercado de Valores, en su redacción primitiva, establecía como regla cardinal del comportamiento de las empresas de los*



servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente, la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses del cliente como propios. El Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, concretó, aún más, la diligencia y transparencia exigidas, desarrollando, en su anexo, un código de conducta presidida por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que aquí interesa, adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (art. 4 del Anexo 1), como frente al cliente (art. 5) proporcionándole toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquél de la decisión de inversión "haciendo hincapié en los riesgos que toda operación conlleva" (art. 5.3). Dicho Real Decreto fue derogado por la Ley 47/2007 de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley del Mercado de Valores, que introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2004/39 CE, sobre Mercados de Instrumentos Financieros, conocida por sus siglas en inglés como MIFID (Markets in Financial Instruments Directive). La citada norma continuó con el desarrollo normativo de protección del cliente introduciendo la distinción entre clientes profesionales y minoristas, a los fines de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros (art. 78 bis); reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el art. 79 bis regulando exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, entre otros extremos, sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece a los fines de que el cliente pueda "tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa" debiendo incluir la información las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias, no sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencias financiera y aquellos objetivos (art. 79, bis núm. 3, 4 y 7)".

Finalmente, no hay que pasar por alto que la situación descrita conlleva una inversión de la carga probatoria, de forma que la entidad financiera sujeta al cumplimiento de las mencionadas obligaciones es la parte que habrá de demostrar su diligente actuación en las operaciones realizadas, más aún cuando estamos ante productos adquiridos por consumidores. Así lo recuerda la mencionada sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia:

"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, ha de citarse la STS Sala 1ª, 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. Por tanto, el eje básico de los contratos, cualesquiera que sean sus partes, es el consentimiento de las mismas sobre su esencia, que no debe ser prestado, para surtir eficacia, de forma errónea, con violencia, intimidación o dolo, y esta voluntad de consentimiento para ser válida y eficaz exige por su propia naturaleza que los contratantes tengan plena conciencia y conocimiento claro y exacto de aquello sobre lo que prestan su aceptación y de las consecuencias que ello supone. Esta igualdad esencial que respecto de las partes debe presidir la formación del contrato, ha de desplegar su eficacia en las diferentes fases del mismo. En la fase precontractual debe procurarse al contratante por la propia entidad una información lo suficientemente clara y precisa para que aquel entienda el producto o servicio que pudiera llegar a contratar y si se encuentra dentro de sus necesidades y de las ventajas que espera obtener al reclamar un servicio o al aceptar un producto que se le ofrece. En la fase contractual basta como ejemplo la existencia de la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de Contratación, en cuyo artículo 8 se mencionan expresamente las exigencias de claridad, sencillez, buena fe y justo equilibrio de las prestaciones en el contrato suscrito entre las partes, que por la propia naturaleza del contrato van a ser fijadas por el Banco en este caso. Posteriormente, ya firmado el contrato, se exige igualmente arbitrar unos mecanismos de protección y reclamación que sean claros y eficaces en su utilización y que vayan destinados a la parte que pudiera verse perjudicada por la firma del contrato, en defensa de los posibles daños a sus intereses".

Asume igualmente este planteamiento la sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia, que en su sentencia de 23 de enero de 2014 declara lo siguiente:

"En cuanto al fondo litigioso, antes de dilucidar los puntos del recurso, el Tribunal debe dejar de forma clara una serie de apartados legales de aplicación al caso.

a) No se discute que tal producto de inversión es de riesgo y complejo y por ende sometido al marco legal de la Ley de Mercado de Valores que expresamente los recoge en el apartado 1-h) de su artículo 2 como producto comprendido en el ámbito de dicha Ley.

b) Tal nota compleja determina que el legislador haya impuesto una carga informativa y explicativa, enunciada como norma de conducta, por parte de la entidad comercializadora del producto tendientes a la protección de los inversores en las que se exige una determinada actuación informativa a desplegar por la entidad financiera en cuestión, con carácter previo y con un contenido o características señaladas por el propio legislador. Así la Ley de Mercado de Valores 24/1998 de 28 de julio, modificada por la Ley 47/2007 de diciembre de 2007 que traspone, entre otras, la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, (no íntegramente) en el ordenamiento español, tras proclamar el deber de transparencia y diligencia de esas entidades, su artículo 79 bis, enunciado como deber de información, exige a la entidad financiera un actuar con claridad, imparcialidad y no engañoso y por tanto la información que ha de practicarse como señala el art. 79 bis-2, ha de implicar que el cliente pueda, en palabras del legislador, "tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa " (art. 79 bis-3), es decir, que el cliente ha de conocer y comprender el alcance y contenido de la operación, el riesgo que asume y sólo cuando conoce tales aspectos decidir si acepta o no la operación. Ese deber informativo se ha reforzado, desarrollado y especificado aun más, manifestando así su trascendencia práctica, sobre todo a clientes minoristas, con el Real Decreto 217/2008 de 15 febrero, (aplicable al caso dada la época de concertación contractual) que exige como norma general la suficiencia de la información (artículo 60), la antelación suficiente en su práctica (artículo 62) salvo excepciones que no son al caso; y expresamente tratándose de productos financieros, "una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros" (artículo 64). En la descripción se deberá incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas. Es más si la información contiene datos sobre resultados futuros, el artículo 60.5 impone que "se basará en supuestos razonables respaldados por datos objetivos".

c) Consecuencia de tal complejidad el artículo 79 bis de la Ley de Mercado de Valores impone la obligación de realizar el test de conveniencia cuyo contenido viene fijado en el artículo 74 del RD 218/2008 de 15 de febrero citado, por el cual la entidad financiera ha de informarse sobre el conocimiento y la experiencia financiera del cliente. En tal sentido el precepto indica: " .. la información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos enumerados a continuación, en la medida en que resulten apropiados a la naturaleza del cliente, a la naturaleza y alcance del servicio a prestar y al tipo de producto o transacción previstos, incluyendo la complejidad y los riesgos inherentes: a) Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que esté familiarizado el cliente. b) La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el período durante el que se hayan realizado c) El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes."

Por ende, esa obligación informativa legalmente dispuesta y transcrita cobra una especial relevancia dada la complejidad contractual para que el cliente sepa el negocio que va a suscribir, para que comprenda y conozca realmente el alcance y contenido de la operación, el riesgo que asume y sólo cuando conoce tales aspectos decidir si acepta o no la operación. La carga justificativa de tal prestación corresponde a la entidad que comercializa tales productos y la omisión del deber informativo consecuente con que el cliente no esté "con conocimiento de causa", exigido legalmente para tomar la decisión en el campo del mercado de valores, puede producir un consentimiento no informado y por tanto viciado por concurrir error, (cuya prueba corresponde a quien lo proclama) al no saber o comprender el suscriptor la causa del negocio y debe ser sancionado por mor del artículo 1265 del Código Civil con la nulidad del contrato".

**CUARTO.-** Desde estas premisas, el examen de la prueba practicada en el caso conduce necesariamente a la conclusión de que la entidad demandada no ha cumplido con la carga probatoria mencionada respecto al cumplimiento de sus obligaciones de información al cliente, y ello por las siguientes razones:

1.- No se ha practicado una prueba eficaz relativa a la información que se suministró a los demandantes para la suscripción de este producto, puesto que el contrato de

depositaria y administración de valores (documento 5 de la demanda) es puramente general y no contiene descripción de este producto en concreto, y en cuanto a las órdenes de compra (documentos 7, 9 y 10), apenas contienen los datos de los clientes, fecha e importe, describiendo incluso el producto con una abreviatura "Part. Preferentes Repsol E.01 ó E.02" que desde luego resulta insuficiente para advertir de sus características y riesgos. Por otra parte, la demandada presenta un folleto informativo de la emisión (documento 4 de la contestación) que no acredita entregase a los actores.

Por lo que respecta a las declaraciones testificales, D. [REDACTED], director de la oficina, declara que trató únicamente con la Sra. [REDACTED] y que le explicó los tres riesgos propios de este producto, a saber, el tipo de interés, el riesgo de liquidez y el riesgo de que quebrase la entidad emisora, y manifiesta que la señora tenía un dinero y quería invertir, por lo que él la asesoró ofreciéndole varios productos, y que cree que ella entendió el producto en lo básico. La subdirectora D<sup>a</sup>. [REDACTED], por su parte, declara que ella no informó a la demandante sino que la negociación la llevó el director, y asimismo que cree que la señora entendió el producto porque no dijo lo contrario. Los demandantes han propuesto como testigo a D<sup>a</sup>. [REDACTED], prima de la Sra. [REDACTED], la cual declara que ella no pensaba que había contratado participaciones preferentes sino un depósito o plazo mejorado.

2.- En cuanto al perfil inversor de los demandantes y su conocimiento del mercado financiero, se ha presentado como documento 4 de la demanda la información fiscal de la Sra. [REDACTED] correspondiente a los ejercicios 2007 a 2011 en la que se observa que los productos contratados con la entidad demandada eran únicamente cuentas de ahorro y seguro de hogar, además de su clasificación como minorista por la propia entidad demandada (documento 6). Y en el mismo sentido, el testigo Sr. [REDACTED] reconoce que los demandantes tenían productos de ahorro, y la Sra. [REDACTED] confirma que su prima trabajaba como auxiliar de enfermería y se encuentra actualmente jubilada, y su sobrino está estudiando informática y alguna vez ha trabajado en almacenes, siendo ambos básicamente ahorradores, a lo que se han visto obligados por sus circunstancias, ya que la demandante ha tenido que criar sola a su hijo.

3.- Cabe citar por último el informe pericial emitido por la economista D<sup>a</sup>. Nuria María García Pascual (documento 25 de la demanda), ratificado y aclarado en el acto del juicio, en

el cual, además de apreciar las dos circunstancias reseñadas de insuficiencia de información previa a la compra y de falta de experiencia y conocimientos de los demandantes respecto a esta clase de productos, se analiza las participaciones preferentes, concluyendo que se trata de productos financieros complejos y de difícil comprensión para inversores no especializados.

Estas consideraciones sirven de base para la estimación de la acción de anulación del contrato por vicio del consentimiento.

Establece el artículo 1265 del Código Civil que "será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo", y el artículo 1266 dispone que "para que el error invalide el consentimiento debe recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo".

La jurisprudencia ha señalado reiteradamente los requisitos que deben concurrir para el éxito de esta acción, pudiendo citar, entre otras muchas, la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2010: "La doctrina ha venido sosteniendo que el error consiste en una representación equivocada de la realidad que produce la realización de un acto jurídico que de otra forma no se hubiese llevado a cabo o se hubiese realizado en otras condiciones. En muchas sentencias, que pueden resumirse en la de 11 diciembre 2006, se ha exigido que para que el error pueda invalidar el consentimiento, con el efecto de que produzca la anulación del contrato en el que concurre, "(...)es preciso, además, que el error no sea imputable al interesado, en el sentido de causado por él -o personas de su círculo jurídico-, (...), y que sea excusable, entendiéndose que no lo es cuando pudo ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular, requisito éste que no consta expresamente en el Código civil, pero lo viene exigiendo la jurisprudencia como un elemental postulado de buena fe(...)".

Teniendo en cuenta las apreciaciones antes realizadas en materia de prueba, cabe concluir que en el presente caso el consentimiento de los demandantes para la compra de las participaciones preferentes fue prestado por error, dadas sus circunstancias personales y su perfil inversor conservador, y ante la falta de prueba sobre el cumplimiento de los deberes de la entidad financiera en orden a la adecuada y completa información a sus clientes consumidores de los riesgos del

producto que suscribían.

**QUINTO.-** Por todo lo expuesto, debe prosperar la pretensión de anulación respecto de ambos negocios jurídicos. La consecuencia de tal declaración es la recíproca restitución de las cosas objeto del contrato y del precio con sus intereses, según lo dispuesto en el artículo 1303 del Código Civil.

Por consiguiente, la demandada habrá de restituir la cantidad de 84.000 euros más los intereses legales desde las fechas de las respectivas adquisiciones, y la actora devolverá el total de sumas percibidas en concepto de rendimientos -cuya determinación se realizará en ejecución de sentencia-, aplicando también el interés legal desde las respectivas fechas de percepción.

Los demandantes argumentan que los intereses que han percibido por estos productos deberían quedar en su poder, pues es la legítima retribución que se esperaba del depósito contratado, y que, de no ser así, el banco habría obtenido una rentabilidad con el dinero que se les entregó, mientras que los clientes veían que por ese dinero no se les daría retribución alguna y, además, no se les compensaría por su pérdida de valor.

El argumento no puede ser acogido: el precepto en cuestión impone la restitución de las prestaciones recíprocamente realizadas con la finalidad de reponer a las partes en el estado patrimonial previo a la celebración del contrato que se anula, y tal efecto quedaría vulnerado si los actores retuvieran la retribución percibida por el producto. Así lo declara, en el ámbito concreto de la anulación del contrato de suscripción de participaciones preferentes por vicio en el consentimiento, la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, sec. 4ª, de 19 de febrero de 2014:

*"Conforme a lo normado en el art. 1303 del CC declarada la nulidad de una obligación los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubieran sido materia de contrato con sus frutos y el precio con los intereses, salvo lo normado en los artículos siguientes, que se refieren a supuestos singulares previstos en los arts. 1305, 1306 y 1314 del CC, relativos respectivamente a ser ilícita la causa u objeto del contrato, concurrir causa torpe no constitutiva de delito o falta o incapacidad de un contratante, que no son aplicables al presente caso.*

Las SSTS de 11 de febrero de 2003, 6 de julio de 2005 y 15 de abril de 2009 recogen la jurisprudencia interpretativa del artículo 1303 del Código Civil, señalando que el mentado precepto "tiene como finalidad conseguir que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador (sentencias de 22 de septiembre de 1989, 30 de diciembre de 1996, 26 de julio de 2000), evitando el enriquecimiento injusto de una de ellas a costa de la otra (sentencias de 22 de noviembre de 1983, 24 de febrero de 1992, 30 de diciembre de 1996 -llegar hasta donde se enriqueció una parte y hasta donde efectivamente se empobreció la otra-), es aplicable a los supuestos de nulidad radical o absoluta, no sólo a los de anulabilidad o nulidad relativa, (sentencias de 18 de enero de 1904, 29 de octubre de 1956, 7 de enero de 1964, 22 de septiembre de 1989, 24 de febrero de 1992, 28 de septiembre y 30 de diciembre de 1996), y opera sin necesidad de petición expresa, por cuanto nace de la ley (sentencias de 10 de junio de 1952, 22 de noviembre de 1983, 24 de febrero de 1992, 6 de octubre de 1994, 9 de noviembre de 1999). Por consiguiente cuando el contrato hubiese sido ejecutado en todo o en parte procede la reposición de las cosas al estado que tenían al tiempo de la celebración (sentencias de 29 de octubre de 1956, 22 de septiembre de 1989, 28 de septiembre de 1996, 26 de julio de 2000), debiendo los implicados devolverse lo que hubieren recibido por razón del contrato (sentencias de 7 de octubre de 1957, 7 de enero de 1964, 23 de octubre de 1973). El art. 1303 del Código Civil se refiere a la devolución de la cosa con sus frutos (sentencias de 9 de febrero de 1949 y 18 de febrero de 1994) y el precio con sus intereses (sentencia de 18 de febrero de 1994, 12 de noviembre de 1996, 23 de junio de 1997), norma que parece ideada en la perspectiva de la compraventa, pero que no obsta su aplicación a otros tipos contractuales».

Pues bien, en el presente caso, la nulidad del contrato trae consigo la devolución de prestaciones con efectos *ex tunc*, y la pretensión de la actora de que se le restituyan las cantidades abonadas desde la celebración de los respectivos contratos y no desde la interposición de la demanda deviene legítima en virtud de la doctrina expuesta".

**SEXTO.-** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se impone a la parte demandada el pago de las costas procesales causadas.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y



pertinente aplicación,

### FALLO

Estimando la demanda interpuesta por D<sup>a</sup>. [REDACTED] y D. [REDACTED] contra CAIXABANK, S.A.:

1.- Declaro la nulidad, por vicio de error en el consentimiento prestado por los demandantes, de las adquisiciones de participaciones preferentes Repsol 01 y Repsol 0.2 por importes de setenta y cinco mil euros (75.000 €) y nueve mil euros (9.000 €), respectivamente.

2.- Condeno a CAIXABANK, S.A. a restituir a los demandantes la suma de ochenta y cuatro mil euros (84.000 €), más el interés legal desde que las fechas de suscripción de los productos; debiendo los actores restituir a CAIXABANK, S.A. la suma de rendimientos percibidos, a determinar en ejecución de sentencia, más el interés legal del dinero desde cada una de las fechas de ingreso de dichos rendimientos.

3.- Condeno a la demandada al pago de las costas del juicio.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que la misma no es firme y que contra ella cabe interponer **recurso de apelación** en el plazo de **veinte días** desde su notificación, presentando ante este Juzgado escrito en el que se habrá de exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna (artículo 458 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, modificado por Ley 37/2011, de 11 de octubre).

El recurso no se admitirá si al prepararlo la parte no acredita haber consignado en la entidad Banco Santander y en la "Cuenta de Depósitos y Consignaciones" abierta a nombre de este Juzgado, con referencia al presente procedimiento, la cantidad de **CINCUENTA (50) EUROS** en concepto de **DEPÓSITO PARA RECURRIR**, conforme a la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial (introducida por L.O. 1/2009, de 3 de noviembre).

Expídase testimonio de la presente resolución por el Sr.

Secretario, el cual se unirá a los autos de su razón, llevando su original al libro de sentencias de este Juzgado.

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