

JDO. PRIMERA INSTANCIA N.11 OVIEDO

SENTENCIA: 00172/2014

PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000321 /2014

DEMANDANTE D/ña. XXX XXX XXX XXX, XXX GONZALEZ XXX

Procurador/a Sr/a. RAMON BLANCO GONZALEZ, RAMON BLANCO GONZALEZ

Abogado/a Sr/a. JORGE ALVAREZ DE LINERA PRADO, JORGE ALVAREZ DE LINERA PRADO

DEMANDADO D/ña. CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES , C.A.M.P.

Procurador/a Sr/a. MARIA AKEMI FUKUI ALONSO

Abogado/a Sr/a. JUAN MANUEL PIÑEL LOPEZ

SENTENCIA

En Oviedo a once de septiembre de dos mil catorce. El Ilmo. Sr. Don Eduardo García Valtueña, Magistrado Juez del juzgado de Primera Instancia número 11 de Oviedo, ha visto los autos de juicio ordinario seguidos ante el mismo bajo el **número de registro 321/14** promovidos por el procurador Sr. Blanco González, en nombre y representación de don XXX XXX XXX XXX y doña XXX González XXX, con la asistencia del letrado Sr. Álvarez de Linera, contra Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria, Caja de Ahorros y Monte de Piedad, SAU (Banco Ceiss), que compareció representada por la procuradora Sra. Fukui Alonso y defendida por el letrado Sr. Piñel López.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el procurador Sr. Blanco González, en la representación citada, se promovió juicio ordinario contra Banco Ceiss, SAU en donde, tras exponer los hechos en que se basaba y alegar los fundamentos jurídicos que estimó aplicables al caso, terminó suplicando se declarara la nulidad del contrato de adquisición de participaciones preferentes serie I, con restitución a los demandantes de las prestaciones recíprocas, esto es, la demandada deberá devolver el principal pagado, más los intereses legales desde la fecha de abono, y el demandante los títulos recibidos, los intereses percibidos, incrementados en el interés legal desde la fecha de cobro.

SEGUNDO.- Se admitió a trámite la demanda por resolución de dieciséis de abril de dos mil catorce, acordando emplazar a la demandada para que contestara a la demanda contra la misma formulada, lo que así hizo interesando su desestimación.

TERCERO.- Con fecha once de junio de 2014 se celebró la audiencia previa al juicio con el objeto previsto en los artículos 414 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y tras fracasar el intento de acuerdo o transacción entre las partes y sin que se suscitara cuestiones procesales, todas las partes se ratificaron en sus respectivos escritos de demanda y contestación a la misma. Recibido el procedimiento a prueba, se admitió la propuesta en los términos que constan en la correspondiente acta.

CUARTO.- El día once de septiembre, tras una inicial suspensión, se celebró el acto de juicio, con la práctica de las pruebas admitidas y con el resultado que es de ver en la correspondiente acta.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO- Es objeto de litigio la petición de anulación de diversas suscripciones de participaciones preferentes, serie I, de la entidad demandada. Se funda la petición en la concurrencia de error en la prestación del consentimiento, derivado de la falta o insuficiente información facilitada por la demandada a la actora sobre la verdadera naturaleza jurídica y caracterización del contrato. La demandada alega la caducidad de la acción y sostiene la validez del contrato en atención a las condiciones personales de los demandantes y por haber observado la entidad bancaria el deber de información que le incumbía.

SEGUNDO.- La demandada opone la caducidad de la acción al entender que desde la celebración del contrato hasta la presentación de la demanda habían transcurrido un lapso temporal superior al previsto en el art. 1.301 CC. Debe señalarse que se trata de un plazo de prescripción y no de caducidad, aunque lo relevante radica en fijar el dies a quo del mismo.

Aun no siendo pacífico el criterio, conforme se desprende de las resoluciones judiciales citadas en la contestación a la demanda, debe insistirse que el plazo señalado debe considerarse de prescripción, aun cuando existen recientes sentencias del Tribunal Supremo que aluden a tal plazo como de caducidad. Señalaba la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 4º de 7 de noviembre de 2011 en un supuesto de permuta financiera: “Sostiene también la



recurrente que la acción estaría caducada por haber transcurrido el plazo de 4 años establecido en el art. 1301 del código Civil. Alegación ésta no formulada al contestar a la demanda, que tampoco puede prosperar. El plazo para el ejercicio de la acción de anulabilidad ha sido calificado mayoritariamente como de prescripción, y no de caducidad (así, sentencias del T.S. de 27 de marzo de 1987, 27 de marzo de 1989, 27 de febrero de 1997 y 1 de febrero de 2002). Incluso la sentencia de 6 de septiembre de 2006 que cita la apelante no dice lo que ella indica (en realidad reproduce el fundamento de la sentencia dictada por la Audiencia) sino que al tratarse en aquel caso de un acto nulo y no anulable, no es de aplicación el indicado plazo”. En el mismo sentido la sentencia del TS de 27 de febrero de 1.997 refleja que “el capítulo del Código Civil en que se encuentran enclavados los artículos que se dicen infringidos, regula la nulidad de los contratos; pero para centrar la cuestión, hay que proclamar que la terminología empleada en la normativa referenciada, es muy imprecisa, por eso se ha discutido si cuando en dichos artículos se habla de nulidad, ha de entenderse la misma, como de inexistencia contractual, de nulidad "ab radice" o de simple anulabilidad. Dicha cuestión, ya prácticamente ha sido solventada por la doctrina, y por una casi constante jurisprudencia de esta Sala que entiende que la tacha reflejada por dichos artículos ha de entenderse como de anulabilidad en el sentido de una clase de invalidez dirigida a la protección de un determinado sujeto, de manera que únicamente él puede alegarla y así mismo optar por convalidar el contrato anulable mediante confirmación. Dicho con otras palabras, que hay que estimar a dichos contratos anulables como inicialmente eficaces, pero eso sí, con una eficacia claudicante. (...) Pero es más, y este es un argumento definitivo, la acción de anulabilidad que en su caso ha esgrimido la parte recurrente, está afectada por el instituto de la prescripción, pues ya se ha recalado que no se da el caso de una nulidad absoluta, sino el simple ejercicio de una acción de anulabilidad, y hay que declarar que el plazo de cuatro años que establece el artículo 1.301-1 del Código Civil es un plazo de prescripción y no de caducidad, (S.S. de 25 de abril de 1.960, 28 de marzo de 1.965 28 de octubre de 1.974, 27 de marzo de 1.987 y 27 de marzo de 1.989, como las más emblemáticas)”

En todo caso, ya se señalaba que en este juicio carece de trascendencia la consideración de aquel plazo como de caducidad o de prescripción, pues lo importante es que el plazo, según recoge expresamente el art. 1.301, en el supuesto de error comenzará desde “la consumación del contrato”. Y no puede asimilarse la consumación del contrato con la celebración del mismo, como se realiza en la



contestación a la demanda. Como señala la STS de 11 de mayo de 2.007, se trata de un “error patente confundir la consumación del contrato, término inicial del cómputo para el caso de dolo [también para el error] según el art. 1302 CC, con su perfección”. La jurisprudencia sobre dicho particular aparece compendiada en la sentencia de 11 de junio de 2.003, cuyo fundamento jurídico segundo señala:

“El motivo segundo, acogido al art. 1692.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia infracción del art. 1301 del Código Civil, por aplicación errónea, y del art. 1969 del mismo texto legal por su no aplicación. Se argumenta en el motivo que, ejercitada la acción de anulabilidad de los contratos por dolo, el plazo de prescripción de la acción comienza a contarse desde la consumación del contrato y no desde la fecha de su celebración como entiende la sentencia recurrida.

Dispone el art. 1301 del Código Civil que en los casos de error, o dolo, o falsedad de la causa, el plazo de cuatro años, empezará a correr, desde la consumación del contrato, norma a la que ha de estarse de acuerdo con el art. 1969 del citado Código. En orden a cuando se produce la consumación del contrato, dice la sentencia de 11 de julio de 1984 que "es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad del contrato de compraventa, con más precisión por anulabilidad, pretendida por intimidación, dolo o error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones (sentencias, entre otras, de 24 de junio de 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".

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. Entender que la acción solo podría ejercitarse "desde" la consumación del contrato, llevaría a la conclusión jurídicamente ilógica 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..."

Por tanto, a partir del presupuesto antes indicado, resulta claro que debe rechazarse la excepción opuesta por la demandada.

TERCERO.- Se ha advertido sobre la inconveniencia de la sobremotivación de las resoluciones en este tipo de litigios, al hilo de la abundancia normativa reguladora que en ocasiones hace perder la perspectiva del objeto del debate, incluso hace otorgar un sentido contrario a aquella normativa que tiende a proteger a los clientes, pues un cumplimiento ritual de la misma haría más difícil la protección del interés que pretende tutelar. No obstante ello, a riesgo de pecar en tal defecto, esbozaremos unas breves líneas sobre aquella normativa protectora del consumidor.

En relación con la naturaleza jurídica y régimen legal del producto contratado, dice la sentencia de la sección 5ª de la Audiencia Provincial de Asturias, de 18 de julio de 2.013 que: *«Las participaciones preferentes se encuentran reguladas en la Ley 13/1985 de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros. En el artículo 7 de dicha Ley 13/1985 se establece que las participaciones preferentes constituyen recursos propios de las entidades de crédito. Las participaciones preferentes cumplen una función financiera de la entidad y computan como recursos propios, por lo que el dinero que se invierte en participaciones preferentes no constituye un pasivo en el balance de la entidad. El valor nominal de la participación preferente no es una deuda del emisor, por lo que el titular de la misma no tiene derecho de crédito frente a la entidad, no pudiendo exigir el pago. La consecuencia de ello es que el riesgo del titular de la participación preferente es semejante, aunque no igual, al del titular de una acción. En la Disposición Adicional Segunda de esta ley se regulan los requisitos para la computabilidad de las participaciones preferentes como recursos*

proprios. Esta Disposición Adicional Segunda fue redactada por el apartado diez del artículo primero 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, por la que se modificó la Ley 13/1985, la Ley 24/1988, de 28 de julio del Mercado de Valores y el R.D. Legislativo 1298/1986, de 28 de junio sobre adaptación del derecho vigente en materia de entidades de crédito al de las Comunidades Europeas.

La Directiva 2009/111/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009 no califica la participación preferente como instrumento de deuda, sino como instrumento de capital híbrido al que se ha de aplicar el mismo tratamiento contable y financiero que reciben los recursos propios de la entidad de crédito emisora, de ahí que una primera aproximación a esta figura nos lleva a definirla como un producto financiero que presenta altos niveles de riesgo y complejidad en su estructura y condiciones, como así se reconoce en la exposición de motivos del RDL 24/2012 de reestructuración y resolución de entidades de crédito (BOE de 31 de agosto de 2012).

En la misma línea el Banco de España las define como un instrumento financiero emitido por una sociedad que no otorga derechos políticos al inversor, ofrece una retribución fija (condicionada a la obtención de beneficios) y cuya duración es perpetua, aunque el emisor suele reservarse el derecho a amortizarlas a partir de los cinco años, previa autorización del supervisor (en el caso de las entidades de crédito, el Banco de España).

En la meritada Disposición se desarrollan los requisitos de emisión de las participaciones preferentes y se señala como características de las mismas que no otorgan a sus titulares derechos políticos, salvo supuestos excepcionales, y que no otorgan derechos de suscripción preferente respecto de futuras nuevas emisiones. Otra característica de las participaciones preferentes es que tienen carácter perpetuo, aunque el emisor puede 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. También se establece que el Banco de España puede condicionar su autorización a que la entidad sustituya las participaciones preferentes amortizadas por elementos de capital computables de igual o superior calidad. Otra característica de las participaciones preferentes es que cotizan en los mercados secundarios organizados y que, 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, situándose, 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.

Se ha indicado anteriormente que en la Disposición Adicional Segunda de la Ley 13/1985 se establecen las características principales de las participaciones preferentes. No se atribuye al titular de las mismas un derecho a la restitución de su valor nominal, por lo que es un valor perpetuo y sin vencimiento, indicándose expresamente en la letra b) de la Disposición Adicional Segunda que 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.

En relación a la rentabilidad de la participación preferente se infiere que el pago de la remuneración estará condicionado a la existencia de beneficios o reservas distribuibles en la entidad de crédito emisora o dominante. También ha de mencionarse que la liquidez de la participación preferente sólo puede producirse mediante su venta en el mercado secundario, por lo que en supuestos de ausencia de rentabilidad hace difícil que se produzca la referida liquidez.

El artículo 72 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, establece que a los efectos de lo dispuesto en el artículo 79 bis 6 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, las entidades que presten el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras deberán obtener de sus clientes, incluidos los potenciales, la información necesaria para que puedan comprender los datos esenciales de sus clientes y para que puedan disponer de una base razonable para pensar, teniendo en cuenta debidamente la naturaleza y el alcance del servicio prestado, que la transacción

específica que debe recomendarse, o que debe realizarse al prestar el servicio de gestión de cartera.

Dice, en este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 30 de enero de 2013 que «las participaciones preferentes constituyen un producto complejo de difícil seguimiento de su rentabilidad y que cotiza en el mercado secundario, lo que implica para el cliente mayores dificultades para conocer el resultado de su inversión y para proceder a su venta, y, correlativamente, incrementa la obligación exigible al banco sobre las vicisitudes que puedan rodear la inversión. La Comisión Nacional del Mercado de Valores ha indicado sobre este producto que "son valores emitidos por una sociedad que no confieren participación en su capital ni derecho a voto. Tienen carácter perpetuo y su rentabilidad, generalmente de carácter variable, no está garantizada. Se trata de un instrumento complejo y de riesgo elevado que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido.... Las PPR no cotizan en Bolsa. Se negocian en un mercado organizado...No obstante, su liquidez es limitada, por lo que no siempre es fácil deshacer la inversión...».

Al propio tiempo, en los apartados siguientes del referido artículo 79 bis, se establecen unas condiciones para la obtención de la información, que debe responder a los objetivos de inversión del cliente, incluyéndose información sobre el horizonte temporal deseado para la inversión, sus preferencias en relación a la asunción de riesgos, su perfil de riesgos, y las finalidades de la inversión y debe ser de tal naturaleza que el cliente pueda, desde el punto de vista financiero, asumir cualquier riesgo de inversión que sea coherente con sus objetivos de inversión. También se indica en este precepto que cuando la entidad no obtenga la información señalada en las letras anteriores, no podrá recomendar servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente ni gestionar su cartera.

Las consideraciones anteriores apuntan sin duda alguna a la consideración del producto participaciones preferentes como un producto complejo, en modo alguno sencillo. Dicha calificación se hace con fundamento en el actual artículo 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 aquéllos en los que concurran 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».

En su consecuencia, la participación preferente es claramente 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.

La naturaleza de este producto bancario, según doctrina especializada, y atendiendo a la normativa aplicable reseñada, se conceptúa como un activo de renta fija o variable privada no acumulativa, condicionada, de carácter perpetuo pero amortizable anticipadamente, en definitiva, subordinado y carente de derechos políticos fijando la legislación las condiciones para que se configuren y admitan como recursos propios de las entidades de crédito, que se denominan instrumentos de capital híbridos, entre los que se incluye la participación preferente . Esta última resulta pues, 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 artículos 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 definitiva a la vista de lo anterior se puede concluir que se trata de productos complejos, volátiles, híbrido 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).

Sin que tampoco pueda olvidarse la complejidad que encierra la vocación de perpetuidad ínsita en la naturaleza de dicho producto, pues, al integrarse en los fondos propios de la entidad ya no existe un derecho de crédito a su devolución sino que, antes 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 en el panorama financiero actual ante la falta de demanda.

Así las cosas, este Tribunal, considera que la suscripción de participaciones preferentes constituye un producto complejo en relación al resto de contratos bancarios existentes, lo que supone que la entidad bancaria debe ser extremadamente diligente en la obtención de la información sobre los datos esenciales de los clientes para conocer que el producto financiero puede ser ofrecido. También debe facilitarse la información precisa para que el cliente sea plenamente consciente del objeto del contrato y de las consecuencias del mismo. La razón de ello se fundamenta, además de en la complejidad de las participaciones preferentes, en la distinta posición de las dos contratantes. Por un lado, la entidad bancaria demandada concedora del entorno financiero y del producto que oferta, y, por otro lado, el cliente que suscribe el producto, al que, si goza de la condición de consumidor, debe serle aplicable la normativa tuitiva de protección de consumidores.

Debe recordarse también, a propósito de lo dicho, que el RD 629/93 sobre normas de actuación en el mercado de valores, con referencia a la Ley 24/1988, ya obligaba a las entidades a proporcionar toda la información que pudiera ser relevante para que los clientes pudieran tomar una decisión del producto contratado.

La Ley 47/07 supuso la modificación de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, para incorporar al Ordenamiento Jurídico español las siguientes Directivas europeas: la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, la Directiva 2006/73/CE de la Comisión, de 10 de agosto de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de inversión y términos definidos a efectos de dicha Directiva y la Directiva 2006/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito. La Ley 47/07 hacía referencia a la Directiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instrumentos financieros por la que se modificaba la Directiva MIFID (Markets in Financial Instruments Directive), cuya finalidad es proteger a los inversores estableciendo un régimen de transparencia para que los participantes en el mercado puedan evaluar las operaciones.

La normativa señalada constituye el marco esencial de la información que deben prestar las entidades de crédito a los clientes minoristas, debiendo comportarse con diligencia y transparencia, cuidando sus intereses como si fueran propios, debiendo también mantener, en todo momento, informados a los clientes. A lo que debe unirse que tal información ha de ser imparcial, clara y no engañosa y debe versar sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión a fin de que la misma le permita comprender la naturaleza y los riesgos del tipo específico del instrumento financiero que se ofrece, que le permita tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa.

Así, en relación con esta cuestión de la información precontractual y contractual que requieren este tipo de instrumentos financieros debe recordarse, a propósito de ello, lo sentado en la sentencia de este Tribunal de 15 de marzo de 2013 que dejó dicho que la inclusión en el contrato de una declaración de ciencia, que suele constar en los contratos que suscriben los consumidores, clientes bancarios o inversores minoristas, en el sentido de haber sido debidamente informados, «no significa que se haya prestado al consumidor, cliente o inversor minorista la preceptiva información», ni tampoco «constituye una presunción "iuris et de iure" de haberse cumplido dicha obligación, ni de que el inversor, efectivamente, conozca los riesgos, último designio de toda la legislación sobre transparencia e información», siendo expresión de lo que se dice el art. 89.1 del Real Decreto



Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que considera como cláusulas abusivas "las declaraciones de recepción o conformidad con hechos ficticios", de lo se viene a inferir que son nulas las declaraciones de ciencia si se acredita que los hechos a los que se refiere son inexistentes o "ficticios", como literalmente se expresa en el término legal; es decir, que como continúa diciendo la sentencia últimamente citada «en el ámbito de la protección del consumidor, del cliente bancario o del inversor la formación es considerada por la ley como un bien jurídico y el desequilibrio entre la información poseída por una parte y la riqueza de datos a disposición de la otra es considerado como una fuente de injusticia contractual», de ahí la obligación que el legislador impone a la entidad financiera o al banco para que desarrolle una determinada actividad informativa.

Debiendo señalarse, respecto de la suficiencia y claridad de la información, que debe facilitar la entidad de crédito, que es ésta la que debe probar que ha cumplido con los deberes de información necesarios a tenor de la legislación vigente (Sentencia de 4 de diciembre de 2.010 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos), así como que la diligencia que le es exigible a la entidad financiera no es la de un buen padre de familia, sino la de un ordenado empresario y representante legal, en defensa de los intereses de sus clientes (Sentencia de 16 de diciembre de 2.010 de la Sec. 5ª de la Audiencia Provincial de Asturias).

Las previsiones anteriores tienen su importancia en orden a conseguir que la información prestada reúna unas condiciones objetivas de corrección (información clara precisa suficiente y tempestiva) y otras que podían calificarse de "subjetivas" por atender a circunstancias concretas del cliente (experiencia, estudios, contratación previa de otros productos ...).

Lo anterior trae como consecuencia que no puedan establecerse criterios generales para la solución de la cuestión planteada, debiéndose examinar caso por caso las circunstancias concurrentes tanto en lo que se refiere a la obligación de la entidad bancaria de información al cliente, como los caracteres o perfil de éste y los términos en que se plasma la relación contractual, con relación al aludido deber de información».

En todo caso, es pacífico que las participaciones preferentes son consideradas normativamente como "un producto complejo" que impone una serie de exigencias en orden a su régimen de emisión, información y valoración de su





conveniencia e idoneidad en relación con el cliente. Aquella complejidad requiere que, para su comprensión y correcta valoración, concorra una formación financiera claramente superior a la que posee la clientela bancaria en general, de forma que debe ser ofrecido con el soporte informativo necesario. Y las entidades financieras deben estar en condiciones de acreditar que, con anterioridad a la formalización de la operación, se ha facilitado al cliente un documento informativo sobre el producto en el que se indiquen sus características principales, considerándose en caso contrario que su actuación sería contraria a los principios de claridad y transparencia que inspiran las buenas prácticas y usos financieros. El artículo 79.bis de la LMV, en su número tercero, (antes de la modificación introducida por la Ley 9/2012, de 14 de noviembre) establecía que las entidades deben proporcionar a sus clientes, de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros de modo que dicha información les permita comprender la naturaleza y riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero ofrecido. Obligación de información que alcanza tanto a operaciones que se produzcan en el momento de la emisión de los valores (mercado primario), como con posterioridad (mercado secundario). En desarrollo de lo previsto en la LMV, el artículo 64 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que presten servicios de inversión (en adelante RD 217/2008) establece que la información sobre los instrumentos financieros que se proporcione a los clientes debe describir su naturaleza y explicar sus características y los riesgos inherentes a los mismos. El artículo 62 del citado RD 217/2008 puntualiza que dicha información debe proporcionarse a los clientes minoristas en un soporte duradero y, finalmente, su artículo 70 determina la información periódica (al menos anual) que debe facilitarse a los inversores. Los números 6 y 7 del artículo 79.bis de la LMV establecen diferentes requisitos respecto a la información que las entidades deben recabar de sus clientes minoristas, respecto a los avisos que deben facilitarles y respecto a las exigencias que deben cumplir en función del tipo de servicio de inversión que les presten. Para la prestación de los servicios financieros de asesoramiento en materia de inversión (emisión de recomendaciones personalizadas a un inversor) y gestión discrecional de carteras, las entidades deben analizar los conocimientos y experiencia de los clientes en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o servicio concreto de que se trate, su situación financiera y sus objetivos de inversión, de forma que les pueda recomendar los servicios de inversión e instrumentos



financieros que más les convengan. Esta garantía normativa a favor de los clientes que se denomina comúnmente análisis de idoneidad y es la que mayor nivel de protección aporta a los clientes minoristas. En el caso de que el producto no resulte coherente con los objetivos de inversión y situación financiera del cliente, el intermediario no puede recomendar su contratación. El artículo 72 del RD 217/2008 precisa que, en función del tipo de cliente y del servicio prestado, al analizar los objetivos de inversión del cliente, las entidades deben recabar información referida al horizonte temporal de la inversión, preferencias de asunción de riesgos, perfil de riesgo y finalidad de la inversión y al analizar su situación financiera deben recabar información respecto al origen y nivel de sus ingresos periódicos, sus activos y sus compromisos financieros periódicos, además de la información referida a conocimientos y experiencia. Para la prestación del resto de servicios financieros, las entidades deben analizar únicamente los conocimientos y experiencia de los clientes en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado con la finalidad de evaluar si éstos resultan adecuados para el cliente. Esta garantía normativa a favor de los clientes se denomina comúnmente análisis de conveniencia. El artículo 73 del RD 217/2008 precisa que, en función del tipo de cliente y del servicio prestado, al analizar los conocimientos y experiencia del cliente las entidades deben recabar información referida al tipo de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que el cliente esté familiarizado; la naturaleza, volumen y frecuencia de las transacciones del cliente y el periodo durante el que se hayan realizado y su nivel de estudios y profesión actual o pasada. En ámbitos diferentes al asesoramiento y la gestión discrecional, cuando la entidad considere que el producto o servicio no resulta adecuado para el cliente debe advertírselo antes de prestarle el servicio de inversión. Igualmente, si el cliente no facilita la información necesaria, antes de prestarle el servicio financiero la entidad debe advertirle que dicha decisión del cliente le impide determinar si el servicio o producto es adecuado. En ambos casos, la norma permite continuar con la contratación después de haber realizado las preceptivas advertencias de no conveniencia o de ausencia de evaluación al cliente.

El Tribunal Supremo ha establecido un criterio jurisprudencial a partir de la sentencia del pleno STS de 20 de enero de 2014, sobre el contenido de los deberes de información de la entidad financiera cuando comercializa con clientes minoristas un producto financiero complejo y la incidencia del incumplimiento de esos deberes

de información para la apreciación de error vicio del consentimiento determinante de la nulidad del contrato. Insiste en tal criterio en las recientes sentencias de 7 de julio de 2014 (dos sentencias, recursos 892/2012 y 1520/2012) y 8 de julio de 2014.

La sentencia de 20 de enero de 2014, dictada por su pleno, que sienta la siguiente doctrina a propósito de un swap:

“Alcance de los deberes de información y asesoramiento

6. Normativa aplicable al contrato de swap cuya nulidad se pretende. Ordinariamente existe una desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional. La complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros. Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, esta necesidad de protección se acentúa porque las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto.

Para entender bien el alcance de la normativa específica, denominada MiFID por ser las siglas del nombre en inglés de la Directiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instrumentos financieros (Markets in Financial Instruments Directive), de la que se desprenden específicos deberes de información por parte de la entidad financiera, debemos partir de la consideración de que estos deberes responden a un principio general: todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate. Este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 CC y en el derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, reflejo de lo cual es la expresión que adopta en los Principios de Derecho Europeo de Contratos (The Principles of European Contract Law-PECL-cuyo art. 1:201 bajo la rúbrica "Good faith and Fair dealing" ("Buena fe contractual"), dispone como deber general: "Each party must act in accordance with good faith and fair dealing" ("Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe"). Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de proporcionar a la otra parte información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se

encuentran en este caso los concretos riesgos que comporta el producto financiero que se pretende contratar.

En lo que ahora interesa, que es determinar el alcance de los deberes de información y asesoramiento de la entidad financiera en la contratación con inversores minoristas de productos financieros complejos, como es el swap, al tiempo en que se llevó la contratación objeto de enjuiciamiento (13 de junio de 2008), "las normas de conducta para la prestación de servicios de inversión a clientes" del art. 19 Directiva 2004/39/CE ya habían sido traspuestas a nuestro ordenamiento por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que introdujo el contenido de los actuales arts. 78 y ss de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en adelante LMV). También había entrado en vigor el RD 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, que desarrolla esta regulación.

7. Información sobre los instrumentos financieros. El art. 79 bis LMV regula los deberes de información que recaen sobre las entidades financieras que presten estos servicios de inversión. Estos deberes no se reducen a que la información dirigida a sus clientes sea imparcial, clara y no engañosa (apartado 2), sino que además deben proporcionarles, "de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión", que "deberá incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias" (apartado 3).

El art. 64 RD 217/2008, de 15 de febrero, regula con mayor detalle este deber de información sobre los instrumentos financieros y especifica que la entidad financiera debe "proporcionar a sus clientes (...) una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional". Y aclara que esta descripción debe "incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas".

En su apartado 2, concreta que "en la explicación de los riesgos deberá incluirse, cuando sea justificado en función del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los conocimientos y perfil del cliente, la siguiente información:

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

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

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

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

8. Evaluación de la conveniencia y de la idoneidad. Además, las entidades financieras deben valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad.

La entidad financiera debe realizar al cliente un test de conveniencia, conforme a lo previsto en el art. 79bis. 7 LMV (arts. 19.5 Directiva 2004/39/CE), cuando se prestan servicios que no conllevan asesoramiento. Se entiende por tales, los casos en que el prestatario del servicio opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada. Este test valora los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente, con la finalidad de que la entidad pueda hacerse una idea de sus competencias en materia financiera. Esta evaluación debe determinar si el cliente es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión ofertado o demandado, para ser capaz de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa. Como aclara el art. 73 RD 217/2008, de 15 de febrero, se trata de cerciorarse de que el cliente "tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado".

Esta "información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos enumerados a continuación, en la medida en que resulten apropiados a la naturaleza del cliente, a la naturaleza y alcance del servicio a prestar y al tipo de producto o transacción previsto, incluyendo la complejidad y los riesgos inherentes:

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

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

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

Contrariamente a lo que entiende el recurrente, estas exigencias propias del test de conveniencia son menores que cuando debe valorarse la idoneidad del producto conforme al art. 79 bis. 6 LMV (art. 19.4 Directiva 2004/39/CE). El test de idoneidad opera en caso de que se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras mediante la realización de una recomendación personalizada. La entidad financiera que preste estos servicios debe realizar un examen completo del cliente, mediante el denominado test de idoneidad, que suma el test de conveniencia (conocimientos y experiencia) a un informe sobre la situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y los objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del cliente, para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan.

Para ello, especifica el art. 72 RD 217/2008, de 15 de febrero, las entidades financieras "deberán obtener de sus clientes (...) la información necesaria para que puedan comprender los datos esenciales de sus clientes y para que puedan disponer de una base razonable para pensar, teniendo en cuenta debidamente la naturaleza y el alcance del servicio prestado, que la transacción específica que debe recomendarse (...) cumple las siguientes condiciones:

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

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

c) Es de tal naturaleza que el cliente cuenta con la experiencia y los conocimientos necesarios para comprender los riesgos que implica la transacción (...).

9. Como afirma la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), "(l)a cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente" (apartado 53). Y esta valoración debe realizarse con los criterios

previstos en el art. 52 Directiva 2006/73, que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.4 Directiva 2004/39/CE.

El art. 4.4 Directiva 2004/39/CE define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como "la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros". Y el art. 52 Directiva 2006/73/CE aclara que "se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor(...)", que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales. Carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público.

De este modo, el Tribunal de Justicia entiende que tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un swap, realizada por la entidad financiera al cliente inversor, "que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público" (apartado 55).

A la vista de esta interpretación y de lo acreditado en la instancia, no cabe duda de que en nuestro caso Caixa del Penedés llevó a cabo un servicio de asesoramiento financiero, pues el contrato de swap fue ofrecido por la entidad financiera, por medio del subdirector de la oficina de Palamós, aprovechando la relación de confianza que tenía con el administrador del cliente inversor, como un producto financiero que podía paliar el riesgo de inflación en la adquisición de las materias primas.

Caixa del Penedés debía haber realizado un juicio de idoneidad del producto, que incluía el contenido del juicio de conveniencia, y ha quedado probado en la instancia que no lo llegó a realizar. Para ello, debía haber suministrado al cliente una información comprensible y adecuada sobre este producto, que incluyera una advertencia sobre los concretos riesgos que asumía, y haberse cerciorado de que el cliente era capaz de comprender estos riesgos y de que, a la vista de su situación financiera y de los objetivos de inversión, este producto era el que más que le convenía.

Error vicio del consentimiento

10. *Del incumplimiento de estos deberes de información pueden derivarse diferentes consecuencias jurídicas. En este caso, en atención a lo que fue objeto litigioso y al motivo del recurso de casación, debemos centrarnos en cómo influye este incumplimiento sobre la válida formación del contrato.*

En su apartado 57, la reseñada STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil

48. S.L. (C-604/2011), pone de relieve que, "si bien el artículo 51 de la Directiva 2004/39 prevé la imposición de medidas o de sanciones administrativas a las personas responsables de una infracción de las disposiciones aprobadas para aplicar dicha Directiva, esta no precisa que los Estados miembros deban establecer consecuencias contractuales en caso de que se celebren contratos que no respeten las obligaciones derivadas de las disposiciones de Derecho interno que traspone el artículo 9, apartados 4 y 5, de la Directiva 2004/39, ni cuáles podrían ser esas consecuencias". En consecuencia, "a falta de normas sobre la materia en el Derecho de la Unión, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las consecuencias contractuales de la inobservancia de dichas obligaciones, respetando los principios de equivalencia y efectividad [vid Sentencia de 19 de julio de 2012, caso Littlewoods Retail (C-591/10), apartado 27]".

Tanto la sentencia de primera instancia como la de apelación, en atención al petitum y a la causa petendi de la demanda, apreciaron la concurrencia de error vicio en la contratación del swap y acordaron la anulación del contrato. En casación se cuestiona que la acreditada infracción de los deberes de información y de la valoración de idoneidad prevista en el art. 79bis LMV no debía haber conllevado el error vicio en la contratación de aquel producto financiero. Y al hilo de ello, el recurso cuestiona cuál es la incidencia de la infracción por parte de la entidad financiera de los deberes previstos en el art. 79bis LMV en la válida formación del contrato, y en concreto en la posible apreciación de error.

11. Jurisprudencia sobre el error vicio. La regulación del error vicio del consentimiento que puede conllevar la anulación del contrato se halla contenida en el Código Civil, en el art. 1266 CC, en relación con el art. 1265 y los arts. 1300 y ss. Sobre esta normativa legal, esta Sala primera del Tribunal Supremo ha elaborado una doctrina jurisprudencial, de la que nos hemos hecho eco en las ocasiones anteriores en que nos hemos tenido que pronunciar sobre el error vicio en la contratación de un swap, en las Sentencias 683/2012, de 21 de noviembre, y 626/2013, de 29 de octubre: Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se

forma a partir de una creencia inexacta. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.

Es lógico que un elemental respeto a la palabra dada ("pacta sunt servanda") imponga la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y pueda quien lo sufrió quedar desvinculado. Al fin, el contrato constituye el instrumento jurídico por el que quienes lo celebran, en ejercicio de su libertad - autonomía de la voluntad -, deciden crear una relación jurídica entre ellos y someterla a una "lex privata" (ley privada) cuyo contenido determinan. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos.

En primer término, para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

El art. 1266 CC dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer -además de sobre la persona, en determinados casos- sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261.2 CC). Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones - respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato- que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa.

Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias pasadas, concurrentes o esperadas- y que es en consideración a ellas que el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses.

Las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos. Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano

El error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente cierta, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre el futuro con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia. Aunque conviene apostillar que la representación ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos, de tal forma que si el conocimiento de ambas cuestiones era correcto, la representación equivocada de cuál sería el resultado no tendría la consideración de error.

Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida

12. El deber de información y el error vicio. Por sí mismo, el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error.

El error que, conforme a lo expuesto, debe recaer sobre el objeto del contrato, en este caso afecta a los concretos riesgos asociados con la contratación del swap. El hecho de que el apartado 3 del art. 79 bis LMV imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como el swap contratado por las partes, el deber de suministrar al cliente minorista una información comprensible y adecuada de tales instrumentos (o productos) financieros, que necesariamente ha de incluir "orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos", muestra que esta información es imprescindible para que el cliente

minorista pueda prestar válidamente su consentimiento. Dicho de otro modo, el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero

En nuestro caso el error se aprecia de forma muy clara, en la medida en que ha quedado probado que el cliente minorista que contrata el swap de inflación no recibió esta información y fue al recibir la primera liquidación cuando pasó a ser consciente del riesgo asociado al swap contratado, de tal forma que fue entonces cuando se dirigió a la entidad financiera para que dejara sin efecto esta contratación.

De este modo, el deber de información contenido en el apartado 3 del art. 79 bis LMV presupone la necesidad de que el cliente minorista a quien se ofrece la contratación de un producto financiero complejo como el swap de inflación conozca los riesgos asociados a tal producto, para que la prestación de su consentimiento no esté viciada de error que permita la anulación del contrato. Para cubrir esta falta de información, se le impone a la entidad financiera el deber de suministrarla de forma comprensible y adecuada.

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

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

13. Incumplimiento de los test adecuación e idoneidad. Sobre la base de la apreciación legal de la necesidad que el cliente minorista tiene de conocer el producto financiero que contrata y los concretos riesgos que lleva asociados, y del deber legal que se impone a la entidad financiera de suministrar a dicho cliente una

información comprensible y adecuada sobre tales extremos, para salvar la asimetría informativa que podía viciar el consentimiento por error, la normativa MiFID impone a la entidad financiera otros deberes que guardan relación con el conflicto de intereses en que incurre en la comercialización de un producto financiero complejo y, en su caso, la prestación de asesoramiento financiero para su contratación.

En el primer caso, en que la entidad financiera opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada, la entidad debe valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, y evaluar si es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión que va a contratar, mediante el de conveniencia. En el segundo, si el servicio prestado es de asesoramiento financiero, además de la anterior evaluación, la entidad debería hacer un informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente, para poder recomendarle ese producto, por medio del llamado test de idoneidad.

En un caso como el presente, en que el servicio prestado fue de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad financiera no se limitaba a cerciorarse de que el cliente minorista conocía bien en qué consistía el swap que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía.

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

Las sentencias posteriores resumen el criterio jurisprudencial de la siguiente forma, según la sentencia del 7 de julio de 2014, recurso 892/2012:



“Según se declaró en la STS nº 840/2013 , la habitual desproporción que existe entre la entidad que comercializa servicios financieros y los clientes, derivada de la asimetría informativa sobre productos financieros complejos, es lo que ha determinado la necesidad de una normativa específica protectora del inversor no experimentado, que tiene su último fundamento en el principio de la buena fe negocial, a la que ya se había referido esta Sala en la STS nº 244/2013, también del Pleno, de 18 de abril de 2013, recurso nº 1979/2011 , en la que -aunque dictada en un proceso sobre un contrato de gestión discrecional de cartera de inversión concertado antes de la trasposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva MiFID- se analizó el alcance de las obligaciones del profesional respecto del inversor y, en concreto, el elevado estándar de información exigible a la empresa que presta el servicio de inversión. Ahora esta Sala debe reiterar en la presente sentencia los criterios de interpretación y aplicación de esa normativa y la incidencia de su incumplimiento en la apreciación de error vicio del consentimiento.

Conforme a esta línea jurisprudencial, el cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa, como una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe que se contienen en el artículo 7 CC , y para el cumplimiento de ese deber de información no basta con que esta sea imparcial, clara y no engañosa, sino que deberá incluir de manera comprensible información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión y también orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias (art. 79 bis LMV, apartados 2 y 3 ; art. 64 RD 217/2008).

Para articular adecuadamente ese deber legal que se impone a la entidad financiera con la necesidad que el cliente minorista tiene de ser informado (conocer el producto financiero que contrata y los concretos riesgos que lleva asociados) y salvar así el desequilibrio de información que podría viciar el consentimiento por error, la normativa MiFID impone a la entidad financiera otros deberes que guardan relación con el conflicto de intereses que se da en la comercialización de un producto financiero complejo y, en su caso, en la prestación de asesoramiento financiero para su contratación, como son la realización del test de conveniencia - cuando la entidad financiera opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente previamente formada, dirigido a evaluar si es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión que va a contratar-, y el test de idoneidad , cuando el servicio prestado es de asesoramiento financiero dirigido, además de a



verificar la anterior evaluación, a efectuar un informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente para poder recomendarle ese producto.

Para discernir si un servicio constituye o no un asesoramiento en materia financiera -lo que determinará la necesidad o no de hacer el test de idoneidad- no ha de estarse tanto a la naturaleza del instrumento financiero como a la forma en que este es ofrecido al cliente, valoración que debe realizarse con los criterios establecidos en el artículo 52 de la Directiva 2006/73 , que aclara la definición de servicio de asesoramiento financiero en materia de inversión del artículo 4.4 de la Directiva MiFID , según la doctrina fijada por la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48 S.L. (C-604/2011), conforme a la cual tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un swap realizada por la entidad financiera al cliente inversor " que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público ".

Además, en la STS nº 840/2013 esta Sala se refirió a la diferente función de ambas evaluaciones, distinguiendo la finalidad del test de conveniencia -que va dirigido a la valoración de los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente, con el objetivo de que la entidad financiera pueda hacerse una idea de sus competencias en materia financiera y pueda determinar si el cliente es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión para ser capaz de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa, en los términos que establece el artículo 73 RD 217/2008 -, de la finalidad del test de idoneidad -que procede, como se ha dicho, cuando se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de cartera mediante la realización de una recomendación personalizada-, en el que se suma el test de conveniencia (sobre conocimientos y experiencia en materia financiera del cliente) a un informe sobre su situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y sus objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan, según especifica el artículo 72 del RD 217/2008 .

A partir de las anteriores consideraciones relativas al deber de información de la entidad financiera al cliente minorista en la contratación de productos complejos, en la STS nº 840/2013 se fijó, tras analizarse en ella la reiterada doctrina de esta Sala sobre los requisitos del error vicio de consentimiento, la doctrina relativa a la

incidencia del incumplimiento de ese deber en la apreciación del error vicio del consentimiento cuando haya un servicio de asesoramiento financiero, doctrina que se reitera en la presente sentencia y que puede resumirse en los siguientes puntos:

1. El incumplimiento de los deberes de información no comporta necesariamente la existencia del error vicio pero puede incidir en la apreciación del mismo.

2. El error sustancial que debe recaer sobre el objeto del contrato es el que afecta a los concretos riesgos asociados a la contratación del producto, en este caso el swap .

3. La información -que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros (art. 79 bis 3 LMNV)- es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, bien entendido que lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no, por sí solo, el incumplimiento del deber de información.

4 . El deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrarla de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente.

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

CUARTO.- Debe proyectarse el anterior criterio sobre el concreto supuesto ahora enjuiciado. Al respecto se aducen en el escrito de demanda los siguientes hechos: 1º La demandante regenta una zapatería y su esposo trabaja por cuenta ajena, habiendo cursado ambos estudios básicos; 2º Ambos carecen de especiales

conocimientos financieros, habiéndose dejado aconsejar por los empleados de las entidades financieras en las que ha depositado su dinero. Siempre han preferido sacrificar otras ventajas en beneficio de la seguridad y la disponibilidad de sus ahorros; 3º La iniciativa de la contratación de las PP partió de la demandada. Un empleado llamado don Enrique, de la oficina de la calle Coronel Tejeiro de Oviedo les ofertó de forma telefónica las PP a los demandantes y éstos, confiando en el citado empleado, las contrataron. Don Enrique les indicó que era uno producto mejor que un depósito a plazo fijo, con un buen interés, disponibilidad total, garantizado 100% por Caja España y sin riesgo; 4º No se le entregó a los demandantes documentación alguna, explicándoles que recibirían los intereses en la libreta hasta el final del plazo. Recabada posteriormente la documentación firmada por los demandantes y entregados por la demandada, éstos son un contrato de administración de valores, un contrato básico MiFID, orden de valores y test de conveniencia. No se le entregó a los demandantes el tríptico informativo, ni resumen del producto; y 5º La orden de valores refiere los riesgos del producto en forma incompleta, con lenguaje nada claro y sin estar destacados, en letra más pequeña. El test de conveniencia no fue realizado.

A partir de tales presupuestos fácticos se sostiene en la demanda que concurre un error en prestación del consentimiento debido a que, por la ausencia de información previa a su contratación, los demandantes ignoraban los elementos esenciales del contrato.

Por su parte, la entidad bancaria afirma: 1º Caja España cumplió sobradamente con su obligación de información de los diversos riesgos inherentes a la compra de las PP y así constan firmados la orden de compra de PP, el tríptico resumen del folleto de emisión, el contrato básico MIFID y el test de conveniencia. 2º Caja España no asumió funciones de asesoramiento; 3º Si bien en la demanda se denomina a los actores como minorista conservador, poco experto o incluso profano en asuntos financieros, no está debidamente acreditado que “su perfil” como inversor sea “conservador”, como lo demuestra el deseo, mostrado con la adquisición de las PP de obtener unos rendimientos superiores a los ofertados a los depósitos a plazo fijo. Además habían suscrito diferentes productos financieros de distinta naturaleza y características como dos fondos de pensiones y otra compra de la demandante de PP; 4º En el momento de la contratación los actores eran conscientes de los riesgos

del producto y lo contrataron motivados por la elevada rentabilidad que ofrecía a pesar de que no era conveniente y así se le había advertido; y 5º La demandante solamente invoca el error cuando el producto ha dejado de arrojar los elevados rendimientos.

De la prueba practicada resulta: 1º No consta probada la ocupación y formación de los demandantes. La demandada no se preocupó por aquella formación: el empleado que comercializó las PP indicó en el juicio que desconocía su formación; 2º Con anterioridad los demandantes fueron titulares de los fondos de inversión y valores que se relacionan entre los folios 296 y 411 de los autos. No se aprecia su naturaleza de aquellos productos, no obstante lo cual, sí consta que fueron titulares de acciones de grandes empresas y fondos de inversión; 3º Un empleado de la demandada ofreció telefónicamente a la demandante la contratación de las PP. Así se expone en la demanda, identificando la persona que lo propuso y ésta declaró en el juicio que había sido la iniciativa del banco, aun cuando no podía precisar si se ofreció telefónicamente, lo cual se hacía con cierta habitualidad; 4º En la información facilitada por el empleado del banco se aproximó la caracterización de las PP a los depósitos a plazo fijo, pues únicamente se informó de la cuantía mínima de la inversión y rentabilidad. Indicó el empleado que las PP eran “eternas”, pero que con toda seguridad se amortizarían a los cinco años, pudiendo recuperar, en todo caso, su valor íntegramente por su venta en el mercado interno o en el secundario. No les indicó que las PP presentaran riesgo alguno. Contrataron los demandantes las PP sin que en ningún momento supiera que se trataba de un producto financiero complejo y de riesgo. Tampoco se les informó de la calificación de la solvencia del banco y de la emisión de PP. 5º No se les entregó a los demandantes ningún documento precontractual de carácter informativo; 6º Al acudir a la oficina a los pocos días, la demandante firmó la documentación que el empleado le había preparado según la conversación telefónica, firmando la orden de suscripción de las PP, para después firmar, como mero trámite que exigía el programa informático el contrato básico MIFID y el test de conveniencia, todos en unidad de acto; 7º El test de conveniencia fue confeccionado por el empleado del banco, con las respuestas que le ofrecía el cliente. No obstante el test resultó no conveniente, lo que se consigna en el mismo en letra de igual tipografía, por lo que el cliente se limitó a firmar en el mismo, sin que el empleado le realizara ninguna advertencia sobre el resultado del mismo, al no atribuir, según admitió en el juicio, a dicho trámite valor

alguno; 8º No consta entregado el resumen explicativo de condiciones de la emisión, menos aún que le fuera leído; y 9º No consta que los demandantes tuvieran conocimiento de que se trataba de un producto financiero complejo y de riesgo.

QUINTO.- Basta contrastar las exigencias formales reseñadas en el fundamento jurídico tercero de esta resolución con las observadas en este caso que se dan por probadas en el fundamento jurídico cuarto para apreciar la evidencia de que el banco incumplió sus deberes de asesoramiento, información y demás mecanismos legales de protección del cliente de forma abrumadora. Pero ha de examinarse si concurrió el vicio del consentimiento (art. 1261y 1266 CC) que se aduce para procurar así la anulación del contrato, esto es, si existió una representación falsa sobre la naturaleza y riesgos del contrato, debiendo tenerse en consideración que para anular el contrato el error ha de tener la suficiente entidad y que no ser imputable a la negligencia de quien lo sufre. Y ello por cuanto no cabe establecer con carácter general y automático que la ausencia de información comporte aquel vicio, aunque sí permite presumirlo, según señala las sentencias del TS de 20 de enero y 7 y 8 de julio de 2014, y en el presente caso estimamos que en el presente caso el consentimiento prestado estuvo viciado por un error esencial y excusable.

En tal sentido, del relato fáctico que precedentemente se dio como probado se concluye que: 1º El banco ofreció a los demandantes la compra de las PP prescindiendo de la idoneidad y conveniencia del producto, todo ello en consideración a una política comercial de la demandada guiada por su propio interés. Por tanto, aquella recomendación que dirigió individualizadamente hacia un concreto cliente exigía que el banco fuera más riguroso y pudiera justificar la conveniencia del producto en consideración a las circunstancias que concurrían, sometiendo al cliente al test de idoneidad, que el banco no realizó (y que era obligatorio, contrariamente a lo defendido por la demandada). 2º No les fue facilitada a los clientes documentación precontractual que les permitiera conocer, desplegando un mínimo de diligencia, la naturaleza del contrato y los riesgos que entrañaba. 3º No le facilitó la demandada una información comprensible sobre los riesgos y características del producto. 4º Se trataba de clientes minoristas, para los que era claramente inadecuado el producto de riesgo que el banco le comercializó, lo que se evidencia incluso en el resultado negativo del test practicado, resultado que no tuvo efecto alguno en la continuidad de la contratación. A ello no obsta el hecho de que hubieran contratado con anterioridad la compra de acciones en bolsa, respecto de

las cuales está fuera de toda duda que conocieran el riesgo del producto. Se trata de verificar si el banco les ofreció una información mínima sobre la naturaleza de las PP o, en caso contrario, si éstos disponían de conocimientos previos sobre aquélla. Y el hecho de ser titulares de acciones no permite deducir que tuvieran aquellos conocimientos. En suma, no se ha probado que concurran en los demandantes circunstancia alguna que pudiera permitirles conjurar los efectos de aquella deficiente comercialización, lo que aleja la posibilidad de considerar suplida el incumpliendo del banco de su deber de informar con su condición personal.

De ese conjunto de elementos ha de concluirse que concurre en la prestación del consentimiento un error que de ser calificado esencial y excusable, remitiéndonos en este punto a lo señalado en las sentencias antes citadas.

SEXTO.- El artículo 1303 del Código Civil establece que “declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes”, artículo que ha de aplicarse tanto en los casos en que se produzca una nulidad relativa del contrato, como en el caso en que se trate de una nulidad absoluta (entre muchas: sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2012). La jurisprudencia ha señalado que el régimen específico de los arts. 1303 a 1308 CC puede resultar insuficiente para resolver todos los problemas derivados de la nulidad contractual (STS de cinco de marzo de 2010, entre muchas), pues, como señala la sentencia de 15 de enero de 2010 “la restitución recíproca contemplada en el citado art. 1303 CC puede tener unos límites racionales similares a los reconocidos para algunos casos de resolución contractual”. Es menester, para resolver la controversia, atenderse a la finalidad de la norma. En este sentido, la sentencia de 10 de diciembre de 2010 que “la jurisprudencia ha sido reiterada en un sentido de que “el precepto, que tiene como finalidad conseguir que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador, evitando el enriquecimiento injusto...” , como dicen las sentencias de 11 de febrero de 2003 y 6 de julio de 2005 y lo reiteran las de 22 de abril de 2005 y 23 de junio de 2008 Y matiza la doctrina que la indemnización alcanza al interés negativo o “interés de confianza” que resulta de cotejar la situación en que estaría la parte perjudicada si no hubiese celebrado el contrato o hubiese conocido desde el principio su invalidez, con la situación actual en que se encuentra ahora, sin que alcance al llamado interés positivo que resulta

de comparar la situación provocada por la invalidez, con la que existiría si hubiese habido validez y cumplido los efectos del contrato.”

Con la perspectiva indicada, no existe motivo para excluir el supuesto enjuiciado del régimen ordinario que contempla el art. 1303 CC, lo que comporta la devolución recíproca de las prestaciones recibidas, incrementadas en el interés legal desde su entrega.

SEPTIMO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas procesales deben imponerse a la parte demandada.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Estimando la demanda formulada por el procurador Sr. Blanco González, en la representación de autos, contra Banco de Caja de España de Inversiones, Salamanca y Soria, SAU, debo declarar y declaro la nulidad del contrato de compra de participaciones preferentes celebrado entre las partes con fecha 13 de mayo de 2009, con los efectos legales inherentes a tal pronunciamiento y con condena a la restitución recíproca entre las partes de las prestaciones que hubiesen sido objeto de los mismos, esto es, deberá la sociedad demandada devolver a los actores el capital suscrito y gastos de administración y custodia, incrementados ambos en el interés legal desde su entrega; y los demandantes deberán entregar los títulos recibidos o las acciones que hubieran recibido a cambio del canje de las participaciones, o, si hubieran vendido las acciones, el importe de las mismas con sus intereses legales desde la fecha de su venta y, en todo caso, abonar a la demandada el importe de los rendimientos obtenidos por las obligaciones suscritas, incrementadas en el interés legal devengado desde su pago, todo ello con expresa imposición de las costas procesales a la demandada.

Así por esta mi Sentencia definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

Contra esta Resolución cabe interponer recurso de apelación que deberá prepararse ante este órgano judicial en el plazo de veinte días contados desde el día siguiente a su notificación, debiendo exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna. Para interponer el recurso será necesaria la constitución de un depósito de



50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Juzgado tiene abierta en el Banesto con el número 4848 0000 040 321 14, consignación que deberá ser acreditada al preparar el recurso (DA 15ª LOPJ).

PUBLICACIÓN.- Para hacer constar que la anterior sentencia ha sido publicada en el mismo día de ser dictada, en audiencia pública, mediante lectura íntegra de la misma. Doy fe.

