



Roj: SJPI 4/2013
Id Cendoj: 08121420012013100001
Órgano: Juzgado de Primera Instancia
Sede: Mataró
Sección: 1
Nº de Recurso: 792/2012
Nº de Resolución:
Procedimiento: CIVIL
Ponente: PABLO IZQUIERDO BLANCO
Tipo de Resolución: Sentencia

Juzgado de Primera Instancia núm. 1

Plaza Tomas y Valiente s/n

08302 MATARO (BARCELONA)

Tif 93 741 73 00 Fax 93 758 81 94

AUTOS: JUICIO ORDINARIO Nº 792/2.012 Z

Demandante: Coral y Rafael

Procurador demandante: DIANA DUCH RAMOS

Demandado: BANKIA SA

Procurador demandado: JOAN MANUEL FABREGAS AGUSTI

SENTENCIA Nº

En la ciudad de Mataró, a 5 de Febrero de 2.013

Vistos por Pablo IZQUIERDO BLANCO, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de esta población, los presentes autos de Juicio Ordinario número 792/2.012 seguidos en este Juzgado en ejercicio de la acción de anulabilidad del contrato por vicio del consentimiento entre:

Demandante .- Sr/a Coral DNI/NIF NUM000 y Rafael DNI/NIF NUM001 declarado en situación de imposibilidad mental por auto de este mismo juzgado de fecha 21 de junio de 2.012 por el que se le nombra como defensor judicial para las presentes actuaciones a su hijo Agapito DNI/NIF NUM002 representado ambos por el/la Procurador/a de los Tribunales Sr/a DIANA DUCH RAMOS y asistido/a por el/la Letrado/a Sr/a THAIS DELGADO REYES Nº 27.905 ICA Barcelona.

Demandado .- Sr/a BANKIA SA CIF G 08/169.823 representado por el/la Procurador/a de los Tribunales Sr/a JOAN MANUEL FABREGAS AGUSTI y asistido/a por el/la Letrado/a Sr/a VICENTE FRANCISCO CLEMENTE TORRES Nº 5.405 ICA Valencia

Tercero con intervención voluntaria adhesiva .- Sr/a CAIXA LAIETANA SOCIETAT PARTICIPACIONS PREFERENTS SA CIF A 63/753.214 representado por el/la Procurador/a de los Tribunales Sr/a JOAN MANUEL FABREGAS AGUSTI y asistido/a por el/la Letrado/a Sr/a VICENTE FRANCISCO CLEMENTE TORRES Nº 5.405 ICA Valencia, autos que se han seguido en base a los siguientes:

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las presentes actuaciones tuvieron inicio por demanda de fecha 14 de Mayo de 2.012 que fue presentada en fecha 18 del mismo mes y año a la oficina de reparto del Juzgado Decano de este partido y, turnada al día siguiente ante este Juzgado.

En la indicada demanda de juicio ordinario indicó el actor ejercitar acción de nulidad contractual y, en la que, tras alegar los hechos y los fundamentos de derecho que se estimaba le eran de aplicación, terminaba suplicando se dictase sentencia en la que se declare: a) La nulidad de los contratos de depósito o administración de valores suscritos en fecha 11 de noviembre de 2.002, junto con las ordenes de suscripción

de participaciones preferentes a ellos vinculadas, por los importes de 18.000 # y de 12.000 #, b) La nulidad de los contratos de depósito o administración de valores suscritos en fecha 11 de mayo de 2.011, junto con las ordenes de suscripción de participaciones preferentes a ellos vinculadas de 8 de junio de 2.011, por el importe de 6.000 #, c) La nulidad de las libretas relacionadas con los contratos anteriores, d) Restitución recíproca de obligaciones y e) condena a la demandada al pago a los actores a los daños y perjuicios producidos equivalentes al tipo de interés que la propia entidad de crédito demandada abonaba a los fondos depositados a plazo fijo en cada anualidad, aplicada al capital invertido de 12.000 #, 18.000 # y 6.000 # cuya determinación y liquidación se hará en ejecución de sentencia, con más los intereses y costas.

Se fija la cuantía de la demanda en indeterminada

SEGUNDO .- Con carácter previo a la admisión de la demanda y a la vista del documento núm. 15 de los acompañados a la misma, conforme a lo previsto en el art. 8 LEC se convocó al actor Rafael a examen por el médico forense adscrito al Juzgado, al reconocimiento personal psiquiátrico por parte del Tribunal y, ulteriormente, a la vista que se celebró el 13 de junio de 2.012, a cuya finalización recayó auto de fecha 21 de junio de 2.012 por el que se designaba defensor judicial al actor en la persona de su hijo antes relacionada, al entender que el mismo no podía comprender el alcance de la demanda interpuesta dada la larga evolución de su enfermedad de Alzheimer, procediendo el defensor judicial designado a ratificar ulteriormente la decisión de continuar la acción entablada y ratificando en la defensa y representación procesal a los profesionales que la suscribían.

Por decreto de fecha 20 julio de 2.012 se admitió a trámite la demanda, dándole traslado de la misma a la demandada, emplazándola para que en el término improrrogable de veinte días, compareciera asistida de letrado y representada por procurador, y contestara a la demanda en legal forma

TERCERO.- Dentro del plazo legalmente previsto, la demandada formuló en fecha 27 de septiembre de 2.012 escrito de contestación a la demanda por el que se oponía a la misma, interesando la desestimación de la totalidad de las peticiones efectuadas en la misma con condena en costas a la parte actora.

CUARTO.- Convocadas las partes a la audiencia previa al juicio por diligencia de ordenación de fecha 1 de octubre de 2.012, ésta se celebró el día 23 del mismo mes y año con la comparecencia ambas partes, debidamente asistidas y representadas, sin lograrse en la misma conciliación ni transacción de clase alguna.

A continuación manifestaron su posición acerca de los documentos aportados de contrario, fijándose seguidamente los hechos controvertidos, sin que, exhortados por el tribunal, las partes llegasen a un acuerdo por lo que se procedió a la proposición de prueba.

Por la actora se propusieron las pruebas: documental, testifical de Iván y Asunción como director y subdirectora de la sucursal bancaria en la que se suscribieron los contratos y Agapito como hijo de los actores. Por la demandada, documental e interrogatorio de parte en la persona de Coral .

Todas ellas fueron declaradas pertinentes y convocándose a las partes a juicio, para cuya celebración se señaló 4 de febrero de 2.013

Con anterioridad al acto de la vista, por escrito de fecha 11 de enero de 2.013 se personó CAIXA LAIETANA SOCIETAT DE PARTICIPACIONS PREFERENTS SA como tercero del art. 13 LEC con voluntad de intervenir adhesivamente en los presentes autos y, previo traslado por 5 días a la actora, por auto de fecha 28 de enero de 2.013 se admitió su intervención procesal en los presentes autos sin la condición de parte demandada.

QUINTO.- En el día y hora señalados comparecieron las partes, procediéndose a la práctica de la prueba propuesta y admitida con el resultado que obra en autos, quedando los autos vistos para sentencia.

SEXTO.- En la tramitación del presente pleito se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Las participaciones preferentes se encuentran reguladas a través de 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, modificada por el art. 1.10 de la Ley 6/2011, de 11 de abril (BOE de 12 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 normativa ha sido parcialmente modificada nuevamente por el Real Decreto -ley 24/2.012, de 31 de agosto, de reestructuración y resolución de entidades de crédito (intervenidas) publicado en el BOE 31/08/2.012 y que entró en vigor el mismo día. Dispone la D.A. 2ª de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros los requisitos para la computabilidad de las participaciones preferentes como recursos propios y régimen fiscal aplicable a las mismas así como a determinados instrumentos de deuda.

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

Ser emitidas por una entidad de crédito española o por una sociedad anónima residente en España o en un territorio de la Unión Europea, que no tenga la condición de paraíso fiscal, y cuyos derechos de voto correspondan en su totalidad directa o indirectamente a una entidad de crédito española y cuya actividad u objeto exclusivos sea la emisión de participaciones preferentes.

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*.

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

El consejo de administración, u órgano equivalente, de la entidad de crédito emisora o matriz **podrá cancelar, discrecionalmente, cuando lo considere necesario, el pago de la remuneración durante un período ilimitado, sin efecto acumulativo**.

Se deberá cancelar dicho pago si la entidad de crédito emisora o matriz, o su grupo o subgrupo consolidable, no cumplen con los requerimientos de recursos propios establecidos en el apartado 1 del artículo 6.

En todo caso, el pago de esta remuneración estará condicionado a la existencia de beneficios o reservas distribuibles en la entidad de crédito emisora o dominante.

El Banco de España podrá exigir la cancelación del pago de la remuneración basándose en la situación financiera y de solvencia de la entidad de crédito emisora o matriz, o en la de su grupo o subgrupo consolidable.

La cancelación del pago de la remuneración acordada por el emisor o exigida por el Banco de España no se considerarán obligaciones a los efectos de determinar el estado de insolvencia del deudor o de sobreseimiento en el pago de sus obligaciones, de acuerdo con lo previsto en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

No obstante, el pago de la remuneración podrá ser sustituido, si así lo establecen las condiciones de la emisión, y con las limitaciones que se establezcan reglamentariamente, por la entrega de acciones ordinarias, cuotas participativas o aportaciones al capital de las cooperativas de crédito, de la entidad de crédito emisora o matriz.

No otorgar a sus titulares derechos políticos, salvo en los supuestos excepcionales que se establezcan en las respectivas condiciones de emisión.

No otorgar derechos de suscripción preferente respecto de futuras nuevas emisiones.

Tener carácter perpetuo, aunque el emisor podrá acordar la amortización anticipada a partir del quinto año desde su fecha de desembolso, previa autorización del Banco de España, que sólo la concederá si no se ve afectada la situación financiera ni la solvencia de la entidad de crédito, o de su grupo o subgrupo consolidable. A estos efectos, el Banco de España podrá condicionar su autorización a que la entidad sustituya las participaciones preferentes amortizadas por elementos de capital computables de igual o superior calidad.

Cotizar en mercados secundarios organizados.

En los supuestos de liquidación o disolución, u otros que den lugar a la aplicación de las prioridades contempladas en el Código de Comercio, de la entidad de crédito emisora o de la dominante, las participaciones preferentes darán derecho a obtener exclusivamente el reembolso de su valor nominal junto

con la remuneración devengada y no satisfecha, que no hubiera sido objeto de cancelación de acuerdo con la letra c) anterior, y se situarán, a efectos del orden de prelación de créditos, inmediatamente detrás de todos los acreedores, subordinados o no, de la entidad de crédito emisora o de la dominante del grupo o subgrupo consolidable de entidades de crédito y delante de los accionistas ordinarios y, en su caso, de los cuotaparticipes.

En los supuestos en los que la entidad emisora o matriz, o su grupo o subgrupo consolidable, presente pérdidas contables significativas o una caída relevante en las ratios indicadoras del cumplimiento de los requerimientos de recursos propios, las condiciones de emisión de las participaciones preferentes deberán establecer un mecanismo que asegure la participación de sus tenedores en la absorción de las pérdidas corrientes o futuras, y que no menoscabe eventuales procesos de recapitalización, ya sea mediante la conversión de las participaciones en acciones ordinarias, cuotas participativas o aportaciones al capital de las cooperativas de crédito, de la entidad de crédito emisora o matriz, ya mediante la reducción de su valor nominal. Reglamentariamente se precisarán los supuestos desencadenantes de tales mecanismos y las condiciones específicas de los mismos.

En el momento de realizar una emisión, el importe nominal en circulación no podrá ser superior al 30 % de los recursos propios básicos del grupo o subgrupo consolidable al que pertenece la entidad dominante de la filial emisora, incluido el importe de la propia emisión, sin perjuicio de las limitaciones adicionales que puedan establecerse a efectos de solvencia. Si dicho porcentaje se superara una vez realizada la emisión, la entidad de crédito deberá presentar ante el Banco de España para su autorización un plan para retornar al cumplimiento de dicho porcentaje. El Banco de España podrá modificar el indicado porcentaje, si bien no podrá ser nunca mayor del 35 %.

2. El régimen fiscal de las participaciones preferentes emitidas en las condiciones establecidas en el apartado anterior será el siguiente:

La remuneración a que se refiere la letra c) del apartado anterior tendrá la consideración de gasto deducible para la entidad emisora.

Las rentas derivadas de las participaciones preferentes se calificarán como rendimientos obtenidos por la cesión a terceros de capitales propios de acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo 25 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.

En los supuestos de emisiones realizadas por una sociedad filial, no estarán sometidos a retención alguna los rendimientos generados por el depósito de los recursos obtenidos en la entidad de crédito dominante, siendo de aplicación en su caso, la exención establecida en la letra f) del apartado 1 del artículo 14 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo.

Las rentas derivadas de las participaciones preferentes obtenidas por sujetos pasivos del Impuesto sobre la Renta de no Residentes sin establecimiento permanente estarán exentas de dicho impuesto en los mismos términos establecidos para los rendimientos derivados de la deuda pública en el artículo 14 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo.

Las operaciones derivadas de la emisión de participaciones preferentes estarán exentas de la modalidad de operaciones societarias del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

3. La entidad de crédito dominante de un grupo o subgrupo consolidable de entidades de crédito tendrá la obligación de informar a la Administración tributaria y a las instituciones encargadas de la supervisión financiera, en la forma en que reglamentariamente se establezca, de las actividades realizadas por las filiales a que se refiere la letra a) del apartado 1 de esta Disposición adicional y de la identidad de los contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades, que sean titulares de los valores emitidos por aquéllas, así como los contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de no Residentes que obtengan rentas procedentes de tales valores mediante establecimiento permanente situado en territorio español.

4. Lo dispuesto en esta Disposición adicional será igualmente aplicable en los supuestos en los que la entidad dominante a que se refiere la letra a) de su apartado 1 sea una entidad que se rija por el derecho de otro Estado.

5. El régimen previsto en los apartados 2 y 3 de esta Disposición será también aplicable a las emisiones de instrumentos de deuda realizadas por entidades que cumplan los requisitos de la letra a) del apartado 1 y que coticen en mercados organizados. Además, en el caso de emisiones realizadas por una entidad filial su actividad u objeto exclusivo será la emisión de participaciones preferentes y/u otros instrumentos financieros y deberán cumplirse los requisitos de cotización en mercados organizados y de inversión en la entidad dominante que se establecen en las letras g) y b) de dicho apartado. Igualmente, resultará aplicable el citado régimen a los valores cotizados en mercados organizados y emitidos con cargo a fondos de titulización hipotecaria, regulados por la Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre régimen de sociedades y fondos de inversión inmobiliaria y sobre fondos de titulización hipotecaria y a fondos de titulización de activos regulados por la Disposición adicional quinta de la Ley 3/1994, de 14 de abril, por la que se adapta la legislación española en materia de entidades de crédito a la segunda directiva de coordinación bancaria y se introducen otras modificaciones relativas al sistema financiero.

6. Lo dispuesto en esta Disposición adicional será aplicable, igualmente, a las participaciones preferentes o a otros instrumentos de deuda emitidos por entidades cotizadas que no sean de crédito o por una sociedad residente en España o en un territorio de la Unión Europea, que no tenga la consideración de paraíso fiscal, y cuyos derechos de voto correspondan en su totalidad, directa o indirectamente, a entidades cotizadas que no sean de crédito. En estos casos, para proceder a la amortización anticipada no será necesaria la autorización prevista en la letra f) del apartado 1.

7. A las emisiones de instrumentos de deuda a las que se refieren los dos apartados precedentes no les será de aplicación la limitación impuesta, por razones de capital y de reservas, en los artículos 405 y 411 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital ni en relación con la sociedad emisora ni con la sociedad dominante del grupo.

SEGUNDO.- Siguiendo al catedrático de derecho mercantil ALONSO ESPINOSA y con base a la normativa citada que las regula, debe indicarse que las participaciones preferentes tienen jurídica y contablemente en los balances de la entidad que las emite **una función eminentemente financiera por disposición legal**, equiparable a la función del capital social de la entidad y demás elementos componentes del patrimonio neto, es decir, *computa como recursos propios* de la entidad de crédito emisora, muy distinto y distante al concepto de depósito a plazo o vista (pasivo de la entidad) del que proceden los fondos y, que determina que **el dinero invertido en las mismas este sujeto por disposición legal y de forma permanente a la cobertura de las pérdidas del emisor, lo que acarrea el riesgo de la pérdida total de la inversión**. Por ello, la función financiera legal de la participación preferente es incompatible con la propia de las obligaciones y demás valores de deuda (depósitos de los ahorradores en las entidades de crédito) porque éstos incorporan una *deuda jurídicamente real* del emisor y tienen el tratamiento contable de recursos ajenos sujetos a restitución o *pasivo*.

El nominal de la participación preferente no es una deuda del emisor y por ende no atribuye a su titular derecho de crédito alguno que le faculte para exigir su pago a la entidad emisora tal y como dispone la disposición adicional segunda de la Ley 13/1985 que obliga a que el dinero captado mediante participaciones preferentes " *ha de estar invertido en su totalidad (...) y de forma permanente, en la entidad de crédito dominante de la filial emisora, de manera que queden directamente afectos a los riesgos y situación financiera de dicha entidad de crédito dominante y de la de su grupo o subgrupo consolidable.*"

La participación preferente es una clase de valor negociable que ha sido profusamente emitida por las entidades de crédito en los últimos años como parte de su estrategia dirigida al saneamiento de sus balances ante la severa crisis financiera que les afecta. El objetivo que perseguían las entidades de crédito con la emisión de participaciones preferentes era sistemáticamente la de transformar en patrimonio neto el pasivo representado por el dinero que los suscriptores de aquéllas mantenían en régimen de contratos de depósito bancario de donde han sacado la mayor parte de las inversiones que las mismas representan, especialmente del dinero del pequeño ahorrador o cliente minorista captado a través del personal de sus respectivas oficinas, con las que el ahorrador mantiene un estrecho margen de confianza que se han visto convertidos, muchas veces sin pretenderlo, de ahorradores clásicos a financiadores de riesgo. **Es decir, debe definirse el tratamiento jurídico y contable aplicable al dinero captado mediante participaciones preferentes como patrimonio neto. Como tal, el dinero «traspasado» hacia ellas desde depósitos a plazo o a la vista cesa como deuda del emisor (pasivo en términos contables) para pasar a formar parte ministerio legis del patrimonio neto de éste y, por tanto, sus titulares pasan a ser partícipes de su riesgo patrimonial.**

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

a) Rentabilidad. La rentabilidad de la participación preferente está condicionada legalmente a los resultados económicos de la entidad de crédito emisora conforme a lo previsto en la Dispone la D.A. 2ª de la Ley 13/1985, de 25 de mayo que dispone que las condiciones de la emisión fijarán la remuneración que tendrán derecho a percibir los tenedores de las participaciones preferentes, si bien: a) El consejo de administración, u órgano equivalente, de la entidad de crédito emisora o matriz podrá cancelar, discrecionalmente, cuando lo considere necesario, el pago de la remuneración durante un período ilimitado, sin efecto acumulativo. b) Se deberá cancelar dicho pago si la entidad de crédito emisora o matriz, o su grupo o subgrupo consolidable, no cumplen con los requerimientos de recursos propios establecidos en el apartado 1 del artículo 6. En todo caso, el pago de esta remuneración estará condicionado a la existencia de beneficios o reservas distribuibles en la entidad de crédito emisora o dominante. El Banco de España podrá exigir la cancelación del pago de la remuneración basándose en la situación financiera y de solvencia de la entidad de crédito emisora o matriz, o en la de su grupo o subgrupo consolidable. La cancelación del pago de la remuneración acordada por el emisor o exigida por el Banco de España no se considerarán obligaciones a los efectos de determinar el estado de insolvencia del deudor o de sobreseimiento en el pago de sus obligaciones, de acuerdo con lo previsto en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. No obstante, el pago de la remuneración podrá ser sustituido, si así lo establecen las condiciones de la emisión, y con las limitaciones que se establezcan reglamentariamente, por la entrega de acciones ordinarias, cuotas participativas o aportaciones al capital de las cooperativas de crédito, de la entidad de crédito emisora o matriz.

En definitiva, la participación preferente es destinataria de un especial régimen o *sistema de rentabilidad* cuya activación se condiciona legalmente a los resultados económicos de la entidad de crédito emisora o de los del grupo en el que ésta se integre y, que tras la reforma de la D.A. 2ª de la Ley 13/1985, de 25 de mayo introducida por la Ley 6/2011, puede además depender de la decisión del órgano de administración de ésta.

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

La participación preferente tampoco confiere derecho de participación en las ganancias repartibles del emisor ni participa de la revalorización del patrimonio de éste, aunque sí participa en sus pérdidas, por lo que puede darse la paradoja de que el inversor en participaciones preferentes, habiendo asumido un riesgo equiparable al de los accionistas de la entidad de crédito emisora, tenga menor derecho de participación en el beneficio repartido a éstos, ya que lo más habitual es que el rendimiento reportado por la participación preferente consista en la modalidad de «interés» fijo pero devengable bajo las condiciones expuestas. Tras la Ley 6/2011, podría también producirse la situación de que los accionistas de la entidad de crédito emisora tuvieran derecho al pago de dividendo mientras que los titulares de participaciones preferentes no recibieran su rendimiento o interés en función de una decisión del órgano de administración.

b) Vencimiento. La participación preferente no atribuye derecho a la restitución de su valor nominal. Es un valor potencialmente perpetuo o *sin vencimiento* ya que la DA 2ª de la Ley 13/1985, de 25 de mayo dispone de forma imperativa que el dinero captado por la entidad de crédito mediante su emisión *deberá estar invertido en su totalidad (...) y de forma permanente , en la entidad de crédito dominante de la filial emisora, de manera que queden directamente afectos a los riesgos y situación financiera de dicha entidad de crédito dominante y de la de su grupo o subgrupo consolidable. (...)* "Tener carácter perpetuo, aunque el emisor podrá acordar la amortización anticipada a partir del quinto año desde su fecha de desembolso, previa autorización del Banco de España, que sólo la concederá si no se ve afectada la situación financiera ni la solvencia de la entidad de crédito, o de su grupo o subgrupo consolidable. A estos efectos, el Banco de España podrá condicionar su autorización a que la entidad sustituya las participaciones preferentes amortizadas por elementos de capital computables de igual o superior calidad"

A diferencia de otras posiciones jurídicas (como las de depositante de dinero o de obligacionista ordinario), **la participación preferente no atribuye derecho de crédito contra la entidad de crédito**

emisora por el que su titular quede facultado para exigir a ésta la restitución del valor nominal invertido en ella bajo determinadas circunstancias de tiempo o vencimiento.

c) Liquidez. La *liquidez* de la participación preferente solo puede producirse mediante su venta en el mercado secundario de valores en el que ésta cotice. Este hecho -que el medio exclusivo de recuperación del nominal de la participación preferente sea su venta en un mercado secundario de valores- determina que **el dinero invertido en ella deviene prácticamente irrecuperable ante los hechos que, legalmente, determinan la desactivación de su sistema de rentabilidad, es decir, que el pago de la misma acarree que la entidad de crédito dejase de cumplir sus obligaciones en materia de recursos propios o porque no haya obtenido beneficios ni disponga de reservas repartibles;** o tras la Ley 6/2011, porque así lo decida el órgano de administración de la entidad de crédito.

Asimismo, la desactivación del sistema de rentabilidad de la participación preferente y el consiguiente impago de la misma es signo de crisis de la entidad de crédito «deudora» cuyo efecto correlativo en los *per se* miedosos mercados de valores, es la desaparición de la *liquidez* de la inversión y la pérdida de su seguridad o posibilidad real de recuperar el dinero invertido. **En otros términos: el único incentivo del mercado secundario de participaciones preferentes consiste en el pago regular de sus intereses o sistema de rentabilidad; por tanto, su desactivación elimina la rentabilidad y la liquidez de la inversión así como su seguridad** . La participación preferente deja de ser un *valor* para convertirse en instrumento de inversión de máximo riesgo carente de liquidez, rentabilidad y seguridad.

d) La seguridad . El nivel de *seguridad* en la recuperación de la inversión que ofrece la participación preferente es equiparable al que deparan las acciones. Al igual que sucede con éstas, el único supuesto en el que podría nacer un derecho al pago del valor nominal de la participación preferente sería el de la *liquidación* de la entidad de crédito emisora (y también de la sociedad dominante de ésta). Pero se establece que el **orden de prelación del crédito que en tal caso la participación preferente llegase a atribuir se sitúa legalmente detrás de todos los acreedores, subordinados o no, de la entidad de crédito emisora o de la entidad dominante del grupo o subgrupo consolidable de entidades de crédito en la que ésta se integra.** Esto significa que en caso de liquidación de la entidad de crédito emisora (o de su sociedad dominante) la recuperación del dinero invertido en participaciones preferentes exige el previo y completo pago de la totalidad de los créditos de los acreedores de ésta y, acaso, también de los del grupo en el que la misma se integra.

Ello revela que la participación preferente es un *valor de riesgo equiparable a las acciones o, en su caso, al de las cuotas participativas de cajas de ahorros o de las aportaciones de los socios de las cooperativas de crédito.* Por tanto, el riesgo que asume el inversor en participaciones preferentes es el *mismo* que el de los accionistas, pero con la siguiente particularidad no exenta de interés, relativa a que los accionistas son titulares de derechos de control sobre el riesgo que soportan, derechos de los que carece el inversor en participaciones preferentes, ya que a éste no se le reconoce derecho alguno de participación en los órganos sociales de la entidad de crédito emisora. Conviene también observar que los accionistas participan de forma directa en la revalorización del patrimonio social del emisor en proporción al valor nominal de sus acciones; en cambio, ante tal eventualidad favorable, el valor nominal de la participación preferente permanece inalterable mientras que, por el contrario, sí cabe su reducción en caso de pérdidas del emisor.

En definitiva, el nivel de riesgo de la inversión en participaciones preferentes es mayor que el deparado por las acciones ordinarias como arquetipo del valor de riesgo. *Mayor* porque, a diferencia de las acciones ordinarias, la participación preferente es un valor de capital cautivo al estar legalmente desprovisto de cualquier derecho de participación en los órganos sociales de la entidad emisora que permitiese a su titular participar en el control del riesgo asumido; también carece *ex lege* de derecho de suscripción preferente respecto de futuras emisiones tanto de acciones como de nuevas participaciones preferentes, por lo que no genera rendimientos en forma de venta de derechos de suscripción.

TERCERO .- Dispone el art. 326 de la LEC en relación a la fuerza probatoria de los documentos privados que los documentos privados harán prueba plena en el proceso, en los términos del artículo 319, cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudiquen y, el art. 319 de la LEC dispone en relación a la fuerza probatoria de los documentos públicos que con los requisitos y en los casos de los artículos siguientes, los documentos públicos comprendidos en los números 1 a 6 del artículo 317 harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella.

CUARTO.- Con carácter previo al análisis del fondo del debate, debe analizarse la excepción procesal de caducidad de la acción esgrimida por la parte demandada en relación al plazo de ejercicio de la acción. La

duración de la acción de anulación, según el artículo 1.301 del Código Civil , *sólo durará cuatro años* ". Este tiempo empezará a correr: .- En los casos de intimidación o violencia, desde el día en que éstas hubiesen cesado. .- *En los de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato* . .- Cuando la acción se refiera a los contratos celebrados por los menores o incapacitados, desde que salieren de tutela. .- Si la acción se dirigiese a invalidar actos o contratos realizados por uno de los cónyuges sin consentimiento del otro, cuando este consentimiento fuese necesario, desde el día de la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio salvo que antes hubiere tenido conocimiento suficiente de dicho acto o contrato".

En relación a las causas de extinción de la acción de anulabilidad, son: 1º) El transcurso del *plazo de cuatro años* fijado en el artículo 1.301 del Código Civil . El cómputo de este plazo, según el precepto citado, es: en caso de defecto de capacidad, desde que el menor alcanza la mayoría de edad o el incapacitado recupera la capacidad; en caso de vicios del consentimiento, si fue error o dolo, desde la consumación del contrato, y si fue violencia o intimidación, desde que éstas cesaron.

No existe unanimidad doctrinal ni jurisprudencial en cuanto a la determinación de la naturaleza jurídica del indicado plazo. Así, la doctrina mayoritaria se inclina por entender que tal plazo es de *caducidad*, aunque algún autor, como Delgado, lo concibe como de prescripción. El Tribunal Supremo mantiene una posición un tanto dispar, si bien pudiera decirse que en la actualidad se viene pronunciado por la tesis de la caducidad. En este sentido, calificando este plazo como de prescripción, pueden citarse las Sentencias de 28 de abril de 1931 (que admite expresamente la interrupción del plazo), 25 de abril de 1960 , 28 de octubre de 1974 , 27 de marzo de 1987 , 23 de octubre de 1989 y 5 de marzo de 1992 . Por el contrario, califican dicho plazo como de caducidad las Sentencias de 17 de febrero de 1966 , 4 de abril de 1984 , 2 de junio de 1989 , 17 de octubre de 1989 y 25 de julio de 1991 .

Ahora bien, desde el punto de vista jurisprudencial, el inicio del cómputo del plazo de caducidad de **contratos de tracto sucesivo como el de autos** , con vocación de permanencia y no sometido a plazo, la fecha de ejercicio de la acción de anulación no debe considerarse caducada hasta que se consuma el contrato. A este respecto, base recordar la STS núm. 569/2003 (Sala de lo Civil, Sección Única), de 11 junio , (...) 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 (RJ 1984, 3939) 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 (RJ 1989, 2201) **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 (RJ 1983, 2669) 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 no 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 sólo 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, concretamente, en un contrato de renta vitalicia como son los traídos a debate, hasta el fallecimiento de la beneficiaria de la renta.

Como a continuación se indicará, las participaciones preferentes son, por definición, de carácter permanente o perpetuo, no sometidas a plazo de vencimiento, circunstancia que es precisamente la que

comporta su problemática social, motivo por el que, conforme a la jurisprudencia citada, el Tribunal entiende que la acción no está en ningún caso caducada por cuanto ni tan siquiera ha dado inicio al plazo de 4 años de caducidad de la misma, al estar el contrato desarrollando sus efectos jurídicos y económicos de forma plena.

QUINTO . - Dispone el art. 1.269 del CC que "Hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho y el art. 1.270 del mismo cuerpo legal que " Para que el dolo produzca la nulidad de los contratos, deberá ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes. El dolo incidental sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios".

En lo que se refiere a la interpretación jurisprudencial del dolo civil, como vicio del consentimiento, la doctrina jurisprudencial requiere para que el dolo sea invalidante del contrato es preciso que concurren las tres premisas siguientes: 1º) Que el **dolo haya sido grave y antecedente o concomitante** en el perfeccionamiento del negocio, pues no basta para viciar el consentimiento cualquier, actitud maliciosa sobrevinida con posterioridad, a tenor del principio «mala fides superveniens non nocet»; 2º) Si el dolo ha sido **causada por una de las partes del contrato** y, por ende, no imputable ni a un tercero ni empleado por las dos partes contratantes 3º) La **prueba del dolo** como la del error incumbe a quien alega esos vicios del consentimiento, los que, por otra parte, deben ser apreciados con extraordinaria cautela y carácter excepcional, en aras de la seguridad jurídica y del fiel y exacto cumplimiento de lo pactado.

SEXTO.- Dispone el artículo 1261 del CC que «No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:1. Consentimiento de los contratantes. 2. Objeto cierto que sea materia del contrato.3. Causa de la obligación que se establezca».- Artículo 1265. «Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo»- Artículo 1266. «Para que el error invalide el consentimiento, deberá 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. El error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiere sido la causa principal del mismo. El simple error de cuenta sólo dará lugar a su corrección».

En lo que se refiere a la interpretación jurisprudencial del error, como vicio del consentimiento, la doctrina jurisprudencial en relación al mismo dispone que para que el error sea invalidante del contrato es preciso que concurren las tres premisas siguientes: 1º) Recaer sobre la cosa que constituye **su objeto o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración** , de modo que se revele paladinamente su esencialidad; 2º) Que **no sea imputable a quién lo padece** ; un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado y 3º) Que **sea excusable** , en el sentido de que sea inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular, valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso, incluso las personales, tanto del que ha padecido el error, como las del otro contratante, pues la función básica del requisito es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente.

SEPTIMO . - Es objeto de enjuiciamiento en el caso de autos los tres contratos de suscripción de participaciones preferentes siguientes:

- a) Contrato de fecha 11 noviembre de 2.002 por importe de 12.000 # (Doc. 2 folio 26 demanda) comercializado por Iván .
- b) Contrato de fecha 11 noviembre de 2.002 por importe de 18.000 # (Doc. 4 folio 28 demanda) comercializado por Iván .
- c) Contrato de fecha 8 de junio de 2.011 por importe de 6.000 # (Doc. 12 folio 39 demanda) comercializado por Asunción .

El total importe del capital suscrito en las tres operaciones citadas es de 36.000 # y, de la lectura de los tres documentos relacionados no se identifica en los mismos datos relativos al plazo de vencimiento o restitución del importe invertido más allá de la mención expresa a que podrá realizarse la amortización anticipada de los títulos a partir del quinto año a partir de la fecha de su emisión, así como a la referencia al rendimiento que la misma produce al tipo del 4,35 o 3,94 y TAE 4,42 o 4,00 **sin que conste mención a las características de la emisión del producto, que se indican en los referidos documentos que se remiten al folleto que se dice se entrega a los adquirentes del producto, pero cuyos datos de interés no se contienen en el propio contrato u orden de compra de las participaciones. Asimismo, la entidad emisora de las participaciones no se identifica nominalmente en el contrato, más que por referencia a**

"EMISIÓN NÚM. 1" y, se supone que la misma vendrá identificada en el folleto que se dice entregado a los suscriptores, pero del que no consta rastro documental en el contrato, ni aportado tampoco como tal en la contestación a la demanda.

OCTAVO .- En relación a los sujetos que han suscrito los contratos de participaciones preferentes debe indicarse que se trata de:

a) Coral de 80 años en la actualidad, 70 años a la fecha de suscripción del primer contrato y, 79 años a la fecha de suscripción del último de ellos, hoy jubilada y durante su vida laboral, de profesión modista y, conforme a la propia documentación contractual aportada (doc. 10 demanda folio 37 actuaciones), al efecto el test MIFID al que se sometió a la misma en fecha 8 junio de 2.011, con estudios básicos, sin conocimientos en materia financiera.

a) Rafael de 81 años en la actualidad, 71 años a la fecha de suscripción del primer contrato y, sin que conste de la documental aportada a los autos por las dos partes que el mismo haya aún siquiera suscrito el tercer contrato de adquisición de suscripciones preferentes de fecha 8 de junio de 2.011 pese a que se ha vinculado por 6.000 €, parte de su capital depositado en la entidad demandada. Asimismo, conforme al documento núm. 15 de la demanda, folio 65 de las actuaciones y, conforme a los folios 79 a 83 de las actuaciones, consta información médica del Hospital de Sant Jaume i Santa Magdalena de Mataró y del Médico Forense adscrito a éste Juzgado acreditativa de que desde el año 2.004 el mismo sufre una enfermedad mental degenerativa que en los últimos años es evidente y, que la médico forense describe como de grado 3-4, dependencia Grado II nivel I y que concluye como deterioro cognitivo moderado-grave por demencia tipo enfermedad de Alzheimer, irreversible, sin posibilidad de curación de evolución progresiva que le hace imposible cuidar de sus bienes y persona.

NOVENO.- En el caso de autos, la parte actora alega en relación a los tres contratos de suscripción de participaciones preferentes objeto de enjuiciamiento la concurrencia de vicio del consentimiento en los actores que comporta su posible anulabilidad y, en relación a uno de ellos, inexistencia misma de consentimiento con base a los siguientes argumentos:

a) Por una parte, que son clientes ahorradores de toda la vida de la sucursal de CAIXA LAYETANA en la que concertaron los contratos, habiendo efectuado sus primeras imposiciones en la referida entidad con su primer trabajo a los 16 años, donde han permanecido fielmente con el paso de los años,

b) Que amparados en la confianza que tanto la entidad como el director de la sucursal en la que concertaron las dos primeras operaciones les comportaban, suscribieron los contratos que el mismo les indicó, en la confianza que la indicada operación (hoy objeto de enjuiciamiento) era similar a la que habían estado realizando hasta dicho momento con sus ahorros, es decir, imposiciones a plazo fijo a cambio de un interés fijo o variable, pero siempre con la condición de que, en caso de necesidad, podrían recuperar fácilmente su dinero y, con el mismo atender a las necesidades que pudieran surgirles en atención a su edad y circunstancias médicas.

c) Que en ningún caso y condición se les informó de las características técnico jurídicas de seguridad y liquidez de los productos que suscribieron en relación a la posible irrecuperabilidad del capital de los mismos o, que a través de estos estaban financiando a la entidad emisora o sus filiales, al pasar a ser inversor accionista de la misma, ya que en todo momento consideraban que lo que suscribían era un depósito a plazo fijo con opción a recuperar su dinero cuando lo precisaran, con una penalización si lo retiraban antes del plazo pactado y, que de lo único que hablaron fue de la rentabilidad del depósito, de los intereses que el mismo les rentaba y, no del resto de aspectos inherentes al producto adquirido, como la poca seguridad del mismo, la necesidad de proceder a su venta en un mercado secundario para poder recuperarlo o, que en caso de que no hubiera comprador para el producto en el referido mercado secundario, por pérdida de la credibilidad de la entidad con la que concertaban la operación, no podrían retirar el dinero entregado.

d) Alega también la actora que en relación al contrato de suscripción de participaciones preferentes de fecha 8 de junio de 2.011 (doc. 12 folio 39 actuaciones), el actor Rafael no lo suscribió ya que ya estaba aquejado de Alzheimer, era el mismo evidente y, además la otra actora le comunicó a la directora de la entidad de crédito la indicada circunstancia, por lo que más que vicio del consentimiento, en dicho supuesto lo que existe es un supuesto de ausencia de consentimiento y de inexistencia del contrato en lugar de causa de anulabilidad del mismo.

Por su parte, la entidad demandada niega la existencia de vicio del consentimiento alguno en la formación del contrato por parte de los actores, ya que afirma que los mismos fueron debida y adecuadamente

informados de las operaciones financieras que suscribían y, del alcance y consecuencias económicas de las mismas conforme a sus características técnicas, motivo por el que en modo alguno puede hablarse de vicio del consentimiento invalidante del contrato, sin que se pronuncie en la contestación al supuesto de inexistencia de voluntad por ausencia de suscripción del contrato por parte de uno de los actores y, incidiendo que los mismos han estado más de 10 años percibiendo los intereses pactados en el contrato, recibiendo información en su domicilio en relación a la operación realizada y, en ningún caso han opuesto disconformidad ni a la percepción de los intereses, ni al tipo de producto suscrito, sin que tampoco hayan acudido aún a la entidad de crédito a intentar recuperar la inversión realizada a través de la venta de las participaciones preferentes en el mercado secundario, con lo que tampoco puede hablarse de falta de liquidez de las mismas, ya que no se ha intentado aún ello.

DÉCIMO. - En el caso de autos, de los hechos alegados, la norma jurídica invocada y la prueba practicada en el acto de juicio, especialmente la declaración testifical de Iván y de Asunción, valorada de forma conjunta con la prueba documental aportada, procede la íntegra estimación de la demanda en lo que a la acción principal de nulidad (anulabilidad) ejercitada por vicio en el consentimiento de los actores a la hora de suscribir los dos primeros contratos y de Coral en cuanto al tercero y, por inexistencia del consentimiento en cuanto al contrato de 8 de junio de 2.011 por parte de Rafael con base a los siguientes argumentos:

a) Con carácter previo a cualquier consideración de hecho sobre el contrato y/o contratos suscritos, no puede dejar de ponerse de manifiesto que, el producto adquirido por los actores es jurídica y económicamente **un producto financiero complejo**, comercializado por una entidad de crédito sometida a la disciplina bancaria y a la Ley del Mercado de Valores, a través de su red de oficinas locales y, por parte de su personal propio, con base al régimen de confianza que los mismos tienen establecidos con los ahorradores que tradicionalmente acuden a sus dependencias en busca de seguridad y estabilidad, amparados en la confianza que toda entidad de crédito ofrece y, en el caso de autos, **aún más al ser la demandada (CAIXA LAYETANA) una entidad que durante años ha constituido la principal entidad financiera local, vinculada a la ciudad de Mataró y a su actividad social.**

Es por ello, que las relaciones jurídicas *inter partes* derivadas de la suscripción del contrato objeto de enjuiciamiento, no pueden ser analizadas única y exclusivamente desde la perspectiva civil que los arts 1.265 y ss del Código Civil impone, sino que en el análisis de los comportamientos realizados por una y otra parte en la fase precontractual, deben también tenerse en cuenta las obligaciones jurídicas que afectan a una y otra parte en relación a su posición precontractual, especialmente a la demandada, como comercializadora de productos financieros complejos, conducta de la misma que se encuentra disciplinada y sometida a la normativa de la Ley del Mercado de Valores a la hora de determinar su comportamiento en la venta de este tipo de productos, ya que la indicada normativa le impone a la misma (como entidad) unos deberes de transparencia y sinceridad en sus intervenciones contractuales que, en el caso de autos, no solo no se han producido (y, motiva ello la estimación de la demanda), sino que en relación a la suscripción de todos los contratos y, especialmente el de fecha 8 de junio de 2.011, puede calificarse como una posible y presunta conducta delictual, tal y como se pondrá de manifiesto ulteriormente.

b) En segundo lugar no puede tampoco olvidarse que el contrato suscrito tiene por objeto participaciones preferentes, que son legalmente definidas en la Ley del Mercado de Valores como valores financieros complejos, con las consecuencias jurídicas que a ello anuda 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* al que luego se hará mención. Es de destacar también al respecto, que en el propio contrato de suscripción de participaciones preferentes objeto de enjuiciamiento, se evidencia que la entidad demandada que las comercializa las califica como de producto "complejo" respecto del que la entidad asume la obligación de evaluar la conveniencia de su colocación al suscriptor.

c) En tercer lugar, conforme a lo previsto en los arts. 38 y 39 Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre (aplicable por fecha únicamente a la tercera suscripción de participaciones preferentes), se establecen tres clases de inversores en valores negociables (u otros instrumentos financieros) con arreglo a diversos criterios como los relativos a su grado de conocimiento o experiencia, sus condiciones subjetivas o su propia elección: El inversor o cliente *minorista*; el *inversor iniciado o experto*; y el *inversor cualificado*. Es inversor ordinario o *minorista* aquel inversor que a pesar de disponer de la información legal reglada y, en su caso, obligatoria que le pueda facilitar la entidad comercializadora de los productos financieros, **no puede estar en condiciones de hacer la evaluación que la misma le debería poder procurar sobre el emisor y sobre el contenido obligacional que incorporan los valores o instrumentos financieros cuya suscripción les sea ofrecida.** Es decir, la información legal preceptiva resulta inocua respecto de esta clase de inversor y puede que hasta

contraproducente ya que la única información realmente relevante ante este tipo de inversor es la que proviene de la confianza que le inspira la relación de clientela que mantiene con el comercializador de los valores, máxime si éste es una entidad de crédito.

En el caso de autos, la testigo Asunción declara que en relación al contrato de 8 de junio de 2.011 (también se acredita en el documento núm. 10 de la demanda folio 37) que **el test de conveniencia o MIFID, obligatorio ya en dicha fecha, era un mero trámite, un paso previo y necesario para la suscripción del producto, pero no determinante ya que con independencia del resultado que arroja el mismo, si el cliente quería suscribir el contrato así se hacía.** Ello es así hasta el punto de que, al pie del test MIFID practicado (folio 37 actuaciones) la entidad se permite hacer constar que el test de conveniencia le ha resultado negativo al cliente y, por ende, se advierte por el comercializador que el suscriptor no reúne el perfil adecuado para la compra del producto y, pese a ello, pese a ser evidente que no se reúnen los requisitos técnicos para ser destinatario del producto, el comercializador del mismo, que conforme a la normativa de la Ley del Mercado de Valores **tiene la obligación de asesorar al cliente sobre la conveniencia de su suscripción**, no solo no lo hace, sino que consciente de su inadecuación, permite la suscripción del mismo, entendiéndose que el test es un mero trámite, sin valor alguno al objeto de formar la conducta honesta y transparente de la entidad, o de proceder a desaconsejar a sus clientes la suscripción del producto que está expresamente indicando que no les conviene, **seguramente por cuanto el objetivo real perseguido con la compra del mismo no es otro que la obtención de capital para su autofinanciación.**

El régimen de las obligaciones de la entidad en esta materia está desarrollado por el RD 217/2008, de 15 de febrero, especialmente en sus arts. 60 y 64 cuando dispone que la entidad prestadora de *servicios de asesoramiento de inversión o de gestión de carteras* está obligada a obtener de los *clientes minoristas* «la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente (...) en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate; sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquél, *con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan*» y *se le obliga expresamente a abstenerse de recomendar servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente cuando la entidad no obtenga esta información* (art. 79 bis 6 LMV). A dicha obligación debe entenderse, por simple derivación natural el que, si practicado el test de conveniencia el resultado del mismo evidencia claramente que el suscriptor no reúne el perfil de inversor al que está destinado el producto, **la honestidad de la entidad y la de sus empleados comporta de forma automática, recomendarles la no suscripción del producto y/o no hacerlo al menos de forma consecutiva, indicarles la necesidad de que se lo piensen durante un tiempo, no como aconteció en el caso de autos, que se advierte el hecho de que el actor no tiene el perfil adecuado de inversor y, sin espacio intermedio, directamente se le hace suscribir la orden de suscripción de participaciones preferentes, sin darle tiempo a salir ni de la oficina o despacho.**

Asimismo, es también esencial en la formación del convencimiento del Tribunal el que la subdirectora de la entidad en la que se comercializaron las participaciones preferentes relativas al contrato de 8 de junio de 2.011, indicara en juicio que **no le explicó a la actora el riesgo de las participaciones** (a su marido no pudo ya que estaba fuera del despacho u oficina con Alzheimer de lo que era perfectamente consciente), **sino que solo** insistió en la diferencia entre lo que es un depósito a plazo y las participaciones, en el sentido de que para la recuperación de las mismas debía intervenir un tercero adquirente que las quisiera comprar en el mercado secundario, **pero no informando al mismo tiempo de que había riesgos y que podían perder el capital o, que las mismas eran perpetuas, seguramente por cuanto en aquel momento ni la misma lo sabía, como reconoció ulteriormente al indicar que desconocía que a través de la suscripción de las mismas pasaba el inversor a ser accionista de la entidad.**

Si a dicha conducta no honesta, aúnanos el que la testigo, en el desarrollo de la indicada reunión (recordemos que solo con uno de los actores, ya que al otro lo dejaron fuera de la oficina, en una silla, por tener Alzheimer) no procede a explicar al suscriptor los riesgos de la inversión, ni el riesgo que los mismos tenían al adquirir el referido producto de perder el capital, la conducta pasa de ser de no honesta ni transparente o sincera, a poder incurrir, presuntamente, en responsabilidad de tipo cuasi delictual, ya que ante un producto complejo, un cliente con Alzheimer y el otro con un perfil no inversor que al practicar el test de conveniencia se evidencia que no es apto para este tipo de productos, se le hace firmar una orden de suscripción, en el acto, sin posibilidad de asesoramiento externo o espacio temporal de reflexión y, sin advertirle que en lugar de depositarios pasan a ser accionistas de la entidad emisora de las participaciones y, que en el supuesto de que se desactive el mercado secundario en el que cotizan estos productos, el capital de la inversión es irrecuperable en dinero, sin perjuicio de otras ofertas en más acciones cotizadas en bolsa (de BANKIA). Desde el punto de vista del Tribunal, no solo se ha cometido dolo civil por omisión de información que permite

la anulabilidad del contrato, sino que la entidad comercializadora del producto puede presuntamente haber incurrido en otro tipo de dolo de mayor entidad y gravedad, del que en su caso, deberá responder ante otros organismos públicos, en su caso, ya que no le corresponde a éste Tribunal analizarlos ni enjuiciarlos, sino a lo sumo perseguirlos.

En el caso de autos, los dos actores son por definición legal clientes minoristas que carecen de cualquier formación al objeto de poder valorar adecuadamente el alcance de la escasa información contractual que les ofrecieron los dos directores o subdirectores de sucursal que intervinieron en la colocación de las participaciones preferentes y, antes al contrario, como se ha evidenciado del interrogatorio de la única parte que estaba en condiciones mentales de poder someterse al mismo, se trata de clientes ahorradores, con una larga tradición en la misma sucursal de concertación previa de *depósitos a la vista o a plazo*, producto esencialmente natural y propio de los clientes minoristas o ahorradores, respecto del que el mismo conserva la titularidad del importe depositado o, como mínimo la facultad de solicitar su restitución inmediata, aún cuando sea a través de una previa penalización económica.

Es difícil entender como gente mayor, ahorradores tradicionales de los de toda la vida, esencialmente preocupados a determinada edad por poder tener siempre disponibles sus ahorros al objeto de poder hacer frente a las enfermedades propias de su edad, a residencias de la tercera edad si llega el caso, a prestar ayuda a sus hijos y/o nietos y, en definitiva, a disfrutar de sus merecidos ahorros, pueden libre y voluntariamente suscribir un contrato de operaciones financieras complejas, para el que no están destinados al ser clientes minoristas, sin los conocimientos específicos para su entendimiento y, a través del que se procede a la transformación del cliente minorista y ahorrador sin riesgos (con depósitos a plazo o vista) en inversor que financia a la entidad de crédito en la capitalización de su patrimonio neto y asume una posición jurídica de mayor riesgo que la propia de los accionistas o, en su caso, cuota-partícipes, de la entidad de crédito emisora.

La suscripción de los contratos de participaciones preferentes determina el traspaso del dinero integrado en depósitos a plazo o a la vista que dejan de tener la consideración de deuda del emisor (*pasivo* en términos contables) para pasar a formar parte *ministerio legis* del *patrimonio neto* de éste y, por tanto, sus titulares pasan a ser partícipes de su riesgo patrimonial. No es razonable pensar, que ahorradores ordinarios, caracterizados por su típica aversión al riesgo, se hallen en condiciones de entender la esencial transformación de la posición jurídica que ocupaban como depositantes de dinero -situación jurídico-financiera de *mínimo riesgo*- en la de *inversores de riesgo al máximo nivel*, incluso en posición de mayor riesgo que la propia de los accionistas o, en su caso, cuota-partícipes, de la entidad de crédito emisora.

En el caso de autos es determinante a los efectos de formar la convicción del Tribunal en orden a la existencia de un dolo civil por omisión de traslación de información adecuada por parte de los empleados de la entidad demandada a los actores, en la fase precontractual, que motivó su error a la hora de formar su voluntad, la declaración en juicio de la subdirectora Asunción y del delegado Iván , que a preguntas del Tribunal a la primera de los dos, sobre si informó la primera, adecuada y suficientemente a los actores en relación a la naturaleza de "inversión" de la operación que les proponía a los mismos y, que la recuperabilidad de la misma dependía de la solvencia de la entidad emisora de las participaciones preferentes en el mercado secundario en el que las mismas cotizaban, respondió que no pudo efectuar la indicada transmisión de información, por cuanto ni ella misma sabía en dicho momento que la suscripción de participaciones preferentes constituía una inversión, no un depósito y, que la suscripción de las mismas transformaba al cliente en accionista inversor en la entidad dependiendo la posibilidad de recuperar la inversión de la solvencia que la entidad tuviera en el mercado secundario en el que cotizan las mismas.

No es difícil imaginar, a la vista de la indicada contestación, efectuada por la subdirectora de la sucursal en la que se comercializaron parte de las participaciones preferentes objeto de enjuiciamiento, que al efecto es grado de empresariales con conocimientos científicos sobre la materia y tiene 10 años de formación especializada por su entidad para la comercialización de los productos bancarios y financieros que habitualmente coloca en el mercado, que ***su propio desconocimiento sobre los productos que comercializaba, determina una más que incorrecta transmisión de la información precontractual a los actores que, como entidad intermediaria en la colocación de productos financieros están obligados a verificar con obligación de transparencia y honestidad.***

También fue relevante la contestación en juicio del otro director o delegado bancario que comercializó las primeras participaciones preferentes (11 de noviembre de 2002) que indicó en juicio que recordaba poco de la relación concreta con los actores de los presentes autos, ya que había pasado mucho tiempo y ahora esta prejubilado y, que en todo caso hablaba como cuestión general, indicando que los clientes acudían a

la entidad tanto por la confianza con él, con la oficina y con la entidad misma. Declaró el testigo que las participaciones preferentes era uno más de los productos que la entidad ofertaba a sus clientes y, que se les daba la alternativa de este producto u otros. Las características que habían de tener los clientes para poder ofrecerles el producto, las desconocía, ya que a los actores como al resto de los clientes de la entidad se les ofreció éste y otros productos y no le consta que el mismo fuera limitativo para unos u otros clientes, se ofrecía a todos. La normativa de comercialización del mismo no era limitativa, se exponía el producto y él cliente valoraba su conveniencia. El producto estaba a su disposición y como características esenciales del mismo se les indicaba su rentabilidad y que si bien no tenían un plazo determinado, se les indicaba que para poder recuperar el dinero se había de avisar con unos días de antelación, momento en el que se ponían a la venta las participaciones preferentes y se recuperaba el dinero, dando salida a las participaciones a través del mercado secundario que la entidad tenía designado para la comercialización de las mismas. El delegado de la entidad indicó en juicio que él había de ofrecer a sus clientes los productos que tenía en cartera y, como los clientes venían a la entidad por la credibilidad y confianza que la misma les merecía, ello le posibilitaba y facultaba para poner a su disposición todos los productos que la misma comercializaba.

A la pregunta de si informó a los clientes de los riesgos en que podían incurrir de futuros al adquirir participaciones preferentes, indica que en todos los productos que comercializaba en la oficina recibía instrucciones concretas y, eran las que él intentaba transmitir al cliente y, en cuanto a los riesgos que tenía la suscripción de participaciones preferentes indica que las mismas estaban amparadas por la garantía de la entidad y que pese a que no tenían un plazo fijo, podían recuperar el dinero a través de la venta de las mismas en el mercado secundario, pero que realmente lo que contaba era la confianza que el cliente tuviese con la caja, ya que la misma respondía de este producto. También indicó el delegado bancario que él como regla general entregaba el contrato al cliente, pero no recuerda si además del referido contrato se les daban también explicaciones verbales adicionales o se les efectuaba entrega de información adicional de la operación.

Todas las indicadas explicaciones en juicio, junto al resto de las pruebas practicadas, no comportan sino la convicción del Tribunal de que por parte del delegado bancario se **efectuó una incorrecta transmisión de la información precontractual al objeto de que los actores entendiesen suficiente y adecuadamente la naturaleza del producto que adquirirían, dado que la información transmitida ni fue completa ni exacta ni suficiente**. En primer lugar, indicar que se afirma la entrega del contrato de suscripción, que la parte actora niega, si bien es ello intrascendente ya que, lo que explica el contrato y nada es lo mismo, (doc. 2 folio 26) por cuanto el mismo se remite en cuanto a las condiciones de suscripción a un folleto que ni se acompaña al contrato, ni se afirma por el director de la sucursal habérselo entregado a los clientes o, al menos explicado de forma detallada y suficiente, motivo por el que **si la información precontractual verbal transmitida a los actores es la indicada en el juicio y, la escrita la que consta en el documento relacionado, la misma se evidencia absolutamente -insuficiente- para que los mismos puedan entender y comprender el alcance de la operación que suscriben**.

Asimismo, para la adquisición de un producto financiero de carácter perpetuo como son las participaciones preferentes, la previsión de solvencia de su liquidez, no puede efectuarse solo de forma actual al momento de la concertación del producto, sino precisamente dada su falta de temporalidad, se debe hacer una previsión de futuro, a corto o largo plazo sobre su evolución y comportamiento en el mercado, ya que si en aquel momento el mercado secundario admitía su cotización y a través de la misma su liquidabilidad con base a la solvencia de la entidad, no es ese el elemento esencial a trasladar, sino la previsión de futuro en el mismo mercado secundario si la solvencia de la entidad disminuía o simplemente se desplomaba como aconteció ulteriormente, ya que recordemos se trata de un producto financiero atemporal, no sometido a plazo, que cotiza en un mercado volátil y sometido a tensiones bursátiles de las que no se informó a los suscriptores del mismo según manifestó en juicio la persona que las comercializó.

El propio director de la sucursal reconoce en su declaración que las participaciones preferentes no son un producto idóneo para un perfil conservador de cliente, lo que justifica a juicio del Tribunal que hubiera de haber tenido que efectuar mayores explicaciones sobre su naturaleza y características de las que dice que efectuó en el acto de juicio, especialmente con previsión de futuro del comportamiento de las mismas dada su atemporalidad y el riesgo de que los actores no pudieran recuperar su dinero en caso de que lo necesitaran por falta de cotización de las mismas en el mercado secundario, como acontece ahora

Fue también significativa la respuesta que el testigo dio al Tribunal de que, ahora si sabe lo que son las participaciones preferentes, ya que ahora (prejubilado) lo ha leído en la prensa, lo que evidencia su previo desconocimiento de la realidad del producto en el momento de su comercialización, en el que se limitó a transmitir la información que le facilitó la entidad para la que trabajaba, no la propia

sobre el tema que ofreció en el acto de juicio, fruto de su conocimiento ulterior, ya que como indicó en juicio a preguntas del Tribunal, la información que él trasladaba sobre este producto a sus clientes se limitaba a que "era un producto con la garantía de la caja", indicando que no recordaba haber informado a sus clientes de que al adquirir participaciones preferentes pasaban a formar parte del accionariado de la entidad, ya que no tenían la condición de depositarios tradicionales, como tampoco recordaba haber informado a los clientes de que en caso de que no existiera cotización del producto en el mercado secundario, el mismo devenía ilíquido totalmente, ya que en ese momento consideraba que con la garantía de la caja había suficiente y en la creencia de que en el mercado secundario funcionaría siempre

A la pregunta de qué instrucciones recibió para comercializar este producto, indica que se le indicó que era un producto con la garantía de la caja y que con esa única información comercializó las participaciones preferentes. A la pregunta de si recibió formación especializada para la comercialización de las participaciones preferentes dice que solo información comercial y algo más, pero que no lo recuerda, si acaso en alguna reunión de zona se pudo comentar algo, pero no recuerda que, indicando que toda la información que transmitía al cliente para la suscripción de participaciones preferentes era la que ha indicado en juicio a través de su declaración.

Finalmente, indico el delegado de la sucursal que a él nunca nadie le indicó que las participaciones preferentes pudieran tener una variación en el nominal de su capital por falta de comercialización de las mismas en el mercado secundario y, tampoco recuerda haber indicado a los clientes que a través de las participaciones preferentes se convertían en accionistas de la entidad, si que no eran un depósito, pero no que se convertían en accionistas de la entidad.

En definitiva, que el delegado comercial que comercializó las referidas participaciones no transmitió adecuada y suficientemente las características técnicas del referido producto financiero descritas en el fundamento jurídico cuarto de esta resolución, al objeto de que los suscriptores de las mismas pudieran representarse correctamente los riesgos, ventajas o inconvenientes de la suscripción de las mismas, sino que antes al contrario, condicionado por su propio desconocimiento de las características reales del producto, y la escasa y tendenciosa información que la entidad le ofreció sobre el mismo - limitada al hecho de que tenían el aval o garantía de la entidad- que es precisamente lo que ha motivado su falta de comercialización actual en los mercados secundarios, no puede sino que concluirse en que se verificó una incorrecta traslación de la información precontractual que comporta, junto al resto de argumentos expuestos y que se expondrán, la estimación de concurrencia de vicio del consentimiento por dolo omisivo en la transmisión de información y, por errónea representación de la realidad del contrato que se les propuso a la parte actora.

d) Asimismo, para entender si concurre en el caos de autos dolo civil y/o error por omisión de información o actuación insidiosa o engañosa, que puede consistir tanto en una actuación positiva como en una abstención u omisión, y la inducción que tal comportamiento ejerce en la voluntad de la otra parte para forzarla o determinarla a realizar un negocio erróneo que de otra forma no hubiese realizado, debe analizarse **la obligación jurídico legal que asiste a la entidad demandada como entidad comercializadora de productos financieros, ya que no olvidemos, la misma es una entidad de crédito que conforme a la LMV tiene establecidos los parámetros de diligencia y comportamiento que debe seguir frente a sus clientes, máximos si los mismos son calificados de ahorradores minoristas y el producto que comercializa es de naturaleza compleja, como el de autos.**

Al colocar participaciones preferentes entre clientes minoristas, las entidades de crédito tienen el deber general de «comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios, y, en particular, observando las normas establecidas en este capítulo y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo» (art. 79 LMV). Entre tales obligaciones figura la esencial obligación de información ex art. 79 bis LMV. La entidad debe «mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes». Tal información debe ser «imparcial, clara y no engañosa» y debe versar «sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión (...)» en función de que la misma «les permita comprender la naturaleza y los riesgos (...) del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa». En especial, se exige que la información referente a los instrumentos financieros incluya orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos.

El régimen de las obligaciones de la entidad en este orden es desarrollado por el RD 217/2008, de 15 de febrero, especialmente en sus arts. 60 y 64 . La entidad prestadora de *servicios de asesoramiento de inversión o de gestión de carteras* está obligada a obtener de los *clientes minoristas* «la información necesaria sobre

los conocimientos y experiencia del cliente (...) en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate; sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquél, *con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan*» y se la obliga expresamente a abstenerse de recomendar servicios de inversión o instrumento financieros al cliente o posible cliente cuando la entidad no obtenga esta información (art. 79 bis 6 LMV).

La entidad prestadora de *servicios de ejecución o recepción y transmisión de órdenes de clientes* respecto de valores *complejos*, con o sin prestación de servicios auxiliares, o bien presta otros servicios distintos al de asesoramiento en materia de inversión (o de gestión de carteras), debe entonces solicitar al cliente información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, también *con la finalidad de evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente*. Si, en base a esa información, la entidad considera que el producto o el servicio de inversión no es adecuado para el cliente, tiene la obligación de advertirle al respecto. Si el cliente no proporciona la información indicada o ésta sea insuficiente, la entidad debe advertirle de que ello le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él (art. 79 bis 7 y 8 LMV.)

A tal efecto, el art. 78 de la LMV dispone que quienes presten servicios de inversión deberán respetar: a) Las normas de conducta contenidas en el presente Capítulo, b) Los códigos de conducta que, en desarrollo de las normas a que se refiere la letra a anterior, apruebe el Gobierno o, con habilitación expresa de éste, el Ministro de Economía y Hacienda, a propuesta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y c) Las contenidas en sus propios reglamentos internos de conducta. Dada la configuración de las participaciones preferentes como valores complejos según el contenido del art. 79 bis 8.a) LMV, 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 como la demandada- que asesore, coloque, comercialice o preste cualquier clase de servicio de inversión sobre tales valores complejos debe cumplir las siguientes obligaciones: **a)** Obligación de obtener la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate, sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquél, con la finalidad de poder recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan. **b)** Deber de abstenerse de recomendar servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente minorista cuando la entidad no obtenga la referida información. **c)** Deber de solicitar al cliente minorista información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, *con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente*. **d)** Obligación de advertir al cliente que el instrumento financiero *no es adecuado para él* si, sobre la base de esa información, la entidad así lo considera. **e)** En caso de que el cliente no proporcione la información requerida o ésta sea insuficiente, la entidad tiene el deber de advertirle de que ello le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él.

Recuérdese al respecto que, el deber de información de la entidad de crédito se conoce como normativa MIFID, acrónimo con el que se alude a las siglas en inglés de la Directiva europea de instrumentos financieros (Markets in Financial Instruments Directive), Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo). Esta Directiva ha sido modificada por la Directiva 2008/10/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2008.

Los objetivos de la directiva MIFID son los de mejorar las medidas de protección de los inversores, con el objetivo de que las empresas que prestan servicios de inversión sean más transparentes y adecuen las ofertas de inversión al perfil del cliente (perfil de inversor) y, con ello se mejore la protección del inversor, reforzando la norma citada, entre otros, tres principios básicos que deben cumplir las entidades financieras cuando prestan servicios de inversión: a) Actuar de forma honesta, imparcial y profesional, en el mejor interés de los clientes, b) Proporcionar información imparcial, clara y no engañosa a sus clientes y c) Prestar servicios y ofrecer productos teniendo en cuenta las circunstancias personales de los clientes. La LMV introduce en su articulado las novedades de la directiva MIFID, mediante la Ley 47/2007, de 18 de diciembre (BOE de 20 de diciembre), que entró en vigor el 21 de diciembre de 2007, de integra aplicación a las participaciones preferentes como producto de inversión que se ha definido el mismo.

Junto a la normativa específica de la LMV sobre las entidades de crédito que comercializan las referidas participaciones preferentes, debe traerse a colación también, el 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 y otras leyes complementarias, en el que se indica en su artículo 3 que «A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional».- En el Artículo 8 de la LGDCyU se indican los derechos básicos de los consumidores y usuarios. «(...) b. La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular frente a las prácticas comerciales desleales y la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos. c. La indemnización de los daños y la reparación de los perjuicios sufridos. d. La información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute (...)»

También en el artículo 60 de la misma norma citada al hacer referencia a la información previa al contrato se dispone que «1. Antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo (...)»- Artículo 80. Requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente. «1. En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a. Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual. b. Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. (...)»

Ello no obstante, desde un punto de vista jurisprudencial, la AP BCN ha dejado acreditado, que el incumplimiento por la entidad de crédito de estos deberes administrativos no permite colegir sin más la nulidad de los contratos, sino que en su caso, será el juzgador quien deba analizar la índole y finalidad de la norma legal contrariada y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, para concluir con la declaración de la validez del acto contrario a la Ley si la levedad del caso lo permite, reservando la sanción de anulabilidad para los supuestos en que concurran trascendentales razones que hagan patente el carácter del acto gravemente contrario a la Ley, la moral o el orden público.

En el caso de autos, en relación a la primera suscripción de participaciones preferentes en fecha 11 de noviembre de 2.002 no regía aún la normativa citada y, de hecho no se acompaña a la demanda el test de conveniencia en relación a la referida operación, pero en relación a la suscripción de la operación de fecha 8 de junio de 2.011 (doc. 12 folio 39) si regía ya la normativa y, de hecho se acompaña a la demanda como documento núm. 10 (folio 37) el test de conveniencia que se hizo suscribir únicamente a Coral el mismo día de la suscripción del contrato de participación preferente, en el que se evidencia que el test se limita a tres preguntas: el nivel de estudios del suscriptor, si tiene experiencia laboral actual o pasada en el sector financiero y, la periodicidad de las inversiones previas. De las respuestas consignadas en el test por la actora, estudios básicos, no ha trabajado nunca en área financiera y poca frecuencia de inversiones financieras, no se colige un cumplimiento puntual y exacto de las obligaciones legales transcritas en la LMV y, menos una actuación transparente y honesta de la demandada en relación a la realización de la búsqueda de la indicada información al objeto de poder valorar adecuadamente los riesgos que la operación que proponía a los actores comportaba para estos.

Es más, la subdirectora Asunción declaró en juicio que, aunque el resultado del test fuera negativo, si el cliente quería, se contrataba igualmente el producto financiero. ***Cabe entender en primer lugar que, la -inusual simplicidad- del test de conveniencia efectuado, impide formar a la entidad de crédito una adecuada y cabal representación de los riesgos que para el cliente le supone la operación que le propone y que ello, en si mismo considerado, debería comportar para la entidad el deber de abstenerse de proponer operaciones complejas a los mismos, en lugar de suscribirlas como se verificó de forma inmediata, al margen del sentido común y legal y, únicamente entendible en la necesidad de capitalización patrimonial de las entidades de crédito que han comercializado estos productos y, nunca en el deber de lealtad contractual y buena fe que debe presidir toda relación inter partes y, más en el caso de autos, en el que se manejan productos financieros complejos entre ahorradores, clientes minoristas, sin formación y conocimiento para entender su significado. Productos comercializados además por personal de confianza de los mismos, depositarios de sus ahorros, que además reconocen en juicio carecer de la formación técnica necesaria para saber transmitir adecuadamente el producto que comercializan, pese a su experiencia profesional en el sector y formación jurídica, lo que comporta***

un juicio de reprobación por conducta abusiva, deshonesta y malintencionada, sobre personas mayores especialmente vulnerables, que depositan su confianza en la solvencia del nombre y la institución y, que acaban convertidos en cuestión de segundos, de ahorradores tradicionales en socios inversionistas sin derecho al voto, de entidades de crédito que son incapaces de comercializar en los mercados bursátiles sus propios productos por falta de demanda de los mismos, ante la situación de "crisis" financiera y han de acudir a ahorradores mayores y confiados para colocarles los mismos.

Por parte de la defensa letrada de la entidad demandada se insistió en la fase de conclusiones del juicio que los actores no habían acudido aún a la entidad a intentar recuperar la inversión a través de la venta de las participaciones preferentes en el mercado secundario, con lo que no se podía asegurar que las mismas fueran ilíquidas o que no se pudieran vender en los mercados en que las mismas cotizan.

El razonamiento es desde el punto de vista del Tribunal estéril por no decir absurdo. Si a estas alturas alguien pretende decir en una sala de vistas que las participaciones preferentes emitidas o titularizadas por BANKIA SA gozan de liquidez y demanda en los mercados bursátiles es que no ha visto el telediario y no ha leído la prensa en el último año y, si quien lo afirma es su defensor letrado, cabe preguntarse si el legítimo derecho y deber de defensa de su mandante no se transforma en intento de faltar a la inteligencia del Tribunal.

Es hecho más que notorio y, por ende, no necesitado de prueba que en los mercados secundarios no cotizan al "alza" los valores financieros de la entidad demandada o las participaciones preferentes emitidas por ella o sus filiales y, que las únicas negociaciones que se verifican diariamente en los mismos obedecen a ventas derivadas de *aceptaciones de herencia* en las que los adquirentes de las mismas a título sucesorio venden a la baja los referidos productos al objeto de liquidar parte del caudal hereditario.

El art. 281.4 LEC exime de prueba los hechos que sean de notoriedad absoluta y, ciertamente, éste lo es sin duda. Pero además, con la demanda se aporta el documento núm. 16 (folio 66) en el que se verifica la oferta de canje que la entidad demandada ofertó a los actores por las participaciones preferentes que los mismos titularizaban y, de su lectura no puede sino que ratificarse, ahora por vía documental, lo que es hecho notorio y comúnmente aceptado por el 100 por 100 de los ciudadanos de este país.

e) Finalmente, es requisitos para la anulabilidad del contrato el que el vicio del consentimiento haya sido grave y antecedente o concomitante en el perfeccionamiento del negocio, pues no basta para viciar el consentimiento cualquier, actitud maliciosa sobrevenida (dolo civil) con posterioridad, a tenor del principio « *mala fides superveniens non nocet* ». Para poder evidenciarse la concurrencia del dolo y/o error sobre los elementos esenciales del contrato, y la gravedad del mismo en la formación de la voluntad de los actores, debe partirse de la esencia y características de la participación preferente y, analizar si el cliente minorista y ahorrador entendió las magnitudes económicas de la inversión que se le proponía, especialmente pasando de ser un ahorrador sin riesgo de carácter tradicional a un inversor cofinanciador de la entidad de crédito de la que adquiere las participaciones preferentes.

Los elementos o caracteres esenciales de la participación preferente según se han definido antes son los de rentabilidad, liquidez y seguridad y, en relación a los mismos debe analizarse en el caso de autos si el o los actores entendieron a la hora de suscribir el contrato la esencial del mismo y las consecuencias económicas para su patrimonio de éste, conforme a la información que le ha transmitido el empleado de la entidad demandada que intervino en su colocación

1) *Rentabilidad*. Si como decíamos antes, la rentabilidad de la participación preferente está condicionada legalmente a los resultados económicos de la entidad de crédito emisora ya que su régimen o sistema de rentabilidad no es el de una *deuda* en sentido propio porque su devengo está legalmente supeditado a los resultados del emisor e, incluso, su pago puede depender de la decisión del órgano de administración de éste conforme a lo previsto en la D.A. 2ª de la LMV, cabe preguntarse si la referida información le fue correctamente transmitida al suscriptor y, en el caso de autos y, como ya ha quedado expuesto precedentemente, responder que no por cuanto ni quienes comercializaban el indicado producto conocían las peculiaridades técnicas del mismo

2) *Vencimiento*. Si como ha quedado antes expuesto, la participación preferente no atribuye derecho a la restitución de su valor nominal, sino que es un valor potencialmente perpetuo o *sin vencimiento*, cabe preguntarse si los suscriptores entendieron a la hora de formalizar el contrato que no podían recuperar su dinero cuando consideraran oportuno y, en el caso de autos, de lo manifestado en juicio por el único actor que lo ha podido hacer, cabe indicar que no, que siempre entendió que suscribía depósitos a plazo fijo como los que había suscrito toda la vida y, como los que aporta como documento núm. 18 y 19 de su demanda,

convicción que también puede asumirla el Tribunal en función de la edad natural de los actores, a quienes difícilmente podría convencerseles de que suscribieran un producto perpetuo, a no ser que se les transmitiese incorrectamente la indicada información, por no decir maliciosamente, ya que a fin de cuentas, el perjuicio de los actores es beneficio directo del demandado, que se capitaliza a costa de terceros, sin riesgo y a bajo coste, al menos, a un coste inferior que la suscripción pública de acciones en bolsa a través de una ampliación de capital.

3) *Liquidez*. Si la *liquidez* de la participación preferente solo puede producirse mediante su venta en el mercado secundario de valores en el que ésta cotice y no a través de la restitución inmediata del nominal de la misma por la entidad de crédito a demanda del suscriptor, cabe preguntarse si los mismos entendieron que para la recuperación del dinero debían los mismos dar orden de venta del producto en el mercado secundario de valores como medio exclusivo de recuperación del nominal de la participación preferente y, si entendieron con la información transmitida que *el dinero invertido en ella devenía prácticamente irrecuperable ante los hechos que, legalmente, determinan la desactivación de su sistema de rentabilidad, es decir, que el pago de la misma acarree que la entidad de crédito dejase de cumplir sus obligaciones en materia de recursos propios o porque no haya obtenido beneficios ni disponga de reservas repartibles*; o tras la Ley 6/2011, porque así lo decida el órgano de administración de la entidad de crédito y, al respecto, en el caso de autos, la actora no sabía ni lo que era un mercado secundario en su interrogatorio en juicio, ni el IBEX, ni la CNMV o la diferencia entre una SL y SA, con lo que difícilmente cabe pensar que entendió razonamientos tan complejos que a muchos de los hombres medios nos ha costado horas de estudio.

4) *Seguridad*. Finalmente, si en materia de *seguridad* en la recuperación de la inversión, la participación preferente es equiparable al que deparan las acciones, es decir, que el único supuesto en el que podría nacer un derecho al pago del valor nominal de la participación preferente sería el de la *liquidación* de la entidad de crédito emisora (y también de la sociedad dominante de ésta), con el inconveniente de que se establece que el orden de prelación del crédito que en tal caso la participación preferente llegase a *atribuir se sitúa legalmente detrás de todos los acreedores, subordinados o no*, de la entidad de crédito emisora o de la entidad dominante del grupo o subgrupo consolidable de entidades de crédito en la que ésta se integre, cabe preguntarse si los suscriptores entendieron su posición contractual a la hora de suscribir el contrato con base a la información que al efecto le suministró la entidad de crédito a través de su comercializador y, en el caso de autos la respuesta es nuevamente negativa a tenor de lo actuado en juicio, pero no solo por lo manifestado por la actora en su interrogatorio, sino por los conocimientos que sobre el referido producto manifestaron tener los dos intermediarios de la demandada que los comercializaron en su nombre, absolutamente insuficientes para entender la magnitud de los mismos y sus consecuencias para quienes los suscribían, ya que como indicaron en juicio, su preocupación era que no se fueran como clientes a otra entidad y, por ende, de lo único que hablaban era de la rentabilidad de los intereses que el referido producto financiero les iba a comportar, sin advertirles expresa y claramente de los riesgos inherentes de la suscripción del producto en supuestos como los que se han desarrollado ulteriormente, seguramente por cuanto ni los propios comercializadores estaban técnicamente preparados para efectuar la referida información o, por cuanto de haberla hecho realmente, seguramente no hubieran cumplido los rankings de venta anual que las entidades imponen al respecto.

En definitiva, dentro del dolo civil se incardina la maquinación fraudulenta o la emisión de expresiones insidiosas sin las que el cliente no hubiera suscrito el contrato cuya anulabilidad se insta y, aún cuando el término de participación preferente no ha sido creado por las entidades de crédito, sino por la propia ley, su mismo nombre es un ejemplo de despropósito legal porque es una denominación *engañosa por sí misma e inductora a confusión aún incluso a personas con conocimientos técnico jurídicos no avanzadas como inversores*. Por dos razones, porque no es una «participación» en sentido societario y porque no incorpora ningún derecho que, en rigor, pueda calificarse como «preferente».

La participación preferente no es una *participación* en sentido societario, que es lo que con mayor fuerza sugiere el término «participación». La participación preferente no atribuye a su titular *ninguno* de los derechos típicos del socio de la entidad emisora; por contra, sí se derivan del mismo obligaciones próximas, si no iguales, a las de orden propiamente societario desde el prisma financiero o de participación en las pérdidas o riesgo patrimonial del emisor según se ha apuntado. El único «derecho» de participación que la participación preferente incorpora es el «derecho» de participación en las pérdidas del emisor.

Asimismo, la participación preferente no tiene nada de *preferente*. No atribuye a su titular ningún derecho preferente a nada, sino, más bien, al contrario. La participación preferente no incorpora derecho de crédito alguno contra el emisor respecto al pago de su valor nominal. El nacimiento del tal derecho requiere tres presupuestos que, *de facto*, son de imposible o excepcional confluencia: **a)** Que tuviese lugar la *liquidación*

patrimonial de la entidad de crédito. **b)** Que en el seno de la misma hubiese patrimonio suficiente para pagar la totalidad de los créditos contra ésta -incluso de los subordinados- de cualquier clase y rango que sean, así como para pagar todos los créditos contra la sociedad dominante del grupo o subgrupo consolidable al que pertenezca la entidad de crédito emisora de las participaciones preferentes. **c)** Que, una vez realizados tales pagos, el *patrimonio remanente* de la entidad de crédito liquidada fuese suficiente para atender el nominal representado por las participaciones preferentes.

El nacimiento del derecho al pago del nominal de las participaciones preferentes exige, pues, una situación de supersolvencia de la entidad de crédito deudora tras su liquidación de la que resulte: a) El pago de la totalidad de sus acreedores privilegiados y ordinarios; b) el pago de los créditos contra las sociedades que formen parte de su grupo o subgrupo consolidable; y c) que, tras ello, quede patrimonio remanente suficiente para atender el nominal representado por participaciones preferentes. Por tanto, la supuesta «preferencia» de la participación *preferente* es inexistente. El término *preferente* se revela engañoso, especialmente ante el *cliente minorista*, pues sugiere un contenido jurídico contrario a su semántica. La pretendida «preferencia» del pseudocrédito incorporado a la participación preferente, en el improbable caso de que llegare a nacer, solo tiene lugar ante los accionistas o asimilados (cuota-partícipes de cajas de ahorros, aportaciones de socios cooperativos) de la entidad de crédito emisora y tras la liquidación de ésta.

Con la publicación del RDL 24/2.012, de 31 de agosto, solo basta leer el art. 42 del mismo para evidenciar aún más si cabe el carácter "preferente" de la participación en relación a los derechos que incorpora a su titular. En definitiva, puede afirmarse sin excesivo riesgo de errar que un inversor *informado* del contenido que subyace bajo la denominación «participación preferente» no invertiría su dinero en ella. Si el inversor minorista es más proclive al riesgo se decantaría por invertir su dinero en acciones de una sociedad cotizada que se distinga por practicar una política de reparto anual de dividendos en cuantía y condiciones de pago aceptables antes que invertirlo en participaciones preferentes. El inversor en acciones cotizadas, comparado con el titular de participaciones preferentes, goza de mayor liquidez para su inversión, tiene probabilidad de revalorización del valor bursátil de su inversión y, seguramente, obtendrá unos rendimientos iguales o mejores que los fijos (o variables) procurados por las participaciones preferentes, ya que el devengo de éstos también depende -al igual que el dividendo- de la existencia de beneficios o de reservas distribuibles por parte del emisor-deudor en cuantía suficiente.

Para finalizar, y no son palabras de quien suscribe, sino de la propia CNMV las participaciones preferentes se han comercializado en España entre clientes equivocados, gracias a la confianza que los pequeños ahorradores tenían en las entidades que las ofertaban y en la red de personas de las oficinas de éstas que las comercializaban, con largos años de relación comercial con los mismos y, amparados en la confianza y garantía que tanto el comercial como la entidad les suponía, al tiempo que no se les ha informado adecuada y suficientemente, al menos en el caso de autos, de que a través de las mismas perdían su condición de ahorradores y se convertían en inversionistas de una entidad inicialmente domiciliada en las Islas Cayman (véase escritura de elevación a público de acuerdos de CAIXA LAIETANA, SOCIETAT DE PARTICIPACIONS PREFERENTS SAU) adjuntos al escrito de fecha 11 de enero de 2.013, en lugar de contratar con la entidad CAIXA LAIETANA en la que tenían depositada su plena confianza.

DÉCIMO PRIMERO.- En lo que se refiere a los efectos jurídicos y económicos de la estimación tanto de la inexistencia de consentimiento en relación al actor Rafael y la inexistente "suscripción" por el mismo del contrato de fecha 8 de junio de 2.011 (doc. 12 folio 39) tanto por cuanto ni lo suscribió ni podía hacerlo al estar ya gravemente aquejado de alzhéimer, como la estimación de vicio del consentimiento por dolo y error en relación a los dos actores en relación a los dos contratos de 11 noviembre de 2.002 (documento 2 folio 26 y documento 4 folio 28) y por la actora Coral en relación al contrato de 8 de junio de 2.011 (documento 12 folio 39), los efectos que la nulidad y/o anulabilidad comporta ex código civil es la reposición de las cosas al estado que tenían al tiempo de su celebración. Deben aplicarse analógicamente las disposiciones del artículo 1.303 CC para la anulabilidad, a cuyo tenor, "Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubieren sido materia del contrato con sus frutos y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes", Ejercitada la acción de anulación y dictada sentencia (constitutiva), el contrato queda inválido e ineficaz, *ex tunc*, con efecto retroactivo motivo por el que 1º) Si no se ha consumado, es decir, si no se ha cumplido (no se han realizado las prestaciones), las partes quedan libres y 2º) Si se han cumplido, debe hacerse la restitución de las cosas (artículo 1.303) o su equivalente económico (artículo 1.307) con sus frutos e intereses, simultáneamente (artículo 1.308).

Dicho de otra forma, la entidad demandada deberá proceder a la restitución del capital de la inversión efectuada por los actores con más sus intereses conforme a la previsión del art. 1.303 del CC que, a falta de

determinación legal no puede ser otra que el interés legal del dinero y, éstos simultáneamente, procederán a la devolución de los rendimientos que han percibido durante los años de vigencia del contrato con cargo a la misma, sin perjuicio de su posible compensación si la misma es factible económicamente o, de otros pactos o acuerdos que los mismos puedan alcanzar al margen del proceso, ya que en el mismo, el único efecto jurídico económico que puede declararse en estos momentos y, con base a la acción ejercitada de anulabilidad (que no de incumplimiento contractual) es la restitución recíproca de las obligaciones de una y otra parte, con el incremento del interés sobre el precio de adquisición de las participaciones sociales antes citado conforme al interés legal del dinero computado desde la fecha de la suscripción de cada contrato en particular y la fecha de efectiva restitución de las prestaciones.

DÉCIMO SEGUNDO .- La estimación de la acción principal de nulidad y/o anulabilidad de los contratos de suscripción de participaciones preferentes comporta automáticamente la de los contratos vinculados a las mismas de depósito o administración de valores de la misma fecha o fecha o próxima, pero en todo caso vinculados y dependientes de los primeros, con los que guardan unidad funcional.

DÉCIMO TERCERO.- En lo que se refiere a la petición de indemnización de daños y perjuicios en favor de los actores, equivalente al tipo de interés que la propia entidad de crédito demandada abonaba a los fondos depositados a plazo fijo en cada anualidad, aplicada al capital invertido no ha lugar a la estimación de la misma por cuanto no se ha ejercitado acción de incumplimiento alguna, sino de nulidad (anulabilidad) y con base a la misma el efecto jurídico inherente es el previsto en el art. 1.303 del CC que ya se le ha reconocido a la actora en el apartado precedente

DÉCIMO CUARTO.- En lo que se refiere a la petición subsidiaria, habiéndose estimado la principal, no ha lugar a entrar a analizar la misma

DÉCIMO QUINTO.- Dispone el art. 40 LEC que cuando en un proceso civil se ponga de manifiesto un hecho que ofrezca apariencia de delito o falta perseguibles de oficio, el tribunal civil, mediante providencia, lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, por si hubiere lugar al ejercicio de la acción penal.

En el caso de autos, dos son las conductas que pueden ser apreciadas de carácter presuntamente delictual de las que el Tribunal debe proceder a deducir testimonio de particulares por si las mismas pudieran ser constitutivos de infracción penal, que se verificará en resolución aparte:

a) En primer lugar, la conducta de la subdirectora de la sucursal bancaria y testigo en los presentes autos Asunción que, como reconoció en el acto de juicio (video 3 del CD minuto 56 y después en minuto 1 hora 18 minutos) con pleno conocimiento de que Rafael estaba ya aquejado el 8 de junio de 2.011 (fecha de la suscripción del contrato) de la enfermedad de Alzheimer, evidente hasta el punto de que lo dejaron al margen del proceso de negociación del contrato fuera de la oficina, suscribe con la esposa del mismo Coral un contrato de participaciones preferentes con cargo al patrimonio de ambos, sin que el mismo pueda, porque no se le interesa ni está en condiciones de efectuarlo, suscribir el mismo y, como indico en juicio la referida testigo, de hecho ni se le informó de nada, ya que se le dejó fuera del despacho de la subdirectora en la zona de operaciones de la entidad, mientras se suscribía el contrato con su esposa.

b) En segundo lugar, en atención a la especial vulnerabilidad por la edad y enfermedad de las personas que han suscrito las participaciones preferentes, con manifiesta falta de información precontractual sobre sus características técnicas y naturaleza, o los riesgos que la indicada inversión comportaba de las que no fueron informados, amparadas especialmente en el único hecho de la confianza que la entidad con la que contratan les merece y a través suya, la de las personas que están al frente de las respectivas oficinas bancarias, así como con base a la infracción por parte de éstas últimas de las normas de disciplina bancaria que cita la Ley del Mercado de Valores en relación a la obligación de transparencia y honestidad en la traslación de la información precontractual a las mismas a que vienen especialmente obligadas por ley, entiende el Tribunal que la conducta de la entidad puede ser constitutiva de infracción penal.

En el caso de autos, no se trata solo de que se omitiese información esencial de las características del producto por parte del comercializador del mismo, en relación al adquirente de éste, ni que se le omitiera conscientemente información adecuada sobre las características técnicas de lo que compra, ni que pese a que al practicar el test MIFID a uno de los actores se evidencia que el mismo no tiene perfil inversor y pese a ello, se le haga suscribir de inmediato la operación, sin salir del despacho, sin tiempo a reflexionar, ni que no se advierta al mismo del riesgo de perder el capital invertido, de que el plazo es perpetuo o de que no podrán recuperar el dinero cuando lo precisen o, que a través de la indicada operación se está directamente financiando a la entidad de crédito que no puede obtener capital por otros medios y, al tiempo, se están convirtiendo al contratante, sin saberlo, en su

accionista con limitación de derechos societarios de voto o en caso de liquidación, conductas que son más que suficiente para merecer un reproche ético, civil y penal, sino que, a sabiendas de que uno de los actores estaba aquejada de un proceso de enfermedad degenerativa (Alzheimer), se deja al mismo fuera de la oficina donde se suscribe el contrato, no se le confiere asesoramiento contradictorio al mismo y, se dispone de parte de su dinero al margen de su voluntad, -ya atrofiada en dicho momento-, con pleno conocimiento de la indicada circunstancia por el comercial de banca que realiza la operación.

DECIMO SEXTA.- Dispone el art. 394 de la LEC que en los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación al caso

FALLO

Que debo estimar y estimo sustancialmente la demanda interpuesta en fecha 18 de mayo de 2.012 por el Procurador de los Tribunales DIANA DUCH RAMOS en nombre y representación de Coral y Rafael contra BANKIA SA y

Debo declarar y declaro

a) La nulidad de los contratos de depósito o administración de valores suscritos en fecha 11 de noviembre de 2.002, junto con las ordenes de suscripción de participaciones preferentes a ellos vinculadas, por los importes de 18.000 # y de 12.000 #,

b) La nulidad de los contratos de depósito o administración de valores suscritos en fecha 11 de mayo de 2.011, junto con las ordenes de suscripción de participaciones preferentes a ellos vinculadas de 8 de junio de 2.011, por el importe de 6.000 #,

c) La nulidad de las libretas relacionadas con los contratos anteriores,

Debo condenar y condeno a la restitución recíproca de obligaciones derivada de la nulidad declarada y, por efecto legal inherente al 1.303 del CC con la obligación de la demandada de restituir el precio con más los intereses legales del mismo, desde la fecha respectiva de suscripción de cada uno de los contratos declarados nulos hasta el momento de la restitución.

Debo desestimar y desestimo la obligación de la entidad demandada de pagar a los actores los daños y perjuicios producidos equivalentes al tipo de interés que la propia entidad de crédito demandada abonaba a los fondos depositados a plazo fijo en cada anualidad, aplicada al capital invertido de 12.000 #, 18.000 # y 6.000 # con más los intereses.

Todo ello con expresa imposición de las costas procesales a la parte demandada, sin sujeción al límite del 394.3 LEC por manifiesta temeridad en la oposición.

Notifíquese esta resolución a las partes personadas con instrucción de que, en el caso de estimarse perjudicadas por el contenido de la resolución, pueden interponer recurso de apelación contra la misma en el plazo de veinte días hábiles por escrito a presentar ante este mismo Juzgado, con expresión de los pronunciamientos que se impugnan y observancia de los demás requisitos previstos en el art. 458 LEC .

PUBLICACIÓN .-Leída y publicada ha sido la anterior resolución por el Juez que la suscribe estando celebrando audiencia en el día de la fecha. Doy fe.