



Roj: **SAP ZA 199/2015 - ECLI:ES:APZA:2015:199**

Id Cendoj: **49275370012015100199**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Zamora**

Sección: **1**

Fecha: **16/06/2015**

Nº de Recurso: **66/2015**

Nº de Resolución: **106/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **PEDRO JESUS GARCIA GARZON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA PROVINCIAL**

**DE**

**ZAMORA**

**Rollo nº:** RECURSO DE APELACIÓN Nº 66/15

Nº Procd. Civil : 66/14

Procedencia : Primera Instancia de Zamora nº 5

Tipo de asunto : Ordinario

Este Tribunal compuesto por los Señores Magistrados que se expresan al margen, han pronunciado

### **EN NOMBRE DEL REY**

la siguiente

#### **SENTENCIA Nº 106**

Ilustrísimos/as Sres/as

Presidente en funciones

D. PEDRO JESÚS GARCÍA GARZÓN

Magistrados/as

D<sup>a</sup>. ESTHER GONZÁLEZ GONZÁLEZ.

D<sup>a</sup>. ANA DESCALZO PINO

En la ciudad de ZAMORA, a 16 de junio de 2015.

Vistos ante esta Ilustrísima Audiencia Provincial en grado de apelación los autos de procedimiento Ordinario nº 66/14, seguidos en el JDO. 1A. INST. Nº 5 de Zamora , RECURSO DE APELACION (LECN) Nº 66/15; seguidos entre partes, de una como *apelantes* **D. Juan Ramón y D<sup>a</sup> Noemi** , representados por el Procurador D. LUIS ANGEL TURIÑO SÁNCHEZ , y dirigidos por el Letrado D. FRANCISCO GARCÍA MARTÍN , y de otra como *apelado* **BANCO CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA, S.A.U.** , representado por el Procurador D. MIGUEL ANGEL LOZANO DE LERA y dirigido por el Letrado D. LAURA GÓMEZ HERNÁNDEZ , sobre nulidad de los contratos de compra de participaciones preferentes y obligaciones subordinadas.

Actúa como Ponente, el lltmo Sr. **D. PEDRO JESÚS GARCÍA GARZÓN.**



## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** .- Por el JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.º 5 de Zamora, se dictó sentencia de fecha 20 de noviembre de 2014 , cuya parte dispositiva, dice: "FALLO: Desestimar íntegramente la demanda interpuesta por Juan Ramón e Noemi contra Banco Ceiss, absolviendo a éstos de todos los pedimentos en su contra, con imposición de las costas a la parte actora."

**SEGUNDO** .- Contra mencionada resolución interpuso la parte demandante el presente recurso de apelación que fue sustanciado en la instancia de conformidad con lo establecido en el art. 458 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil ; se elevaron los autos, correspondiendo a este Tribunal su resolución, dando lugar a la formación del presente rollo y, no habiéndose celebrado vista pública ni solicitado práctica de prueba, quedó el procedimiento para votación y fallo, señalándose el día *11 de junio de 2015* .

**TERCERO** .- En la tramitación del recurso se han observado y cumplido todas las prescripciones de carácter legal.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .-Aceptamos los fundamentos de derecho de la sentencia objeto del presente recurso en tanto no queden modificados o afectados de algún modo por los fundamentos de derecho de la presente resolución.

**SEGUNDO** .- El actor ejercita frente a la entidad demandada, BANCO C. E. I. S. S., S. A. la acción de nulidad radical y, subsidiariamente, la anulabilidad, resolución del contrato, nulidad por infracción de normas imperativas y de indemnización de daños y perjuicios de Participaciones Preferente Caja España-Serie I, de 25 participaciones de valor nominal de 1.000 €; cada una, adquiridas el día 13 de mayo de 2.009 en la sucursal de la entidad de Almeida de Sayago y de los 12 títulos de obligaciones de Caja España adquiridas por orden de 18 de enero de 2.006 y canjeadas por orden de 29 de enero de 2.010, por importe nominal de mil euros cada uno de los títulos, canjeadas por obligaciones subordinadas el día 10 de febrero condenando a la demandada a la devolución al cliente de las cantidades depositadas de 37.000 €; y la recíproca restitución de las prestaciones recibidas entre las partes, ya que, al margen de que el Test de Conveniencia se realizó solo para las participaciones preferentes, según el propio test el demandante no era apto para la contratación de productos de riesgo, habiendo suscrito el producto creyendo que era un plazo fijo como en otras ocasiones, teniendo la condición de cliente minorista y sin conocimientos financieros.

La relación entre la entidad bancaria y los clientes era de confianza, se quebrantaba al adquirir la entidad bancaria la posición de comercial de venta del producto, beneficiaria y de asesoramiento, quien ocultaba al inversor la situación financiera por la que estaba pasando, deseando adquirir fondos propios mediante la emisión de participaciones preferentes y obligaciones.

Hubo error invalidante en el consentimiento, ya que no recibió información veraz de la entidad bancaria; no fue explicado, pese a ser un producto financiero complejo; no le advirtió de los riesgos que suponía la compra de participaciones preferentes; no se le entregó por escrito las características del producto, ni del alto riesgo de pérdida del dinero; no se le hizo los test de idoneidad y de conveniencia por lo que no pudo formar su voluntad para prestar el consentimiento válido.

La parte demandada se opone a la demanda alegando las siguientes excepciones: **1)** Caducidad de la acción de anulabilidad ejercitada de conformidad con el artículo 1.301 del Código civil en relación con el artículo 1.265, 1.309, 1.311, 1.312 y 1.313 y la doctrina jurisprudencial sobre el momento inicial del cómputo del plazo de caducidad de cuatro años, el de la consumación del contrato por haber cumplido los contratantes todas sus obligaciones, que sería el momento de la orden de la compra de los valores, 18 de enero de 2.006 y 13 de mayo de 2.006.

**2)** Los adquirentes conocían los productos litigiosos, su naturaleza y características, así como los riesgos inherentes y han estado percibiendo los intereses derivados de dicha inversión sin queja o protesta, habiendo realizado compras de otros productos complejos sin que hayan solicitado la nulidad;

**3)** Tanto las obligaciones subordinadas como las participaciones preferentes fueron amortizadas obligatoriamente por resolución del FROB y el producto se ha invertido en Bonos convertibles en acciones de 1 euro.

**4)** Las participaciones preferentes han producido una rentabilidad del 8,25 % anual durante el periodo 2.009-2013 y, a partir de dicho año el Euribor a 3 meses más el 7,25, mientras que las obligaciones subordinadas del 6 de enero el 3,50 % el primer año y el euribor a 3 meses + 0,30h hasta el 31 de enero de 2.011 y el euribor a 3 meses + 0.80m hasta el 31 de enero de 2.016, Mientras que las del 10 de febrero el 4,15 durante



los cinco primeros años y a partir del quinto el euribor a 3 m + 1,82, habiéndose abonado un total de intereses netos de 8.8043,31 €, indicio revelador de la voluntad del adquirente de contratar los productos.

5) Las participaciones preferentes guardan similitudes con las acciones (perpetuidad, falta de liquidez y ausencia de garantía), por lo que es perfectamente comprensible por cualquier persona física con independencia de su conocimiento y formación;

6) Se entregó al cliente el tríptico-resumen del folleto informativo completo de las participaciones preferentes, en el cual contiene las advertencias de que es un producto complejo de carácter perpetuo, no constituye un depósito bancario y que el adjetivo preferente, no significa que sus titulares tengan la condición de acreedores privilegiados, constando los factores de riesgo de no percepción de remuneraciones, de absorción de pérdidas, perpetuidad, orden de prelación, mercado, liquidez y liquidación de la emisión.

También se entregó el tríptico-resumen de las obligaciones subordinadas donde se describen las características del producto, con la advertencia de que no gozan de más garantía que la de la solvencia patrimonial del Emisor, se advierte de que se trata de obligaciones subordinadas y se señalan los riesgos de subordinación o prelación de los inversores en situaciones concursales, riesgo de liquidez, solvencia, mercado, amortización anticipada y variación de la calidad crediticia de los valores, definiendo cada uno de los riesgos:

7) Los dos productos estaban admitidos a cotización en mercado de renta fija y perdieron liquidez debido a la duda sobre la solvencia de las entidades financieras;

8) Aun admitiendo que son productos complejos y que el inversionista era minorista son perfectamente comprensibles por cualquier persona física, con independencia de su formación y conocimientos financieros.

9) Los demandantes fueron capaces de distinguir los productos adquiridos de otros productos más comunes: como son la diferente rentabilidad, el carácter irregular de los intereses; la información fiscal recibida como intereses de activo financieros, la documental soporte del producto financiero; la experiencia bancaria y financiera del titular con productos diversos como fondos de inversión, cédulas hipotecarias y bonos;

10) Hubo información precontractual, pues se entregó al cliente el denominado tríptico-resumen en el cual figuran las características y riesgos de los productos.

11) Sometió al cliente al test de conveniencia en la adquisición de participaciones preferentes, pero en la adquisición de obligaciones subordinadas pues no se había incorporado al ordenamiento español la Directiva MIDID. En dichos test el cliente afirmó que estaba familiarizado con los dos productos y había realizado inversiones de dichos productos en los últimos tres años;

12) El producto es inteligible y transparente

Recae sentencia que al margen de desestimar la excepción de caducidad, considera que los dos productos financieros adquiridos por los demandantes objeto de la nulidad pretendida son productos complejos; el cliente es minorista, por lo que exige que la entidad bancaria debe asegurarse que el producto ofrecido es adecuado para él y que comprende y asume el riesgo; no se le practicó el test de idoneidad. No obstante lo cual, la información facilitada por la entidad bancaria es suficiente para que el cliente conociera los riesgos y prestara el consentimiento.

Contra dicha sentencia se alza la parte demandante con fundamento en los siguientes motivos: 1) Insiste sobre la caducidad de la acción ejercitada. Errónea valoración de la documental aportada, pues la orden de valores aparece firmada por el demandante y en la cual en relación a las participaciones preferentes se explica que conlleva un riesgo de mercado, riesgo de crédito y riesgo de liquidez y otros riesgos, explicando cada uno de los riesgos, que eran fácilmente comprensibles; 2) Inexistencia del contrato para uno de los clientes, ya que la demandante no firmó ninguno de los documentos en que se basa la demandada para acreditar el consentimiento prestado por el cliente; 3) Error sobre la interpretación que hace la sentencia sobre los efectos de la necesidad de realizar el denominado test de idoneidad; 4) Defectuosa realización del test de conveniencia; 5) Error en la apreciación de las pruebas al haber estimado que no hubo error en la prestación del consentimiento; 6) Resolución del contrato por incumplimiento de la entidad bancaria que sin consentimiento de los clientes recompró los títulos y su reinversión de bonos convertibles en acciones de la nueva emisión, con una quita del 27,17 % en las participaciones preferentes y un 10 % en las obligaciones; 7) Vulneración del Artículo 33 de la C. Española

**TERCERO.-** Sin otra definición ni concreción en la documentación contractual aportada respecto del producto objeto de adquisición más que se trata de participaciones preferentes, sino se establece especialidad alguna, como tales han sido definidas por la doctrina especializada como: activo de renta fija o variable privada no acumulativa, condicionada, de carácter perpetuo pero amortizable anticipadamente, subordinado y carente de derechos políticos.



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

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

En realidad se trata de productos **complejos, volátiles, a medio** camino entre la renta fija y variable con posibilidad de remuneración periódica alta, calculada en proporción al valor nominal del activo, pero supeditada a la obtención de utilidades por parte de la entidad en ese periodo. No confieren derechos políticos de ninguna clase, por lo que se suelen considerar como "cautivas", y **subordinadas**, calificación que contradice la apariencia de algún privilegio que le otorga su calificación como "preferentes" pues no conceden ninguna facultad que pueda calificarse como tal o como privilegio, pues producida la liquidación o disolución societaria, el tenedor de la participación preferente se coloca prácticamente al final del orden de prelación de los créditos, por detrás concretamente de todos los acreedores de la entidad, incluidos los subordinados, y tan solo delante de los accionistas ordinarios, y en su caso, de los cuotapartícipes ( apartado h) de la Disposición Adicional Segunda Ley 13/1985, según redacción dada por la Disposición Adicional Tercera Ley 19/2003, de 4 de julio ).

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

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

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

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

Deber de información reduplicado cuando de **consumidores** y usuarios se trata, como es el caso y es reconocido por la propia parte apelante. **Consumidores** minoristas como ya se ha aclarado en el fundamento



jurídico segundo que, según lo dispuesto ya en el art. 13 Ley 26/1984, de 19 de julio , para la defensa de los **consumidores** y usuarios, o en su Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, art. 60 , debe existir una información previa al contrato, relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales y en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas.

Además, debe recordarse, como dice la sentencia de fecha 29 de julio de 2.013 de la A. P de La Coruña a propósito de lo dicho, que el RD 629/93 sobre normas de actuación en el mercado de valores, con referencia a la Ley 24/1988, ya obligaba a las entidades a proporcionar toda la información que pudiera ser relevante para que los clientes pudieran tomar una decisión del producto contratado. La Ley 47/07 supuso la modificación de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, para incorporar al Ordenamiento Jurídico español las siguientes Directivas europeas: la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, la Directiva 2006/73/ CE de la Comisión, de 10 de agosto de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de inversión y términos definidos a efectos de dicha Directiva y la Directiva 2006/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito. La Ley 47/07 hacía referencia a la Directiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instrumentos financieros por la que se modificaba la Directiva MIFID (Markets in Financial Instruments Directive), cuya finalidad es proteger a los inversores estableciendo un régimen de transparencia para que los participantes en el mercado puedan evaluar las operaciones.

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

Así, en relación con esta cuestión de la información precontractual y contractual que requieren este tipo de instrumentos financieros debe recordarse, a propósito de ello, lo sentado en la sentencia de este Tribunal de 15 de marzo de 2013 que dejó dicho que la inclusión en el contrato de una declaración de ciencia, que suele constar en los contratos que suscriben los **consumidores**, clientes bancarios o inversores minoristas, en el sentido de haber sido debidamente informados, «no significa que se haya prestado al **consumidor**, cliente o inversor minorista la preceptiva información», ni tampoco «constituye una presunción "iuris et de iure" de haberse cumplido dicha obligación, ni de que el inversor, efectivamente, conozca los riesgos, último designio de toda la legislación sobre transparencia e información», siendo expresión de lo que se dice el art. 89.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios, que considera como cláusulas abusivas "las declaraciones de recepción o conformidad con hechos ficticios", de lo que se viene a inferir que son nulas las declaraciones de ciencia si se acredita que los hechos a los que se refiere son inexistentes o "ficticios", como literalmente se expresa en el término legal; es decir, que como continúa diciendo la sentencia últimamente citada «en el ámbito de la protección del **consumidor**, del cliente bancario o del inversor la formación es considerada por la ley como un bien jurídico y el desequilibrio entre la información poseída por una parte y la riqueza de datos a disposición de la otra es considerado como una fuente de injusticia contractual», de ahí la obligación que el legislador impone a la entidad financiera o al banco para que desarrolle una determinada actividad informativa.

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

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

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





**CUARTO** .- En cuanto al error vicio del consentimiento, la sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, Pleno de 20-1-2014, nº 840/2013, rec. 879/2012 . Pte: Sancho Gargallo, Ignacio declaró que "del incumplimiento de estos deberes de información pueden derivarse diferentes consecuencias jurídicas. En este caso, en atención a lo que fue objeto litigioso y al motivo del recurso de casación, debemos centrarnos en cómo influye este incumplimiento sobre la válida formación del contrato.

En su apartado 57, la reseñada *STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011)*, pone de relieve que, "si bien el artículo 51 de la Directiva 2004/39 prevé la imposición de medidas o de sanciones administrativas a las personas responsables de una infracción de las disposiciones aprobadas para aplicar dicha Directiva, esta no precisa que los Estados miembros deban establecer consecuencias contractuales en caso de que se celebren contratos que no respeten las obligaciones derivadas de las disposiciones de Derecho interno que traspone el artículo 9, apartados 4 y 5, de la Directiva 2004/39, ni cuáles podrían ser esas consecuencias". En consecuencia, "a falta de normas sobre la materia en el Derecho de la Unión, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las consecuencias contractuales de la inobservancia de dichas obligaciones, respetando los principios de equivalencia y efectividad (vid *Sentencia de 19 de julio de 2012, caso Littlewoods Retail (C-591/10)*, apartado 27)".

En cuanto al error vicio, continua diciendo la citada STS de 20-I-2014, que "hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.

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

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

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

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

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

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



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

Es evidente, que para la apreciación del error, debe tenerse en cuenta las **condiciones personales del sujeto** que lo sufre especialmente ante el tipo de contratación que contemplamos, y así se viene haciendo ya desde una *sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 1910* , pero también en otras posteriores como las de 22 de marzo de 1924, como las del 28 de febrero de 1974, 9 de octubre de 1981, 18 de abril de 1978, 4 de enero de 1982, 14 de febrero de 1994, 18 de febrero de 1994, etc.. Se hace necesario, por lo tanto, tener en cuenta, sin perjuicio de todo lo anteriormente expuesto, respecto de las obligaciones de la entidad financiera, los particulares circunstancias personales que concurren en el cliente, y ello efectos de comprobar si el error, en atención a sus circunstancias, pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular, pero, sin olvidar, como en la citada *sentencia de 14 de febrero de 1994* esa condición de la persona, que en principio, se atiene a los principios de buena fe, que rigen todas las relaciones contractuales, también la condición de la otra parte contratante, cuando el error puede ser debido a la confianza provocada por las afirmaciones o por la conducta de esta, es decir, de la entidad financiera. En este sentido, debemos tener en cuenta que no puede exigirse una obligada desconfianza por parte del cliente hacia aquel con quien contrata, como establece la *sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1964* y que el propio *Tribunal Supremo, en sentencia del 26 de noviembre de 1996* , llega a admitir que **el cliente puede haber sido inducido al error por la conducta del vendedor que no es necesaria que sea constitutiva de dolo o culpa para que sea tenida en cuenta a estos efectos**.

Asimismo, en cuanto al **deber de información en relación con el error vicio** , señala la sentencia referida STS de 20-I-2014, que "por sí mismo, el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error.

El error que, conforme a lo expuesto, debe recaer sobre el objeto del contrato, en este caso afecta a los concretos riesgos asociados con la contratación de las tantas veces citadas acciones preferentes y subordinadas. El hecho de que el apartado 3 del art. 79 bis LMV imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como las preferentes y subordinadas contratadas por las partes, el deber de suministrar al cliente minorista una información comprensible y adecuada de tales instrumentos (o productos) financieros, **que necesariamente ha de incluir "orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos"**, muestra que esta información es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento . Dicho de otro modo, el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero".

"De este modo", continúa diciendo nuestro TS Sala 1ª Pleno, S. de 20-I-2014, "el deber de información contenido en el apartado 3 del art. 79 bis LMV presupone la necesidad de que el cliente minorista a quien se ofrece la contratación de un producto financiero complejo como el swap de inflación conozca los riesgos asociados a tal producto, para que la prestación de su consentimiento no esté viciada de error que permita la anulación del contrato. Para cubrir esta falta de información, se le impone a la entidad financiera el deber de suministrarla de forma comprensible y adecuada.

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

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

Finalmente, en lo que a las consecuencias del incumplimiento de los test adecuación e idoneidad se refiere, declara la STS Sala 1ª Pleno citada que "sobre la base de la apreciación legal de la necesidad que **el cliente minorista tiene de conocer el producto financiero que contrata y los concretos riesgos que lleva asociados**,



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

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

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

**QUINTO** .-No entramos a resolver el primero de los motivos del recurso, pues la sentencia objeto de recurso desestimó la excepción de caducidad de la acción de nulidad ejercitada por los actores y la parte demandada no ha formulado recurso de apelación contra dicha desestimación.

**SEXTO** .- El segundo de los motivos del recurso debe prosperar pues en relación con las órdenes de valores de suscripción de fecha 13 de mayo de 2.009 de títulos de PART C.ESPAÑA-SERIE I, por importe de 25.000, de suscripción de 12 títulos de OBL.C. ESPAÑA 06-ENE y solicitud de canje de las obligaciones de fecha 29 de enero de 2.010, que aparece suscrita a nombre de los demandantes Juan Ramón y doña Noemi se ha acreditado en relación a la segunda que no firmó ninguna de las órdenes de valores, ni los resúmenes explicativos de las condiciones de ambos valores, ni los test de conveniencia, ni el contrato básico- MIDID de fecha 27 de marzo de 2.009 ni tampoco el contrato tipo de depósito o administración de valores de fecha 29 de diciembre de 1.999.

Por tanto, y dado que además de la declaración prestada por el empleado de la entidad bancaria se deduce que todas las conversaciones y gestiones en orden a la suscripción de las obligaciones subordinadas y participaciones preferentes en cuestión tuvieron lugar exclusivamente con el codemandante Don Juan Ramón , es manifiesto que no puede sino concluirse que respecto de la demandante Doña Noemi no se cumplió con el deber de información legalmente exigido, incumplimiento que constituye ya por sí mismo, y según la doctrina jurisprudencial precedentemente expuesta, cuando menos una fundada presunción de existencia de error sustancial en dicha demandante, que en el presente caso tampoco puede entenderse desvirtuada por la documental que refleja las condiciones tanto del contrato como de la propia emisión de las obligaciones subordinadas y participaciones preferente, en cuanto que no aparecen firmados por ella, carente de facultades para obligarla al no constar que se encontrase expresamente autorizado.

Por lo que, dada la presunción de error en la demandante, derivada del incumplimiento del deber de información con relación a ella por parte de la entidad bancaria demandada, presunción no desvirtuada por el resultado de otras pruebas, la conclusión no puede ser otra que la declaración de nulidad de las orden de valores en relación a la demandante de suscripción de fecha 13 de mayo de 2.009 de títulos de PART C.ESPAÑA-SERIE I, por importe de 25.000, y de suscripción de 12 títulos de OBL. C. ESPAÑA 06-ENE y solicitud de canje de las obligaciones de fecha 29 de enero de 2.010.

Por otro lado, el contrato-tipo de depósito o administración de valores de fecha 29 de diciembre de 1.999, que no figura firmado por la codemandante, pese a que figure como disposición indistinta de los dos cónyuges, no significa que mediante dicho contrato el esposo estuviera autorizado por ella para suscribir valores sin su autorización expresa en cada acto concreto de suscripción de valores, pues en él lo que se pacta es un contrato de depósito o administración de valores, pero en modo alguno la autorización para suscribir valores. Sin olvidar, por otro lado, que dicho contrato sólo serviría como autorización al esposo de la suscripción de valores posteriores al 29 de diciembre de 1.999, por lo que no hubiera servido como autorización de la suscripción de las obligaciones subordinadas del año 2.006 ni de la suscripción de las participaciones preferentes del 13 de mayo de 2.009, por ser estos actos anteriores.





**SEPTIMO** .- El tercero y cuarto de los motivos del recurso deben prosperar.

Consta en efecto que el mismo día de la firma de la orden de suscripción de las participaciones preferentes y obligaciones subordinadas también se le hizo al codemandante el test de conveniencia para la contratación de servicios y productos financieros, en concreto la suscripción de 25 PART C. ESPAÑA-SERIE I y para la Operación de Canje de 12 OBL. C. ESPAÑA. 06-ENE por 12 OBL. C. ESPAÑA 10 FEB, contestando en ambos test que había realizado inversiones durante los tres últimos años en participaciones preferentes y obligaciones y que estaba familiarizado con estos tipos de producto; que sus estudios eran básicos, no había realizado actividad en el sector financiero y su periodicidad de inversiones era anual.

Conforme al artículo 79 bis de la Ley de Mercado de Valores de 28 de julio de 1.988 por la Ley 47/2.007, de 19 de diciembre, **la entidad de servicios financieros ha de proporcionar a sus clientes información comprensible sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión, con orientaciones y advertencias apropiadas acerca de los riesgos asociados a las inversiones en esos instrumentos o en relación a estrategias e inversión a particulares, de modo que les permitan comprender en lo posible la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece, y, por consiguiente, puedan tomar decisiones sobre la inversión con conocimiento de causa, debiendo obtener la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia en el ámbito de la inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio, la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente o posible cliente, con el fin de que la empresa pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convenga.** En definitiva, si la entidad de servicios financieros debe obtener la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia en el ámbito de la inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio, sobre la situación financiera u los objetivos de inversión del cliente con el fin de poderle recomendar los instrumentos financieros que más le convenga, es evidente que la sociedad de servicios financieros, debe realizar el **test de conveniencia -que va dirigido a la valoración de los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente, con el objetivo de que la entidad financiera pueda hacerse una idea de sus competencias en materia financiera y pueda determinar si el cliente es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión para ser capaz de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa, en los términos que establece el artículo 73 RD 217/2008 y el test de idoneidad -que procede, como se ha dicho, cuando se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de cartera mediante la realización de una recomendación personalizada** en el que se suma el test de conveniencia (sobre conocimientos y experiencia en materia financiera del cliente) a un informe sobre su situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y sus objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan, según especifica el artículo del 72 del RD 217/2008

Pues bien, en el caso de autos no se le hizo el test de idoneidad, pese a que se le prestó asesoramiento en materia de inversión, ya que hubo recomendación personalizada de los dos productos, pues no en vano fue el banco el que ofreció el producto de participaciones preferente y obligaciones subordinadas, por lo que la entidad bancaria no tuvo conocimiento sobre la situación financiera del cliente para poderle recomendar el producto, pero, además, el test de conveniencia, al margen de que no se le realizó sobre la suscripción de las obligaciones, sin duda alguna debido a que todavía no estaba en vigor la modificación del artículo 79 bis de la L. M. V, y de haberse realizado 7 y 50 segundos, respectivamente, antes de firmar la orden de suscripción de valores y la orden de canje de unas obligaciones por otras, lo que revela el escaso tiempo de que dispuso la entidad bancaria para valorar correctamente los conocimientos y experiencia del cliente en productos financieros como las participaciones preferentes y obligaciones subordinadas, es un test que no se apoya en datos objetivos, pues desde luego no consta de la relación de operaciones bancarias realizadas por el demandante con la entidad bancaria demandada que el demandante hubiera suscrito participaciones preferentes y obligaciones subordinadas en la misma entidad bancaria o que las tuviera en otras entidades bancarias y, si bien afirmó que estaba familiarizado con dicho producto, no sabemos cómo la entidad bancaria llegó al convencimiento sobre el alcance de su familiarización, pues la pregunta fue muy genérica sin someterle a otras preguntas destinadas a averiguar el verdadero alcance de sus conocimientos sobre el producto.

Por todo lo cual, la entidad bancaria no ha logrado probar, pues lógicamente los test de idoneidad y conveniencia son los medios probatorios más apropiados para conseguir dicho fin que hubiera adquirido información suficiente sobre los conocimientos y experiencia del cliente en materia financiera y llegar al convencimiento de que el cliente era capaz de tomar la decisión de adquirir las participaciones preferentes y obligaciones subordinadas con conocimiento de causa, y; por supuesto, al no haberle realizado el test de idoneidad era imposible recomendarle de forma acertada sobre la idoneidad del producto ofrecido. Por tanto, en principio, como ha señalado la jurisprudencia mencionada más arriba la falta de realización del test de idoneidad y lo inoperante del test de conveniencia realizado al codemandante no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo.



**OCTAVO** .- El quinto de los motivos del recurso también debe prosperar .

En aplicación de la doctrina jurisprudencial citada y la prueba documental aportada al procedimiento, así como el contenido de la declaración en calidad de testigo del empleado de la entidad bancaria que atendió al codemandante resulta lo siguiente:

**A)** Si leemos las Ordenes de Valores de 18 de enero de 2.006 (obligación subordinadas), de 13 de mayo de 2.009 (participaciones preferentes) y 29 de enero de 2.010 (canje de estas últimas por otras obligaciones de la misma entidad) que ya hemos dicho que en su caso solo podría obligar al codemandante, pues solo aparecen firmadas por él, enseguida descubrimos que carece de información sobre las características del producto vendido y explicaciones sobre su funcionamiento; la remuneración que se recibe con el producto; su carácter perpetuo; si es posible su amortización anticipada y en qué condiciones; si es un producto que sigue los avatares de la sociedad, es decir que su rentabilidad está en función de los avatares del capital de la sociedad, pudiendo encontrarse con que no puede recuperar las cantidades invertidas si la sociedad empeora su situación económica.

La Orden de Valores de 18 de enero de 2.006), pese a que no se pida su nulidad en la demanda, sin duda alguna porque se canjearon por otras obligaciones, pero cuyo estudio permite saber si los demandantes tenían conocimiento de la naturaleza de dichos productos y alcance de la información recibida, se limita a recoger las personas intervinientes en la operación, el tipo de operación (suscripción de títulos), sin ninguna referencia a que son obligaciones subordinadas para que facultaran al cliente a informarse por otros conductos sobre el producto suscrito); la identidad de la cuenta compensadora; los datos de la operación, en que figura la clase y denominación del valor: "OBL C. ESPAÑA-06 ENR", el número de títulos y su valor nominal. Es decir de la lectura del contenido de la orden de valores se evidencia un déficit absoluto sobre el producto adquirido por el demandante, pues ni siquiera es posible saber el verdadero producto adquirido al haber empleado una abreviatura.

En letra más pequeña, por debajo del recuadro donde se recogen las características del producto, si bien con las carencias señaladas, se dice que el ordenante ha recibido información de la tarifa de comisiones y gastos y que autoriza la enajenación de los valores que quede pendiente después de realizar la venta. Nada se dice sobre los riesgos del producto adquirido y mucho menos de las explicaciones dadas por el empleado sobre el producto vendido y los riesgos que implicaban su adquisición.

La Orden de Valores de 13 de mayo de 2.009 (participaciones preferentes), que ya hemos dicho que en su caso solo podría obligar al codemandante, pues solo aparecen firmadas por él, enseguida descubrimos que carece de información sobre las características del producto vendido y explicaciones sobre su funcionamiento; la remuneración que se recibe con el producto; su carácter perpetuo; si es posible su amortización anticipada y en qué condiciones; si es un producto que sigue los avatares de la sociedad, es decir que su rentabilidad está en función de los avatares del capital de la sociedad, pudiendo encontrarse con que no puede recuperar las cantidades invertidas si la sociedad empeora su situación económica. Se limita a recoger las personas intervinientes en la operación, el tipo de operación (suscripción de títulos), sin ninguna referencia a que son participaciones preferentes para que facultaran al cliente a informarse por otros conductos sobre el producto suscrito); la identidad de la cuenta compensadora; los datos de la operación, en que figura la clase y denominación del valor: "PART. C. ESPAÑA-SERIE I", el número de títulos y su valor nominal. Es decir de la lectura del contenido de la orden de valores se evidencia un déficit absoluto sobre el producto adquirido por el demandante, pues ni siquiera es posible saber el verdadero producto adquirido al haber empleado una abreviatura.

Asimismo, si bien en la adquisición de este producto se informa sobre el riesgo del producto, se hace junto con otros productos que no tienen ninguna relación con las participaciones preferentes (acciones que cotizan en mercados oficiales, inversión en warrants, cédulas hipotecarias, bonos de tesorería), lo que ya puede inducir a confusión, incluyendo los riesgos de mercado, de crédito, liquidez y otros riesgos en las participaciones preferentes junto a otros productos diferentes (cédulas hipotecarias, bonos de tesorería, obligaciones subordinadas, emisiones de renta fija emitidas por emisores de alta, media y baja calidad crediticia).

En efecto explica cada uno de los riesgos del producto, pero no consta que la explicación de cada uno de los riesgos que comporta el producto vendido se hubiera realizado con ejemplos claros y comprensibles para el cliente.

Por todo lo cual, la orden de valores firmadas por el demandante carece de claridad sobre el producto realmente adquirido; es incompleta, ya que adolece de datos relevantes sustanciales sobre el producto adquirido, como su duración, su perpetuidad, etc..., y la información sobre los riesgos confusa, pues dicha información aglutina en el mismo grupo otros productos que no tiene ninguna relación con las participaciones preferentes.



Por último, la Orden d Canje de Valores de fecha 29 de enero de 2.010 carece de la claridad sobre el producto cajeado, es incompleta, pues carece de datos relevantes, como los anteriores y la información sobre los riesgos es confusa al aglutinar sin ninguna relación con el canje productos diferentes y, por supuesto, no figuran las explicaciones dadas al adquirente para que comprendiera el producto.

**B)** En relación con las tres órdenes de valores objeto de discusión, que aparecen suscritas a nombre del codemandante Don Juan Ramón en fecha de 18 de enero de 2.006, 13 de mayo de 2.009 y 29 de enero de 2.010, por las que éste suscribió 12 obligaciones subordinadas, 25 participaciones preferentes y el canje de las primeras por otras obligaciones subordinadas, es cierto que tanto la denominada Orden, como el test de conveniencia de la suscripción de las participaciones preferentes y canje de obligaciones, aparecen firmados - no la suscripción de las obligaciones subordinadas- por el mismo, constando igualmente su firma en la última de las hojas del resumen explicativo de las condiciones de los tres productos . Pero de ello no puede deducirse sin más que el referido demandante conociera en el momento de suscribir el contrato los posibles riesgos de la operación, y en concreto el riesgo, posteriormente hecho realidad, de la posibilidad de pérdida de la totalidad de la inversión, si se tiene en cuenta:

**1)** Que ni por su profesión, que es autónomo de la electricidad, ni por las características de sus inversiones anteriores, puede afirmarse que se tratara de una persona que tuviera especiales conocimientos financieros, ya que, si se considera la información de que disponemos de la propia entidad bancaria la mayoría de sus inversiones no tenía ninguna relación con los productos cuya nulidad se pretende, ya que son cuentas corrientes, plazos fijos, avales comerciales, avales sujetos a línea, fondos de inversión, líneas de descuento. Por tanto, no parece que pudiera responder a la realidad lo consignado en el test de conveniencia referido a que se encontraba algo familiarizado con las obligaciones subordinadas y participaciones preferentes y que hubiera realizado inversiones en tal producto durante los tres últimos años. Además no puede desconocerse tampoco la relación de confianza, con el empleado de la entidad bancaria, que intervino en la operación, quien en el acto del juicio bien claro dijo que él no había informado sobre los riesgos de los productos, sino que se limitó a teclear el contenido de las órdenes de suscripción;

**2)** aun cuando se hubiera facilitado a dicho demandante el denominado resumen explicativo de condiciones del canje de las obligaciones subordinadas de Caja España de 2.010, pues no consta que hubiera firmado y entregado ningún resumen explicativo de la emisión del año 2.006, y emisión de Particiones Preferentes Serie I, de lo que no tenemos certeza absoluta, y la entidad bancaria demandada no ha aportado prueba de su entrega, pues el primero de los documentos consta de nueve páginas y solo aparece firmada la última , que se refiere a información sobre hechos relevantes que estaban ocurriendo sobre el proceso de integración de Cajas de Castilla y León, sin ninguna referencia a que se le hubiera entregado el documento íntegro, mientras que el documento de explicativo de participaciones preferentes, solo aparece firmado en la primera página, sin ninguna referencia a que se le hubiera entregado un ejemplar, sin embargo, en el indicado "resumen..." de canje de obligaciones subordinadas no aparece especificado como riesgo la posibilidad de pérdida de la totalidad de la inversión; pues en el indicado documento se describen como factores de riesgo, entre otros, los siguientes: 1) *riesgo de mercado* , según el cual "las obligaciones subordinadas están sometidas a posibles fluctuaciones en sus precios en el mercado, en función principalmente de la evolución de los tipos de interés, de la duración de la inversión, de las condiciones de mercado y de las condiciones económicas generales. En función de la evolución de dichas condiciones estas obligaciones subordinadas podrán llegar a negociarse a un precio inferior que el precio que pagó al adquirirlas"; 2) *riesgo de liquidez* , con relación al que se hacía constar que "aunque se vaya a solicitar la admisión a negociación de las obligaciones Caja España 2009 en el Mercado AIAF de Renta Fija no es posible que el inversor pueda venderlas con carácter inmediato... El Emisor no ha suscrito ningún contrato de liquidez para la presente emisión... En las actuales condiciones del mercado sería posible que el inversor se encontrase en dificultades para hacer líquida su inversión a un precio razonable"; y 3) *riesgo de solvencia* , respecto del que se consignaba que "es la contingencia de pérdida por deterioro de la estructura financiera de la entidad emisora o garantía del valor y que puede generar disminución en el valor de la emisión o en la capacidad de pago del emisor". Y en cuanto al *plazo* se hacía constar que "los valores serán amortizados a la par... a su vencimiento, es decir, el 23 de febrero de 2.020" Y ninguno de tales riesgos aparece siquiera mencionado en el documento denominado "Orden de Valores" de fecha 18 de enero de 2.006, en el que, aparte de las circunstancias relativas a la identidad del titular, de la denominación del producto, del número de títulos suscritos y de su importe, solamente se consignaba que "el ordenante recibe copia de la presente orden, que conoce su significado y trascendencia, así como que ha sido informado de la tarifa de comisiones y gastos aplicables a la operación", por lo que no es cierto que, como se afirma en el escrito de interposición del recurso, sea suficiente con examinar dicha orden de suscripción para constatar que en la misma ya se detallan los riesgos inherentes a su contratación, que reconoce aceptar con su firma la parte actora, como eran la posibilidad de pérdidas de capital, de incumplimiento de las obligaciones por parte de la entidad emisora y de que el producto financiero no pudiera ser vendido fácilmente antes de su vencimiento.



Por lo que se refiere al resumen explicativo de las participaciones preferentes, En efecto el documento número 8 aportado en el acto del juicio, denominado Emisión de Participaciones Preferentes Seria I. Resumen Explicativo de Condiciones, que comienza diciendo que el presente resumen, el Documento de Registro del Emisor y la Nota de Valores, serán referidos conjuntamente como "el Folleto", contiene los aspectos relevantes que debe tener en cuenta el inversor, como los riesgos específicos: absorción de pérdidas, perpetuidad, orden de prelación, liquidez, liquidación de Emisión, con una explicación escrita de cada uno de los riesgos; las principales características de la emisión, entre ellas algunas que no figura en la orden de valores, como el plazo de duración, la remuneración, periodicidad de la remuneración, periodo de suscripción, etc., y las principales magnitudes económicas del emisor. Ahora bien, dicho documento solo figura firmado por el demandante en un de las páginas y no se ha conseguido probar, salvo declaraciones interesadas de una de las partes, que se hubiera entregado un ejemplar al cliente para que tuviera conocimiento completo y claro del producto adquirido. Sin que, por otro lado, se hubiera informado, por un lado, que tuviera a su disposición un ejemplar en la sucursal para examinarlo e informarse.

Luego, mediante dicha prueba documental tampoco consigue probar la entidad demandada que hubiera entregado al cliente información completa, clara y precisa sobre las características del producto, condiciones, funcionamiento y riesgos asociados al producto adquirido.

**3)** Pero es que, además, teniendo en cuenta las condiciones personales del suscriptor de los productos, resulta evidente que el folleto informativo no es lo suficientemente claro y preciso, especialmente si resulta de la declaración del empleado de la oficina que atendió al cliente, el cual declaró que sólo se limitó a teclear el contenido de los documentos, pero no se hicieron simulaciones o se le pusieron ejemplos concretos de lo que podía ocurrir, y en ningún momento se avisó claramente al cliente de la posibilidad de perder la totalidad de lo invertido.

Si bien puede ser más o menos clara la información relativa a los factores de riesgo de los valores, en cuanto a la subordinación y prelación, riesgo de mercado, riesgo de liquidez, así como de amortización anticipada de la emisión, sin perjuicio de que podrían ser aun más claros, el riesgo de solvencia, no parece individualizado de forma precisa en la emisión de obligaciones subordinadas en relación con la situación en que quedaría el inversor, pues de forma un tanto genérica se alude a que "es la contingencia de pérdida por deterioro de la estructura financiera de la entidad emisora como garantía del valor y que puede generar disminución en el valor de la inversión o en la capacidad de pago del emisor", redacción está que obliga al menos una doble lectura a una persona formada, a fin de entender claramente que se trata tan sólo de que si la entidad emisora del producto desaparece, o entra en una difícil situación económica por pérdida de solvencia, el cliente puede perder la totalidad de lo invertido, y por lo tanto, la información facilitada no es del todo exacta, pues tan sólo se alude a una disminución en el valor de la inversión o la capacidad de pago.

Por lo tanto, se incumplen los criterios establecidos legalmente en cuanto a la información que debe ser facilitada, información que debe ser imparcial, clara y no engañosa y además la entidad financiera deben proporcionarles, "de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión", que "deberá incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias ". Esta descripción debe "incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas"

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

Por tanto, en función del resultado de las indicadas pruebas, en una apreciación y valoración conjunta de las mismas, ha de concluirse, en discordancia con la sentencia impugnada, que la información facilitada por la entidad demandada al demandante Don Juan Ramón , pues a su esposa no se ha probado que se le hubiera dado ningún tipo de información , atendiendo las circunstancias personales del mismo tanto de carácter subjetivo como de relación continuada y de confianza con el empleado de la sucursal en la que se realizó la operación y que intervino personalmente en la misma, no fue la correcta al revelarse como insuficiente para que dicho demandante conocieran, no sólo las características del producto en cuanto al plazo de duración de la inversión y de la remuneración a percibir, sino, sobre todo, los riesgos que pudiera conllevar, incluso de pérdida de la totalidad de la inversión. Lo cual determinó efectivamente la prestación de un consentimiento viciado por error sustancial no imputable al demandante, - y, por tanto, excusable -, que ha de conllevar la declaración de anulabilidad del contrato con las consecuencias a ello inherentes.





**NOVENO** .- En cuanto a los dos últimos motivos del recurso, uno de ellos al estimar la nulidad de la suscripción de los dos productos no cabe resolver sobre la resolución del contrato mientras que debe decaer el último, pues pretende que se aplique la institución de la expropiación, cuando se olvida que solo es aplicable a supuestos de expropiación forzosa realizada por las Administraciones Públicas a particulares, cuando en el supuesto analizado no ha intervenido ninguna Administración.

**DÉCIMO** .- Al estimar el recurso, estimando la demanda, se imponen las costas de la primera instancia al demandante, según dispone el artículo 394 de la L. E. Civil a la demandada, mientras que cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad de este recurso.

Vistos los artículos citados y demás normas de general y pertinente aplicación, por la autoridad que nos confiere la Constitución Española y en nombre de S.M. el Rey,

## FALLAMOS

Estimamos el recurso de apelación interpuesto por el procurador, don Luis Ángel Turiño Sánchez, en nombre de don Juan Ramón y doña Noemi , contra la sentencia de fecha veinte de noviembre de dos mil catorce, dictada por el Ilmo. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia Número Cinco de Zamora

Revocamos dicha sentencia y, en consecuencia, declaramos la nulidad de los contratos correspondientes a la suscripción de la orden de valores de trece de mayo de dos mil nueve, producto: PART C. ESPAÑA. SERIE I. Código ISIN NUM000 , por importe de 25.000 €, y la suscripción de 12 OBL C. ESPAÑA , 006-ENE de fecha 18 de enero de 2.006 y solicitud de canje valores de fecha 29 de enero de 2.010 de OBL C.ESPAÑA06-ENE, código ISIN: NUM001 , destino: OBL C. ESPAÑA 10- FEB, código NUM002 , de 12 títulos, por importe de 12.000 €, cuyos titulares son los demandantes don Juan Ramón y doña Noemi , condenado a la entidad demandada a devolver a los actores la cantidad de TREINTA Y SIETE MIL (37.000) €, más los intereses legales de dicha cantidad desde la fecha de su suscripción, minoradas en las liquidaciones y cantidades recibidas como consecuencia del mismo con sus intereses.

Al estimarse total o parcialmente el recurso, se devuelve a la parte apelante el depósito constituido para recurrir

Imponemos a la demandada las costas de la primera instancia a la demandada, sin hacer expresa condena en costas de este recurso.

Contra esta sentencia, que no es firme, cabe recurso de casación por interés casacional ante la Sala 1ª del Tribunal Supremo, el cual se interpondrá ante esta Sala en el plazo de veinte días contados desde el siguiente a la notificación de aquélla.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de Sala y otra a los autos originales para su remisión al Juzgado de procedencia para su ejecución, lo pronunciamos mandamos y firmamos

## PUBLICACIÓN

Leída y publicada que fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente de la misma, estando el Tribunal celebrando audiencia pública en el día de la fecha, de lo que doy fe.