

**NOTIFICACION 4/11/2014**

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

**JUICIO ORDINARIO NÚMERO 381/2013**

**SENTENCIA n°. 206/2014**

En Valencia, a treinta y uno de octubre de dos mil catorce.

Vistos por [REDACTED], Magistrado titular del Juzgado de Primera Instancia número 10 de Valencia, los presentes autos de **juicio ordinario**, seguidos en este Juzgado con el número **381/2013**, promovidos por [REDACTED] representados por la Procuradora [REDACTED] y defendidos por la Letrada D<sup>a</sup>. Amparo Barrachina Coscollá, contra **BANKIA, S.A.**, representada por la Procuradora [REDACTED] y defendida por la Letrada [REDACTED], con intervención voluntaria de **Caja Madrid Finance Preferred, S.A.**, con la misma representación y defensa que la demandada, sobre **nulidad, resolución y responsabilidad contractual**.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

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

A) De forma principal, se declare la nulidad de pleno derecho y declare la nulidad radical de la orden de compra de las participaciones preferentes Caja Madrid 2009 Serie II por importe de 56.000 euros, suscrita por [REDACTED] y ello con las consecuencias legales inherentes a dicha declaración en cuanto a la restitución recíproca de las prestaciones recibidas más el interés legal, de acuerdo al 1303 del Código Civil, importes y compensaciones que

deberán llevarse a cabo en ejecución de sentencia, por la imposibilidad de conocer con exactitud sus cuantías.

B) Subsidiariamente para el caso no se estimara la nulidad de pleno derecho interesada, se declare el incumplimiento por parte de Bankia de sus obligaciones contractuales de diligencia, lealtad e información en la venta asesorada de los instrumentos objeto de la presente demanda, en los términos recogidos en el cuerpo de la presente demanda, y de conformidad con el artículo 1124 del Código Civil, se declare la resolución de dicho contrato, con resarcimiento de daños y abono de intereses, que se concretan en la devolución a los actores de las sumas invertidas, más los gastos y comisiones cargados, incrementados con los intereses legales de dichas sumas desde la fecha de sus respectivos cargos hasta su efectiva devolución, minoradas en las rentas recibidas por los actores más el interés legal desde su recepción. Igualmente se solicita que, en consecuencia, se declare la titularidad de Bankia sobre las participaciones preferentes objeto del presente litigio consolidando la propiedad sobre las mismas, para lo cual se facilitará por parte de los actores, en caso de que fuera necesario, la puesta de disposición de las participaciones preferentes llevándose a cabo en ejecución de sentencia.

C) Subsidiariamente, se solicita que, en caso de no considerarse lo anterior, se declare que Bankia ha sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones de diligencia, lealtad como prestador de servicios de inversión en una venta asesorada de valores en los términos recogidos en el cuerpo de la presente demanda y, al amparo del artículo 1101 del Código Civil, se le condene a indemnizar a los actores por los daños y perjuicios causados, equivalentes a la pérdida de valor de sus inversiones. Dichos daños y perjuicios se cifran del mismo modo que lo interesado en el apartado B) anterior.

D) En cualquier caso, con expresa imposición de costas a la parte demandada, aun cuando fuere estimada parcialmente por su temeridad y mala fe.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda, se dio traslado de la misma a la demandada para que compareciera y contestara, verificándolo en su nombre la Procuradora D<sup>a</sup>. Elena Gil Bayo, quien se opuso a la demanda y solicitó la desestimación de la misma, con condena en costas de la actora. Previos los trámites legales, mediante auto de fecha 24-2-14 se admitió la intervención voluntaria de Caja Madrid Finance Preferred, S.A..

**TERCERO.-** Convocadas las partes a la preceptiva audiencia previa el día 25-2-14, durante su celebración sus direcciones técnicas se ratificaron en sus respectivos escritos de demanda y contestación y formularon alegaciones. Fijados los hechos

controvertidos, propusieron prueba documental, testifical de D<sup>a</sup>. Cristina Rodríguez Marian y pericial de D. Pedro Alonso Stuyck, que fue admitida, y a continuación se señaló día y hora para la celebración del juicio.

**CUARTO.-** En fecha 22-10-14 se celebró la vista, en la cual se practicó la prueba admitida, excepto la declaración testifical de D<sup>a</sup>. Cristina Rodríguez Marian, que no compareció, solicitando ambas partes su práctica como diligencia final. Acto seguido las partes formularon sus conclusiones, con lo cual quedaron los autos vistos para sentencia.

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

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Ejercitan los demandantes pretensión principal de nulidad de la compra de participaciones preferentes por vicio en el consentimiento, y subsidiariamente, pretensiones de resolución del contrato por incumplimiento de sus obligaciones por parte de la entidad demandada y de responsabilidad contractual, con restitución recíproca de prestaciones en los dos primeros casos y con reclamación de indemnización en el último, alegando en síntesis lo siguiente: los demandantes no cuentan con estudios superiores, habiendo trabajado siempre [REDACTED] como mozo de almacén y su esposa en trabajos esporádicos y básicamente en labores domésticas (documentos 1 y 2 de la demanda); son personas de perfil conservador y con aversión al riesgo, que siempre han contratado productos garantizados (documento 7), basándose en la relación de confianza fraguada con el personal de la entidad demandada; en el año 2004 el director de la sucursal les recomendó la inversión de sus ahorros en un producto que presentó como similar a un depósito pero con mejor rentabilidad y disponibilidad inmediata, realizando una inversión de 56.000 euros a través de la orden de suscripción de valores de fecha 26 de noviembre de 2004, que tuvo por objeto participaciones preferentes Caja Madrid Finance Preferre 04 (documento 13); en el año 2009 el director de la sucursal les asignó como asesora a [REDACTED], quien les presentó una propuesta de inversión (documento 14), fruto de la cual firmaron la orden de suscripción por canje de 25 de mayo de 2009 (documento 15), adquiriendo participaciones preferentes Caja Madrid 2009 por un valor nominal de 56.000 euros, siempre asesorados por el personal de la sucursal, que manifestó a los actores que se trataba de un producto similar a un plazo fijo, y no fue hasta abril de 2012 cuando, personados en la sucursal para indagar sobre la falta de ingreso de los intereses, la [REDACTED]

██████████ les explicó que el producto contratado eran participaciones preferentes.

La entidad demandada opone con carácter previo que el contrato de fecha 25 de mayo de 2009 estaba cancelado la fecha de interposición de la demanda, pues conforme a la resolución del FROB de fecha 16 de abril de 2013, el día 21 de mayo de 2013 las participaciones preferentes objeto de esta litis fueron canjeadas de forma obligatoria por acciones de BANKIA, y cita una serie de sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia que establecen dicha conclusión en el caso de contratos de swap que habían quedado extinguidos antes del ejercicio de la acción judicial. En cuanto al fondo, alega que por su parte cumplió fiel y puntualmente con todas las obligaciones de información legalmente establecidas, entregando a la parte actora toda la documentación informativa requerida por la normativa vigente; que no asumió labores de asesoramiento; que la parte actora era perfectamente consciente del producto que contrataba, habiendo obtenido ganancias superiores a las usuales durante los años que las tuvo suscritas; y que las participaciones preferentes han sido un producto admitido por el legislador español desde 2003, que ofreció a sus titulares una rentabilidad muy superior a la de otras inversiones desde 2001.

**SEGUNDO.-** En primer lugar, por haberse planteado en la contestación a la demanda de forma preliminar, a modo de excepción que impediría el válido ejercicio de la acción de anulabilidad, procede tratar de los efectos que puede producir en tal sentido el canje obligatorio de participaciones por acciones que alega la demandada.

El planteamiento debe ser rechazado, acogiendo el criterio que mantiene con claridad la sec. 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia, y que expone en sus sentencias de 30 de diciembre de 2013 y 23 de enero de 2014, afirmando en la segunda lo siguiente:

*"El último motivo de recurso de apelación invoca la novación extintiva del negocio jurídico de adquisición de participaciones preferentes al haberse aceptado la oferta de recompra y adquisición de acciones de marzo de 2012 y por ende haber operado una resolución del contrato por mutuo acuerdo, resultando, por consiguiente, inviable la acción de nulidad instada, citando diversas sentencias de esta Sala, por quedar con tal conducta sanado tácitamente el error en su caso en el contrato de las participaciones preferentes.*

*El argumento de la parte apelante no puede ser estimado. Es obvio y evidente que no fue la demandante quien pidió el "canje" de participaciones preferentes por acciones, pues la propia recurrente es quien afirma haberse visto obligada a tal operación*

por las reformas en la regulación bancaria (página 15 del recurso) y por ende al dirigirse expresamente a una clase específica y determinada de clientes del Banco (los titulares de participaciones preferentes) nos encontramos como ya hemos resuelto en la sentencia de 30/12/2013 (Rollo 658/2013) ante una "recomendación personalizada" conforme al artículo 56 la Directiva 2006/73 interpretada por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 30/5/2013 (asunto C-604/2011) al decir, "se entenderá que una recomendación es personalizada si se dirige a una persona en su calidad de inversor o posible inversor y si se presenta como conveniente para esa persona o se basa en una consideración de sus circunstancias personales", concurriendo al caso todos esos requisitos. Con independencia de que en el documento aportado no se menciona a las "participaciones preferentes", la operación se ejecuta en una unidad de acto, pues en el mismo momento y documento se efectúa la recompra de las preferentes (aunque no se dice) y la suscripción de las acciones.

... Por ello no se trata de dos operaciones de inversión autónomas e independientes entre sí, sino que por política comercial de la actora (prescindiendo de sus motivaciones y causas), es un mismo negocio y el producto tenido se convierte en otro diferente, luego la causa de oferta de la compra de acciones, reside en la tenencia de las preferentes y si la adquisición de estas es nula, no concurre causa en la adquisición de las acciones, tal como ha aleccionado el Tribunal Supremo en las sentencias de 22/12/2009 y 17/6/2010 y acarrea igual efecto de nulidad".

Sentencia que también da respuesta al último argumento de la demandada, por el que sostiene que la propia sección 9ª de la Audiencia ha defendido la inviabilidad de la acción de nulidad en supuestos semejantes:

"Las citas de la parte apelante a sentencias de esta Sala tampoco son pertinentes. Los supuestos citados en esas diversas sentencias, enjuician productos financieros completamente diferentes al examinado ahora (permutas financieras suscritas por sociedades mercantiles) y en el presente caso, no es que el contrato de adquisición de participaciones preferentes se haya extinguido por su efectivo cumplimiento o vencimiento o que haya sido resuelto de mutuo acuerdo, sino que el mismo, a causa de la labor de la entidad bancaria, dada la recomendación dirigida al cliente, se transforma en acciones de Bankia, luego la nulidad de la adquisición del producto objeto de cambio arrastra a la nulidad del nuevo adquirido, excluyendo la aplicación del artículo 1311 del Código Civil, pues no se demuestra que tal negocio (acciones) fuese suscrito con pleno conocimiento del significado de las preferentes y además la entidad demandada conocía por el resultado del test no solo su inconveniencia sino su falta de entendimiento por la demandante".

Procede, por tanto, rechazar la excepción planteada.

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

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

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

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

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

tras realizar la descripción de las participaciones preferentes transcrita, puntualiza:

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

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

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

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

*"Debe tenerse en cuenta que el artículo 79 de la Ley de Mercado de Valores, en su redacción primitiva, establecía como regla cardinal del comportamiento de las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente, la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses del cliente como propios. El Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, concretó, aún más, la diligencia y transparencia exigidas, desarrollando, en su anexo, un código de conducta presidida por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que aquí interesa, adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (art. 4 del Anexo 1), como frente al cliente (art. 5) proporcionándole toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquél de la decisión de inversión "haciendo hincapié en los riesgos que toda operación conlleva" (art. 5.3). Dicho Real Decreto fue derogado por la Ley 47/2007 de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley del*

*Mercado de Valores, que introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2004/39 CE, sobre Mercados de Instrumentos Financieros, conocida por sus siglas en inglés como MIFID (Markets in Financial Instruments Directive). La citada norma continuó con el desarrollo normativo de protección del cliente introduciendo la distinción entre clientes profesionales y minoristas, a los fines de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros (art. 78 bis); reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el art. 79 bis regulando exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, entre otros extremos, sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece a los fines de que el cliente pueda "tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa" debiendo incluir la información las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias, no sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencias financiera y aquellos objetivos (art. 79, bis núm. 3, 4 y 7)".*

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

*"En relación con la carga de la prueba del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, y sobre todo en el caso de productos de inversión complejos, ha de citarse la STS Sala 1ª, de 14 de noviembre de 2005 en la que se afirma que la diligencia en el asesoramiento no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes, y, en segundo lugar, la carga probatoria acerca de tal extremo debe pesar sobre el profesional financiero, lo cual por otra parte es lógico por cuanto desde la perspectiva de los clientes se trataría de un hecho negativo como es la ausencia de dicha información. Por tanto, el eje básico de los contratos, cualesquiera que sean sus partes, es el consentimiento de las mismas sobre su esencia, que no debe ser prestado, para surtir eficacia, de forma errónea, con violencia, intimidación o dolo, y esta voluntad de consentimiento para ser válida y eficaz exige por su propia naturaleza que los contratantes tengan plena conciencia y conocimiento claro y exacto de aquello sobre lo que prestan su aceptación y de las consecuencias que ello supone. Esta igualdad esencial que respecto de las partes debe presidir la formación del contrato,*

ha de desplegar su eficacia en las diferentes fases del mismo. En la fase precontractual debe procurarse al contratante por la propia entidad una información lo suficientemente clara y precisa para que aquel entienda el producto o servicio que pudiera llegar a contratar y si se encuentra dentro de sus necesidades y de las ventajas que espera obtener al reclamar un servicio o al aceptar un producto que se le ofrece. En la fase contractual basta como ejemplo la existencia de la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de Contratación, en cuyo artículo 8 se mencionan expresamente las exigencias de claridad, sencillez, buena fe y justo equilibrio de las prestaciones en el contrato suscrito entre las partes, que por la propia naturaleza del contrato van a ser fijadas por el Banco en este caso. Posteriormente, ya firmado el contrato, se exige igualmente arbitrar unos mecanismos de protección y reclamación que sean claros y eficaces en su utilización y que vayan destinados a la parte que pudiera verse perjudicada por la firma del contrato, en defensa de los posibles daños a sus intereses”.

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

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

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

b) Tal nota compleja determina que el legislador haya impuesto una carga informativa y explicativa, enunciada como norma de conducta, por parte de la entidad comercializadora del producto tendentes a la protección de los inversores en las que se exige una determinada actuación informativa a desplegar por la entidad financiera en cuestión, con carácter previo y con un contenido o características señaladas por el propio legislador. Así la Ley de Mercado de Valores 24/1998 de 28 de julio, modificada por la Ley 47/2007 de diciembre de 2007 que traspone, entre otras, la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, (no íntegramente) en el ordenamiento español, tras proclamar el deber de transparencia y diligencia de esas entidades, su artículo 79 bis, enunciado como deber de información, exige a la entidad financiera un actuar con claridad, imparcialidad y no engañoso y por tanto la información

que ha de practicarse como señala el art. 79 bis-2, ha de implicar que el cliente pueda, en palabras del legislador, "tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa" (art. 79 bis-3), es decir, que el cliente ha de conocer y comprender el alcance y contenido de la operación, el riesgo que asume y sólo cuando conoce tales aspectos decidir si acepta o no la operación. Ese deber informativo se ha reforzado, desarrollado y especificado aun más, manifestando así su trascendencia práctica, sobre todo a clientes minoristas, con el Real Decreto 217/2008 de 15 febrero, (aplicable al caso dada la época de concertación contractual) que exige como norma general la suficiencia de la información (artículo 60), la antelación suficiente en su práctica (artículo 62) salvo excepciones que no son al caso; y expresamente tratándose de productos financieros, "una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros" (artículo 64). En la descripción se deberá incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas. Es más si la información contiene datos sobre resultados futuros, el artículo 60.5 impone que "se basará en supuestos razonables respaldados por datos objetivos".

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

Por ende, esa obligación informativa legalmente dispuesta y transcrita cobra una especial relevancia dada la complejidad contractual para que el cliente sepa el negocio que va a suscribir, para que comprenda y conozca realmente el alcance y contenido de la operación, el riesgo que asume y sólo cuando

*conoce tales aspectos decidir si acepta o no la operación. La carga justificativa de tal prestación corresponde a la entidad que comercializa tales productos y la omisión del deber informativo consecuente con que el cliente no esté "con conocimiento de causa", exigido legalmente para tomar la decisión en el campo del mercado de valores, puede producir un consentimiento no informado y por tanto viciado por concurrir error, (cuya prueba corresponde a quien lo proclama) al no saber o comprender el suscriptor la causa del negocio y debe ser sancionado por mor del artículo 1265 del Código Civil con la nulidad del contrato".*

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

1.- En primer lugar, por lo que respecta al perfil de los demandantes, se estima acreditada su falta de conocimiento sobre productos y mercados financieros -expresamente reconocida por la entidad demandada en la propuesta de inversión que nos ocupa (documento 14 de la demanda)-, así como su preferencia conservadora, que no sólo está igualmente reconocida en la referida propuesta en el apartado "*perfil inversor*", sino que también resulta del tipo de productos que habían suscrito con la entidad demandada, libretas, depósitos y fondo de inversión (documento 7 de la demanda), circunstancias en la cual la entidad bancaria debe extremar el cumplimiento de sus obligaciones de información sobre los riesgos que el cliente puede asumir.

2.- Sentado lo anterior, ni la mencionada propuesta de inversión ni la orden de suscripción (documento 15) contienen datos suficientes que permitan al cliente identificar las características del producto y sus riesgos, puesto que básicamente reseñan su denominación, el importe de la inversión y su carácter perpetuo. Por otra parte, la demandada aporta una serie de documentos que no queda acreditado fueran entregados a los actores puesto que no cuentan con su firma, tales como las condiciones generales de la operación (documento 4) o el anexo al contrato de depósito/administración de valores (documento 5). Y en cuanto a los que sí aparecen firmados, el documento de información de las condiciones de prestación de servicios de inversión (documento 7) describe con gran extensión las normas que regulan dichos servicios, pero no hace alusión alguna a las participaciones preferentes; el tríptico informativo sobre la emisión de participaciones preferentes (documento 11) tiene una complejidad inadecuada para unos clientes de este perfil; y en cuanto al documento que se suscribe en la misma fecha de la orden de compra (documento 8), en él se habla del riesgo elevado del

producto y, en particular, de la posibilidad de incurrir en pérdidas en el nominal y de la falta de garantía de negociación rápida y fluida en el mercado, pero ello no puede considerarse prueba suficiente de haber transmitido una información completa y comprensible a los demandantes, si se tiene en cuenta el grado de conocimiento ya referido de los mismos sobre el mercado financiero y su experiencia limitada a productos de inversión.

3.- Esta insuficiencia a efectos informativos queda también corroborada mediante el informe pericial presentado por la parte actora, ratificado en el acto del juicio por su autor, el economista D. Pedro Alonso, el cual establece dos importantes conclusiones al respecto: la primera, que *"no existe constancia de la entrega de información sobre el producto contratado con antelación suficiente, no siendo válida su entrega en el mismo momento de la compra, dada la complejidad del producto"*; la segunda, que *"aun en caso de que se informara de la calidad crediticia en el momento de la suscripción, debió informarse de la significativa rebaja de rating que tuvo lugar antes de la emisión, ya que se trataba de una información esencial y confería al cliente el derecho de revocación del mandato. En ausencia de dicha información, el cliente adquirió unos títulos considerados como <bono basura> sin ser consciente de ello"*.

**CUARTO.-** Las anteriores consideraciones sirven de base para la estimación de la acción de anulación del contrato por vicio del consentimiento.

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

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

*civil, pero lo viene exigiendo la jurisprudencia como un elemental postulado de buena fe(...)"*.

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

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

Por consiguiente, la demandada habrá de restituir la cantidad de 56.000 euros más los intereses legales desde la fecha de suscripción, quedando como titular de los valores, y los actores devolverán los importes que hayan recibido en concepto de rendimientos de las participaciones preferentes -cuya determinación se realizará en ejecución de sentencia-, aplicando también a los mismos el interés legal desde las respectivas fechas de percepción.

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

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

### **FALLO**

Estimando la demanda interpuesta por D [REDACTED] contra BANKIA, S.A.:

1.- Declaro la nulidad, por vicio de error en el consentimiento prestado por los demandantes, de la compra de participaciones preferentes Caja Madrid 2009 Serie II, efectuada el 25 de mayo de 2009 por importe de cincuenta y seis mil euros (56.000 €).

2.- Condeno a BANKIA, S.A. a restituir a los demandantes la suma de cincuenta y seis mil euros (56.000 €), más el interés legal desde que la fecha de suscripción del producto, quedando como titular de los valores; debiendo los actores restituir a BANKIA, S.A. los importes que hayan recibido en concepto de rendimientos de las participaciones preferentes, más el interés legal del dinero desde cada una de las fechas de ingreso de dichos rendimientos.

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

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

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

Expídase testimonio de la presente resolución por el Sr. Secretario, el cual se unirá a los autos de su razón, llevando su original al libro de sentencias de este Juzgado.

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