NOTIFICACION 15/ 1/ 2015

JUICIO ORDINARIO N° 1.189/13
JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N°23 DE VALENCIA.

S E N T E N C I A núm. 6/15

En la Ciudad de Valencia, a trece de enero de dos mil quince.

VISTOS por la Ilma. Sra. [REDACTED], Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número veintitrés de los de Valencia, los autos de juicio ordinario seguidos bajo el número 1.189/13, a instancia de [REDACTED], representados por la Procuradora [REDACTED] y asistidos de la Letrado D^a AMPARO BARRACHINA COSCOLLÁ, contra la mercantil **BANKIA S.A.**, representada por la Procuradora [REDACTED] y asistida del Letrado [REDACTED]; ejercitando acción de nulidad contractual y subsidiaria de resolución contractual y acumulada de reclamación de cantidad.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: En 10 de septiembre de 2013 por el Juzgado Decano se turnó a este Juzgado demanda de juicio ordinario instada en 6 de septiembre por [REDACTED] Asensi contra la

mercantil Bankia S.A., en la que tras alegar los hechos y fundamentos que estimaron más oportunos, suplicaba se dictara sentencia por la que se declarara la nulidad de pleno derecho (subsidiariamente, la anulabilidad) de la orden de compra y posterior canje por acciones de las participaciones preferentes BEF Serie B KYG0727Q1156 por importe de 24.000 euros, con restitución de prestaciones; subsidiariamente, se declarara el incumplimiento por la demandada de sus obligaciones contractuales de diligencia, lealtad e información en la venta de los instrumentos objeto de la demanda y se declarara la resolución del contrato, con devolución de la suma invertida; y subsidiariamente, se declarara que la demandada había sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones y se le condenara a indemnizar a los demandantes en la cifra antes señalada, en concepto de daños y perjuicios. Admitida a trámite la demanda por decreto de 2 de octubre, una vez acreditada la representación procesal de la parte actora y subsanado el defecto de falta de aportación de la tasa, se ordenó el emplazamiento de la demandada por el término legal.

SEGUNDO: En 8 de noviembre de 2013, dentro del plazo señalado, la demandada presentó escrito contestando la demanda en el sentido de oponerse a la misma y solicitar su desestimación, invocando además la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario por no haber llamado al proceso a la entidad emisora de las preferentes, esto es Bancaja Eurocapital Finance S.A.. Mediante diligencia de 12 de noviembre se tuvo por contestada la demanda, convocando a las partes a la celebración de la Audiencia Previa para el 14 de mayo de 2014.

TERCERO: En la Audiencia Previa las partes se ratificaron en sus pedimentos, renunciando Bankia a la excepción de falta de litisconsorcio pasivo planteada. No existiendo acuerdo, se recibió el pleito a prueba, articulándose la documental y testifical. Admitida, se señaló para la celebración del juicio el 13 de enero de 2015.

CUARTO: En el acto del juicio y con carácter previo la parte demandada

manifestó que no había localizado a los testigos de cuya comparecencia había quedado encargada. Tras renunciarse a dicha prueba, quedaron los autos para sentencia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO:Se ejercita por [REDACTED] y contra la mercantil Bankia S.A., como acción principal, la declaración de nulidad radical (o subsidiariamente, de anulabilidad), por falta de consentimiento, de la orden de compra de participaciones preferentes BEF Serie B, código ISIN, KYG0727Q1156 por importe de 24.000 euros efectuada en fecha no determinada de 2008; subsidiariamente, se postula la resolución de dicho contrato por incumplimiento por la demandada de sus obligaciones de lealtad, información y diligencia para con su cliente; y finalmente, se insta la declaración de que la demandada ha sido negligente en el cumplimiento de esas obligaciones. Acciones a las que suman la petición de condena de la demandada a la restitución de la suma entregada por los demandantes en su día, con más los intereses legales y descontados los rendimientos percibidos por los actores como consecuencia de la titularidad de las participaciones preferentes y la nulidad del canje de participaciones por acciones, quedando éstas bajo la titularidad de Bankia.

Demanda ante la cual la mercantil Bankia S.A. se opone, invocando la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario por no haber llamado a juicio a la entidad emisora –excepción de la que desiste en el acto de la Audiencia Previa- y destacando, en cuanto al fondo, que la acción de anulabilidad está caducada y que además quedó extinguida y confirmada al haberse acudido al canje de participaciones por acciones, negando finalmente tanto la ausencia de consentimiento como la

conurrencia de vicio en su formación.

SEGUNDO: Analizando la naturaleza y normativa de las participaciones preferentes, señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 5ª, de 23 de julio de 2013, que *“Las participaciones preferentes se encuentran reguladas en la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros. En el artículo 7 de dicha Ley 13/1985 se establece que las participaciones preferentes constituyen recursos propios de las entidades de crédito. Las participaciones preferentes cumplen una función financiera de la entidad y computan como recursos propios, por lo que el dinero que se invierte en participaciones preferentes no constituye un pasivo en el balance de la entidad. El valor nominal de la participación preferente no es una deuda del emisor, por lo que el titular de la misma no tiene derecho de crédito frente a la entidad, no pudiendo exigir el pago. La consecuencia de ello es que el riesgo del titular de la participación preferente es semejante, aunque no igual, al del titular de una acción. En la Disposición Adicional Segunda de esta ley se regulan los requisitos para la computabilidad de las participaciones preferentes como recursos propios. Esta Disposición Adicional Segunda fue redactada por el apartado diez del artículo primero de la Ley 6/2011, de 11 de abril, por la que se transpone a nuestro Derecho la Directiva 2009/111/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por la que se modificó la Ley 13/1985, la Ley 24/1988, de 28 de julio del Mercado de Valores y el R.D. Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, sobre adaptación del derecho vigente en materia de entidades de crédito al de las Comunidades Europeas.*

La Directiva 2009/111/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009 no califica la participación preferente como instrumento de deuda, sino como instrumento de capital híbrido al que se ha de aplicar el mismo tratamiento contable y financiero que reciben los recursos propios de la entidad de crédito emisora, de ahí que una primera aproximación a esta figura nos lleva a definirla como un producto financiero que presenta altos niveles de riesgo y complejidad en su estructura y

condiciones, como así se reconoce en la exposición de motivos del RDL 24/2012 de reestructuración y resolución de entidades de crédito (BOE de 31 de agosto de 2.012).

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

En la meritada Disposición se desarrollan los requisitos de emisión de las participaciones preferentes y se señala como características de las mismas que no otorgan a sus titulares derechos políticos, salvo supuestos excepcionales, y que no otorgan derechos de suscripción preferente respecto de futuras nuevas emisiones. Otra característica de las participaciones preferentes es que tienen carácter perpetuo, aunque el emisor puede acordar la amortización anticipada a partir del quinto año desde su fecha de desembolso, previa autorización del Banco de España, que sólo la concederá si no se ve afectada la situación financiera, ni la solvencia de la entidad de crédito, o de su grupo o subgrupo consolidable. También se establece que el Banco de España puede condicionar su autorización a que la entidad sustituya las participaciones preferentes amortizadas por elementos de capital computables de igual o superior calidad. Otra característica de las participaciones preferentes es que cotizan en los mercados secundarios organizados y que, en los supuestos de liquidación o disolución, u otros que den lugar a la aplicación de las prioridades contempladas en el Código de Comercio, de la entidad de crédito emisora o de la dominante, las participaciones preferentes darán derecho a obtener exclusivamente el reembolso de su valor nominal junto con la remuneración devengada y no satisfecha, que no hubiera sido objeto de cancelación, situándose, a efectos del orden de prelación de créditos, inmediatamente detrás de todos los acreedores, subordinados o no, de la entidad de crédito emisora o de la dominante del grupo o subgrupo consolidable de entidades de crédito y delante de los accionistas ordinarios y, en su caso, de los cuotaparticipes.

Se ha indicado anteriormente que en la Disposición Adicional Segunda de la Ley 13/1985 se establecen las características principales de las participaciones preferentes. No se atribuye al titular de las mismas un derecho a la restitución de su valor nominal, por lo que es un valor perpetuo y sin vencimiento, indicándose expresamente en la letra b) de la Disposición Adicional Segunda que en los supuestos de emisiones realizadas por una sociedad filial de las previstas en la letra a), los recursos obtenidos deberán estar invertidos en su totalidad, descontando gastos de emisión y gestión, y de forma permanente en la entidad de crédito dominante de la filial emisora, de manera que queden directamente afectos a los riesgos y situación financiera de dicha entidad de crédito dominante y de la de su grupo o subgrupo consolidable al que pertenece, de acuerdo con lo que se indica en las letras siguientes.

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

TERCERO:Ante la reclamación formulada opone la demandada como primero de los argumentos que obstan a un pronunciamiento de fondo, la excepción de caducidad de la acción de nulidad ejercitada, señalando quepretendiéndose la nulidad de un contrato de compra por concurrencia de vicio en el consentimiento, el plazo que rige para el ejercicio de tal acción es el de cuatro años, por lo que si la adquisición data del año 2008, la presentación de la demanda de juicio ordinario en RUE en 6 de septiembre de 2013 fue realizada fuera del término establecido en el art.1.301 Código Civil.

Pues bien, dando respuesta a esta cuestión, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 9ª, de 23 de junio de 2014, señala: “Este tribunal ya se ha pronunciado respecto de la caducidad de la acción de anulabilidad del contrato, en el caso de suscripción de

participaciones preferentes y obligaciones subordinadas, considerando que la fecha a tener en cuenta a los efectos del cómputo del plazo del artículo 1301 del Código Civil no es la de la adquisición de los productos como se pretende por la parte apelante. Así, indicábamos en sentencia de 11 de julio de 2011 (Pte. Sra. Martorell) lo siguiente: "La norma aplicada por el magistrado "a quo" ha sido interpretada por la Sala Primera del Tribunal Supremo. Señala la Sentencia de 6 de septiembre de 2006 (Tol 1.014.544) que la ambigüedad terminológica del artículo 1301 CC al referirse a la "acción de nulidad", ha sido precisada doctrinal y jurisprudencialmente en el sentido de distinguir lo que son supuestos de nulidad radical o absoluta y lo que constituyen supuestos de nulidad relativa o anulabilidad; resultando asimismo de la expresada Sentencia que el plazo fijado en el precepto para el ejercicio de la acción de nulidad es aplicable a las ejercitadas para solicitar la declaración de nulidad de los contratos y, por extensión, de los demás negocios jurídicos que "adolezcan de algunos de los vicios que los invalidan con arreglo a la Ley", siempre que en ellos, según se desprende del artículo 1300 CC, al cual se remite implícitamente el artículo 1301 CC, "concurran los requisitos que expresa el artículo 1261", es decir, consentimiento, objeto y causa, sin los cuales "no hay contrato". Cuando no concurren los requisitos establecidos en el artículo 1261 CC se está en presencia de un supuesto de nulidad absoluta o de pleno Derecho, equivalente a la inexistencia, cuya característica radica en la imposibilidad de producir efecto jurídico alguno, en la retroacción al momento del nacimiento del acto de los efectos de la declaración de nulidad y en la inexistencia de plazo alguno de caducidad o prescripción para el ejercicio de la acción correspondiente. Por su parte, en la Sentencia de 21 de enero de 2000 se declara que "...resulta inaplicable el artículo 1301 ... ya que el plazo de los cuatro años procede respecto a los contratos en los que concurren los requisitos del artículo 1261, y las relaciones afectadas de nulidad absoluta, como la que nos ocupa, al resultar inexistentes en derecho, no pueden convalidarse con el transcurso del tiempo, al ser imprescriptible la acción de nulidad" (Y en los mismos términos las Sentencias de 22 de noviembre de 1983, 25 de julio de 1991, 31 de octubre de 1992, 08 de marzo de 1994, 27 de febrero de 1997 y 20 de octubre de

1999). .../... *Habiendo sido expresamente controvertido en la alzada el dies "a quo" para el cómputo del plazo prevenido en el artículo 1301 del C. Civil para los casos de anulabilidad por error, dolo, o falsedad de la causa, en relación con la argumentación de la resolución disentida, conviene señalar que la Sentencia del 11 de junio de 2003 (Tol 276.114) declara que: "Dispone el art. 1301 del Código Civil que en los casos de error, o dolo, o falsedad de la causa, el plazo de cuatro años , empezará a correr, desde la consumación del contrato, norma a la que ha de estarse de acuerdo con el art. 1969 del citado Código. En orden a cuando se produce la consumación del contrato, dice la sentencia de 11 de julio de 1984 que "es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad del contrato de compraventa, con más precisión por anulabilidad, pretendida por intimidación, dolo o error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones (sentencias, entre otras, de 24 de junio de 1897 y 20 de febrero de 1928), y la sentencia de 27 de marzo de 1989 precisa que "el art. 1301 del Código Civil señala que en los casos de error o dolo la acción de nulidad del contrato empezará a correr "desde la consumación del contrato". Este momento de la "consumación" no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar, como acertadamente entendieron ambas sentencias de instancia, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes", criterio que se manifiesta igualmente en la sentencia de 5 de mayo de 1983 cuando dice, "en el supuesto de entender que no obstante la entrega de la cosa por los vendedores el contrato de 8 de junio de 1955, al aplazarse en parte el pago del precio, no se había consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó...". Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó que "el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo", y la sentencia de 20 de febrero de 1928 dijo que "la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el*

plazo durante el cual se concertó". Tal doctrina jurisprudencial ha de entenderse en el sentido, no que la acción nazca a partir del momento de la consumación del contrato, sino que la misma podrá ejercitarse hasta que no transcurra el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato que establece el art. 1301 del Código Civil."

La suscripción de obligaciones subordinadas son contratos de inversión que, conforme a lo expuesto, no se consuman en el momento de la orden de compra, pues tales inversiones tienen efectos en el futuro al venir obligada la entidad demandada a cumplir su obligación de abono de los rendimientos convenidos (hasta el 04/07/2022). En el presente caso el dies a quo del cómputo del plazo para la caducidad de la acción debe quedar fijado a la fecha en que se produjo el canje de las obligaciones subordinadas que, según documentos obrantes al folio 224 y siguientes de autos, fue el 15 de marzo de 2012, debiendo por ello desestimarse este primer motivo del recurso de apelación al haberse interpuesto la demanda dentro del plazo de los cuatro años a que se refiere el artículo 1301 del Código Civil (20/05/13)".

En consecuencia, siendo así que el canje tuvo lugar en 12 de marzo de 2012 (vide folio 46), vista la fecha de presentación de la demanda -6 de septiembre de 2013-, debe rechazarse la excepción de caducidad articulada, al no apreciarse el lapso temporal de inactividad exigido por la Ley.

CUARTO: Manifiesta además la representación de la demandada que el contrato de compra quedó novado con el canje de participaciones por acciones y que dicha actuación llevada a cabo por [REDACTED] implica una suerte de confirmación del contrato que tildan de nulo, por lo que la acción de nulidad ha de considerarse extinta, conforme al art.1313 Código Civil. Mas tampoco este argumento puede ser compartido.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 9ª, de 4 de marzo de 2014, analizando esta cuestión, indica: *"Se alega, asimismo, imposibilidad de análisis de la cuestión por novación extintiva derivada del canje de participaciones preferentes por acciones de BANKIA,*

cuestión sobre la que esta Sala, en sentencia ya citada de 30-12-13 expresó que:

“... analizar es la nulidad de la operación negocial del canje de las obligaciones subordinadas por las acciones de Bankia operada en 23 de Marzo de 2012 que la sentencia anula por falta de causa conforme al artículo 1275 del Código Civil, por ser nulo el contrato de adquisición de subordinadas cuyos efectos arrastran al de adquisición de acciones o en su caso de implicar una novación por ser la novada nula conforme al artículo 1208 del Código Civil, explicitando el Juzgador en el Fundamento de Derecho ... las razones por las que tal decisión es congruente, argumento no atacado en el recurso de apelación que sobre tal negocio invoca la prestación de información y pleno conocimiento por parte del suscriptor y la resolución voluntaria o novación extintiva del contrato de subordinadas.

Este Tribunal analizado el documento .. de la demanda, reconocido por ambos litigantes, establece los siguientes datos de gran relevancia en la solución, así: a) Se trata de una oferta a iniciativa de Bankia para determinados y específicos de sus clientes, los titulares de preferentes y subordinadas; b) Les ofrece sustituir tales valores por acciones de la propia Bankia; c) Les expone las ventajas de tal operación, pues se dice va a pasar de un producto sin vencimiento o con vencimiento alargado a otro que cotiza en bolsa y con liquidez inmediata; d) Fija Bankia una fecha tope para realizar tal operación, "antes del 23/3/2012" y la oferta se realiza el mismo mes; e) Explicita el riesgo de no aceptar tal oferta "le recordamos que la situación actual de los mercados puede suponer que, en el caso de que usted decidiese venderlas en el futuro en el mercado secundario, obtuviera un precio inferior a su valor nominal y no estaría garantizada una negociación rápida".

Dados tales puntos, este Tribunal entiende que nos encontramos ante una "recomendación personalizada" que la entidad bancaria dirige a una clase concreta y muy específica de sus clientes, 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. Después, la operación inversora ofertada se ejecuta en una unidad de acto, pues en el mismo momento y documento se efectúa la recompra de las subordinadas y la suscripción de las acciones. Es decir, no es el cliente del banco ... quien de motu proprio interesa el cambio de su producto por acciones de Bankia sino que fue la entidad actora la que recomienda a este concreto cliente que convierta de forma simultánea sus obligaciones subordinadas en acciones de Bankia por las mejoras que va a lograr.

Por ello coincidimos con el Juez que 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, estando claramente vinculados las subordinadas a las acciones; si bien el producto tenido se convierte en otro diferente, la causa de ofertar la compra de acciones reside en la tenencia de las subordinadas y si la adquisición de estas es nula, no concurre causa en la adquisición de las acciones, tal como ha fundamentado la sentencia recurrida con la cita jurisprudencial del Tribunal Supremo de 22/12/2009 y 17/6/2010 que damos por reproducida en aras a inútiles repeticiones.

A diferencia de los supuestos citados por el apelante sobre diversas sentencias de esta Sala enjuiciando productos completamente diferentes al examinado ahora (permutas financieras suscritas por sociedades mercantiles), en el presente caso, estamos ante el mismo marco de negocio de inversión y no es que el contrato de adquisición de subordinadas se haya extinguido por su efectivo cumplimiento o vencimiento o que haya sido resuelto a instancia del inversor, 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 subordinadas.

Tal argumentación resulta plenamente aplicable al supuesto que nos ocupa, aunque, en este, se trate de adquisición de preferentes, por lo que el

motivo debe, asimismo decaer”.”

Por tanto, debe rechazarse el segundo de los argumentos obstativos planteados por la demandada.

QUINTO:Entrando así en el fondo del asunto, en la medida en que por los demandantes no se ha cuestionado la autoría y realidad de la compra, debe descartarse, ya de principio, la concurrencia de la nulidad radical que invoca la parte actora, puesto que no nos encontramos ante un supuesto de ausencia de consentimiento o mera apariencia formal de un contrato inexistente sino que estamos, en su caso, ante un contrato que ha nacido porque el asentimiento de una de las partes se ha prestado como consecuencia de un conocimiento inexacto de la realidad de aquel, esto es, ante un consentimiento existente pero viciado, lo que nos ubica dentro del régimen de anulabilidad de los contratos.

Determinada de este modo la cuestión, resulta significativo el contenido de la sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 20 de enero de 2014 en la que se abordan cuestiones como el alcance de los deberes de información y asesoramiento en los casos de concertación de productos financieros, así como el error vicio que de ello pudiere derivarse. Dicha resolución afirma: *“Ordinariamente existe una desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional. La complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros. Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, esta necesidad de protección se acentúa porque las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto.*

Para entender bien el alcance de la normativa específica, denominada

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

En el caso que nos ocupa nos encontramos con que de la documentación aportada a los autos se desprende:

- **1)** Que en fecha no determinada del año 2008 los actores compraron 40 participaciones preferentes BEF serie B por importe de 24.000 euros.
- **2)** Que a dicha fecha D. [REDACTED] tenía 73 años y [REDACTED], 67 años.
- **3)** Que los ingresos que percibían dimanaban de la pensión de [REDACTED] por importe –en el año 2012- de 10.886'40 euros anuales.
- **4)** Que, excepción hecha del producto litigioso, sus ahorros los tenían depositados en láminas a plazo fijo.

Y resulta además que, pese a que a la fecha de la compra - 2008- ya había entrado en vigor la modificación de la Ley 24/1988 de 28 de julio, de Mercado de Valores operada por Ley 47/2007 de 19 de diciembre, que exige la realización previa del denominado test de conveniencia cuyo resultado positivo permite la adquisición del producto,

no consta que dicho examen les fuera practicado a los demandantes, puesto que éstos lo niegan y la demandada no ha aportado soporte documental alguno justificativo de tal extremo.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 19^a, de 24 de marzo de 2014, destaca el fundamental deber de información a que está obligada la entidad crediticia frente al cliente, *“especialmente si es minorista y si carece de la necesaria formación financiera, debiendo destacar que estamos en presencia de un producto de extrema complejidad por lo que no bastan unas reuniones previas explicando lo que la inversión es, al tiempo que a nadie se le oculta la imposibilidad de transmitir con certeza a cualquier cliente el fin último de la participación preferente que no es otra que la inserción de los fondos del cliente dentro de la sociedad emisora o comercializadora para someterse a los riesgos por los que haya de discurrir la propia entidad crediticia y sin posibilidad cierta de enajenar las participaciones preferentes, que tan sólo conceden un alto interés, ciertamente, pero a cambio de una inversión perpetua, en beneficio de la entidad crediticia y en detrimento del propio cliente inversor.*

Si se examina atentamente la disposición adicional segunda de la ley 13/1985, el 25 mayo, se podrá comprobar los condicionamientos que las participaciones preferentes tienen y el carácter incierto de su fin en época de crisis, especialmente para inversores minoristas o conservadores.

Invertir en participaciones preferentes comporta la posibilidad de perder el total importe invertido e incluso los intereses que se hubiesen podido pactar y que se pagarán cuando ciertamente la entidad crediticia pueda hacerlos frente y supere, en su caso, los controles del Banco de España, y sometiéndose al resultado de la propia gestión de la compañía emisora o comercializadora (entidad de crédito) sin tener intervención alguna en su gestión ni en la gestión de la voluntad de la propia sociedad, pues las participaciones sociales no confieren de modo específico derechos eficaces y ciertos especialmente en lo relativo a la recuperación de la inversión y al abono de los intereses; a diferencia de lo que ocurre con las acciones o las participaciones sociales de las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada, insertadas en el texto refundido de la ley de sociedades de capital”.

La complejidad del producto impone que sea la entidad de crédito la que justifique que ha dado fiel cumplimiento a su deber de informar. Y desde luego en este aspecto, la prueba practicada ha sido insuficiente: no solo se han presentado los test que debieron realizarse ni la documentación que con carácter previo se debió entregar a los actores para que valoraran la conveniencia de la compra sino que además tales circunstancias tampoco han podido ser aclaradas con el recurso a la prueba testifical, al no haber traído la demandada los empleados que intervinieron o de alguna forma negociaron la compra de las participaciones. Atendiendo al perfil de los actores –pequeños ahorradores, sin conocimientos financieros y que viven de la pensión de jubilación- es claro el esfuerzo de información que la demandada habría tenido que realizar para explicar las características de este producto financiero, toda vez que tratándose de personas ajenas al ámbito económico/financiero y sin conocimientos especializados, difícilmente podían llegar a comprender más allá del hecho de que se trataba de un producto de alta rentabilidad y de liquidez inmediata. Y como recuerda la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1^a, de 27 de febrero de 2014 *“esta conclusión no ha sido desvirtuada por la entidad demandada, quien venía obligada a demostrar la suficiencia cualitativa y cuantitativa de la información suministrada, por lo que cualquier incertidumbre sobre los hechos relativos a la misma solo a ella puede perjudicar. La obligación de informar corresponde a la entidad financiera de servicios de inversión, y por lo tanto, a ella compete acreditar los hechos que impidan o enerven la pretensión que contra ella se ejercita. Así la prueba del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros debe pesar sobre el profesional financiero, respecto del cuál la diligencia exigible 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, lo cual por otra parte es lógico por cuanto desde la perspectiva de éstos últimos se trataría de probar un hecho negativo como es la ausencia de dicha información”*.

Por todo lo expuesto, si a la falta de conocimientos suficientes por parte de los adquirentes se une la falta de acreditación del

cumplimiento de la obligación de información reforzada a cargo de la entidad demandada, en su doble sentido de suministro de información no veraz y omisión de características relevantes, es obvio que los actores no pudieron formar adecuadamente su voluntad contractual al carecer de elementos sensibles e imprescindibles para poder conocer el alcance de esa compra que les era ofrecida, sin que tal defecto les sea reprochable pues se limitaron a adquirir y firmar el producto que les ofertaba el empleado de la sucursal de la que eran clientes desde hacía muchos años. Error que no solo configura una mera situación intelectual, sino que reúne los requisitos legalmente exigidos para estimar viciado el consentimiento prestado en tal situación, toda vez que, precisamente por la información errónea e insuficiente recibida, compraron lo que pensaban era un producto seguro, de elevada rentabilidad y liquidez inmediata a voluntad, pero que en realidad era un instrumento financiero altamente volátil y de carácter perpetuo. En estas condiciones, se debe llegar a la conclusión de que los demandantes se vieron abocados a un error provocado por la demandada en relación a la naturaleza de lo que suscribían y los riesgos que entrañaba la operación. Y ese error les llevó a contratar aquello que no querían y que excedía ampliamente el riesgo que estaban dispuestos a asumir, lo que nos sitúa en la figura del error excusable.

Afirmación que determina la estimación de la acción subsidiaria ejercitada en la demanda, declarándose la nulidad de la orden de compra de las Participaciones Preferentes BEF Serie B, código ISIN KYG0727Q1156, efectuada en fecha no determinada de 2008, lo que producirá como efecto, conforme al art. 1303 Código Civil, la obligación de la demandada de restituir a la parte actora la cantidad invertida, esto es 24.000 euros, con más los intereses legales desde la fechas de entrega del capital y la obligación de la parte actora de reintegrar a la demandada la totalidad de las sumas por ésta abonadas en concepto de rendimientos, con más los intereses legales de cada uno de ellos desde la fecha en que fueron abonados por la entidad demandada: operaciones que serán cuantificadas en fase de ejecución de sentencia.

SEXTO: Finalmente, la nulidad de la orden de compra llevará consigo la nulidad del canje de participaciones preferentes por acciones de Bankia, llevado a cabo en 12 de marzo de 2012, con la consiguiente obligación de la parte demandante de restituir esas acciones y la obligación de Bankia de asumir su titularidad.

SÉPTIMO: La estimación de la demanda determina que, de conformidad con el principio objetivo del vencimiento del art.394 LEC2000, se impongan a la demandada las costas del procedimiento.

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

F A L L O

Que ESTIMANDO la demanda deducida por [REDACTED], representados por la Procuradora [REDACTED], contra la mercantil **BANKIA S.A.**, representada por la Procuradora [REDACTED] DEBO DECLARAR Y DECLARO LA NULIDAD, por concurrencia de vicio en el consentimiento, de la orden de compra de cuarenta Participaciones Preferentes BEF S/B, código ISINKYG0727Q1156, efectuada en el año 2008 y DEBO CONDENAR Y CONDENO a BANKIA S.A. a restituir a la parte actora la cantidad invertida, esto es VEINTICUATRO MIL EUROS (24.000 euros) con más los intereses legales desde la fecha de entrega del capital, minorándose dicha suma con el importe de las cantidades abonadas por Bankia en concepto de rendimientos, con más los intereses legales de cada uno de ellos desde la fecha en que fueron abonados por la entidad demandada: operaciones que serán cuantificadas en fase de ejecución de sentencia, DECLARÁNDOSE la nulidad del canje de participaciones preferentes por acciones de Bankia S.A. ejecutado en 12 de marzo de 2012, quedando las acciones objeto del canje en poder y bajo

la titularidad de la demandada. Se imponen a la demandada las costas del procedimiento.

Contra esta sentencia, que no es firme, cabe recurso de apelación para ante la Audiencia Provincial, que deberá interponerse ante este Juzgado en el plazo de veinte días contados desde el siguiente a la notificación de esta sentencia, debiendo exponerse las alegaciones en las que se base la impugnación, además de citarse la resolución apelada y los pronunciamientos que se impugnan (art.458.1 y 2 LEC2000). Y con sujeción además a lo dispuesto en la Disposición Adicional 15ª LOPJ en orden a la necesidad de efectuar depósito para recurrir.

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