

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 4 VALENCIA

Avenida DEL SALER (CIUDAD DE LA JUSTICIA), 14º - 2º
TELÉFONO: 96-192-90-13

N.I.G.: 46250-42-2-2013-0039073

Procedimiento: Asunto Civil /2013

SENTENCIA Nº 136/2014

VALENCIA , a tres de junio de dos mil catorce

VISTOS por la Ilma. Sra. D^a BEATRIZ DE LA RUBIA COMOS. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número CUATRO de los de esta Capital, los presentes autos de Juicio Ordinario número 1141.13 sobre acción de nulidad/anulabilidad contractual por error en el consentimiento v alternativamente indemnización de daños y perjuicios, promovidos por
y
representados por el/la Procurador/a D. Miguel Angel Hernández Sanchis y asistida del/la letrado D^a. M^a Dolores Arlandis Almenar contra
representado/a por el/la Procurador/a D^a y asistido/a del letrado D. .

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- El/La Procurador/a D. Miguel Ángel Hernández Sanchis en representación de
presenta demanda de juicio ordinario contra **BANKIA S.A** en cuyo **suplico** interesa:

“A.- Concarácter principal se declare la nulidad o en su caso anulabilidad, por alguna de la siguientes causas:

-Error en el consentimiento de mis representadas en la suscripción de las órdenes de comprar/contratos de Participaciones Preferentes Serie A y B y Obligaciones Subordinadas E.08 así como el posterior canje de los productos por acciones de la entidad.

-Por vulneración de normas imperativas por Cajas de Ahorros de Valencia, Castellón y Alicante, BANCAJA, ahora BANKIA

-por dolo omisivo

Todo ello con las consecuencias legales inherentes a dicha declaración y condenando a la entidad demandada al pago de intereses legales desde la fecha de la inversión así como los correspondientes desde la fecha de la interposición de esta demanda.

B).- Subsidiariamente, en supuesto de no estimarse el anterior postulado:

Declare que por la entidad demandada, BANKIA, S.A. Ha incumplido dolosamente, o cuanto menos, culposamente, las obligaciones de información, diligencia y transparencia en su relación con mis mandantes; y, en consecuencia,

Condene a la entidad demandada, al resarcimiento a mis mandantes, en concepto de daños y perjuicios, del importe de 268,000 euros, con sus intereses legales correspondientes.

Todo ello, y en cualquier caso, con imposición de las costas procesales causadas en el presente procedimiento a la entidad demandada."

Y la funda esencialmente en los siguientes **hechos**:

-que las demandantes son madre e hija teniendo la primera, en la fechas de firmas de los productos, la edad de 74 y 75 años años sólo posee graduado escolar, y la segunda trabaja como enfermera en un centro de salud, carecen las dos de formación específica y conocimientos particulares en materia de inversión. Las dos son consumidoras y minoristas

-que eran clientas de Bancaja desde hacía más de 30 años, indicando que en el año 2002 de manera unilateral por la entidad pasaron a ser clientas de la urbana nº Bancaja, Banca Personal sita en la C/ de Valencia, asignándoles desde el año 2202 un gestor personal y teniendo con el personal de esa oficina un alto grado de confianza

-que llevada de esa confianza a Dª se le informa en el año 2006 del vencimiento de unos depósitos ofreciéndole su gestor personal, D. la posibilidad de depositar sus ahorros en un depósito que le reportaría buenos intereses, firmando el 8 de septiembre de 2006 lo que creía un plazo fijo, pero que eran Participaciones Preferentes Serie A por importe de 9.600€. A partir de entonces, incumpliendo la normativa existente, se le colocan más Participaciones por importe de 1200€ el 13 de junio de 2008, Serie B por importe de 60.000€ el 24 de julio de 2008 y 37.200€ el 19 de enero de 2009

-que con la misma confianza y por el hecho de tener ya el producto su hija se colocaban a Dª Participaciones Preferentes Serie B por importe de 34.200€, el 8 de julio de 2008 Obligaciones Subordinadas Serie E.08 por importe de 78.000€ y el 24 de noviembre de 2008 Obligaciones Subordinadas por importe de 3000€

-que igualmente el 19 de enero de 2009 suscribe orden de compra de Participaciones Preferentes Serie A por 4.800€ y el 27 de enero de 2009 se le colocaban Obligaciones Subordinadas por importe de 40.000€ aunque no se le entregó orden de compra no constándole haberla firmado

-que no se les realizaba test alguno estando ya en vigor la normativa MIFID ni tampoco en la primera contratación se les realizaba un perfil de riesgo para conocer si eran o no productos adecuados a sus objetivos de inversión

-que la entidad demandada no advirtió a las actoras de los riesgos que suponían la compra de estos productos sin que le diera información alguna de su comportamiento en los mercados y sus riesgos

A estos hechos añade las consideraciones jurídicas sobre los productos adquiridos, el perfil de inversor de las actoras y la normativa que considera de aplicación sobre el error en el consentimiento prestado por falta de la debida información y por ello la infracción de la normativa sobre protección del consumidor, condiciones generales de contratación, y la ley

del Mercado de Valores

Admitida a trámite la demanda compareció BANKIA contestando a la demanda excepcionando indebida acumulación de acciones, falta de litisconsorcio pasivo necesario, y defecto legal en el modo de proponer la demanda, confirmación de la validez del negocio por la aceptación de la oferta de recompra, reconocía la realidad de las contrataciones de los productos en las fechas indicadas y alegaba sobre el fondo del asunto, en esencia:

-que la demandante Sra _____ decidió libre y voluntariamente adquirir los productos para obtener altos intereses, prueba de lo cual era la suscripción sucesiva de los mismos, procediéndose posteriormente al canje voluntario el 3 de abril de 2012

-que las Participaciones Preferentes son valores negociables, instrumentos financieros de carácter híbrido, siendo un instrumento legal, que no puede considerarse como “complejo” o de “riesgo elevado” tratándose de valores negociables que se adquieren en propiedad y que por otra parte son transmisibles en un mercado secundario oficial Mercado AIAF

-el cumplimiento por parte de Bancaja de la normativa vigente aplicable al tiempo de la contratación, habiendo sido informadas con entrega de toda la documentación de las características esenciales del producto adquirido por lo que prestó su consentimiento informado, indicando que Bancaja no asumió labores de asesoramiento

-la inexistencia de vicio del consentimiento dada la información suministrada con extractos, documentación fiscal que admitía haber recibido refiriendo además los altos intereses percibidos

-que Bancaja no asesoraba al demandante sino que se limitaba a ejecutar órdenes, actuando como mera intermediaria no existiendo ni asesoramiento financiero ni recomendación personalizada de inversión

A lo anterior añadía la doctrina de los actos propios del demandante la veracidad de los extractos remitidos por los bancos y la doctrina del consentimiento tácito, los efectos validatorios de la firma en los documentos, la falta de diligencia no excusable, las normas sobre comisión mercantil, inexistencia de error o vicio en el consentimiento y la inexistencia de dolo por Bancaja.

Mediante auto de 29 de noviembre de 2013 se aceptaba la intervención en el proceso de BANCO FINANCIERO Y DE AHORRO SA y BANCAJA EUROCAPITAL FINANCE SAU

SEGUNDO.- Señalado día para la audiencia previa el 5 de Febrero de 2014 se celebró compareciendo las partes, quienes se ratificaron en sus escritos, si bien la demandada desistía de las excepciones de falta del debido litisconsorcio y defecto de la demanda, rechazándose por el tribunal la indebida acumulación de acciones ante lo que se formulaba protesta. Tras fijar hechos controvertidos solicitaron el recibimiento del pleito a prueba y propusieron prueba.

Como **medios de prueba** propusieron:

Por la parte actora: documental y testifical de D _____, de Dª _____
que se consideraba innecesaria y pericial de Dª Nuria Mª García Pascual

Por la parte demandada: documental y testifical del empleado BC031642

El 14 de mayo se celebraba el acto de juicio, con el resultado que consta en el soporte de grabación y que, en aras a la brevedad se da aquí por reproducido.

TERCERO.-En la sustanciación de los presentes autos se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Cuestiones Generales

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 concluyendo que se trata de un valor complejo según el siguiente razonamiento: *"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 cuotaparticipes (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.

Esto mismo se indica en otra muchas resoluciones como la S. de la Audiencia Provincial de Córdoba, sec. 1ª, de 30 de enero de 2013, que cita a su vez a la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 16 de febrero de 2.012 y se reitera ya por la AP de esta capital como **SAP VALENCIA de 20 de febrero de dos mil catorce, ROLLO NÚM. 000864/20132**: *“No compartimos las afirmaciones que se contienen en el recurso de apelación en orden a la naturaleza de las participaciones preferentes. En la Sentencia citada de 2 de diciembre de 2013 decíamos: “Las participaciones preferentes están expresamente mencionadas en el apartado h) del artículo 2-1 de la Ley de Mercado de Valores (en redacción dada por la Ley 47/2007) como producto comprendido en la aplicación de dicho texto legal, pero con perfecto encuadre en el mismo artículo en su precedente redacción y de hecho no es objeto de discusión tal aplicación. La Comisión Nacional de Mercado de Valores describe a las Participaciones Preferentes como valores emitidos por una sociedad que no confieren participación en su capital ni derecho a voto, con vocación de perpetuidad y cuya rentabilidad no está garantizada. Además, advierte, son un instrumento complejo y de riesgo elevado, que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido; es decir, que son un producto de inversión al que se asocia un riesgo elevado de pérdidas. / El carácter de producto complejo (exige ciertos conocimientos técnicos para su comprensión) y de alto riesgo como se ha expuesto, afecto a la normativa del mercado de valores, obliga a la entidad de servicio de inversión que las promociona, oferta o comercializa a prestar una detallada información.”; la propia normativa habla ya de instrumentos de capital híbridos, que quedan directamente afectos a los riesgos y situación financiera de la entidad de crédito dominante y de la de su grupo o subgrupo consolidable y también es conocida ya la calificación de este producto por la Comisión Nacional del Mercado de Valores que ha indicado que se trata de valores emitidos por una sociedad que no confieren participación en su capital ni derecho a voto, tiene carácter perpetuo y su rentabilidad no está garantizada siendo un instrumento complejo y de riesgo elevado*

Las obligaciones subordinadas se emiten conforme a la LMV 24/1988 de 28 de julio y al RD Legislativo 1564/1989 de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto Refundido de la

Ley de sociedades de Capital. Además están sujetas a la Ley 13/1985 de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros y a la Ley 13/1992 de 1 de julio de recursos Propios y Supervisión en Base consolidada de las Entidades Financieras. Constituyen un producto compuesto por un valor mobiliario que representa una parte proporcional de un empréstito en el que la sociedad emisora se compromete a retribuir a los tenedores de los valores con un interés fijo o variable y a devolver el capital en la fecha establecida para el vencimiento, debiendo emitirse por un mínimo de cinco años aunque algunas de ellas también son perpetuas. Son “híbridos financieros” pues suponen una financiación empresarial a medio camino de las acciones y los bonos. Comparten con las participaciones preferentes que son instrumentos de deuda y se diferencia entre otros aspectos en que en caso de insolvencia de la entidad emisora su posición en la relación de créditos es distinta, tras los acreedores con privilegio y los comunes tiene prioridad éstas frente a las preferentes. La misma normativa actual reconoce también esta naturaleza de híbridos financieros, así la Ley 9/2012 de 14 de noviembre cataloga como tales a las participaciones preferentes y a la deuda subordinada.

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 sin que pueda obviarse tampoco el claro conflicto de intereses entre la entidad que comercializa productos propios para su propio saneamiento financiero y el cliente al que se le ofrece el producto en cuestión ignorando además la verdadera situación de la empresa a la que queda vinculado. Así, la sentencia de la Audiencia de Pontevedra de 4 de abril de 2013 indicada 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"

A lo anteriormente indicado no obstan los razonamientos realizados por la demandada sobre el tipo de producto en cuestión y la posibilidad de ofrecerse al público en general pues en

todo caso se requiere que el destinatario esté debidamente informado y no puede aceptarse desde luego el razonamiento que realiza la entidad para justificar que la oferta de canje y lo ocurrido con las participaciones se debía un cambio normativo ajeno a la voluntad de la demandada pues aun siendo cierto el cambio normativo en cuestión el cese en la emisión del producto estuvo basado en los propios y exclusivos intereses de la entidad pues al dejar de ser válidas para cubrir activos de riesgo perdió el interés en su emisión.

Tiene reiterado también la jurisprudencia que aunque la prueba del error compete a la parte que lo alega pues se presume la validez del consentimiento prestado, en materia de contratación bancaria se invierte la carga de la prueba, así tiene indicado la **SAP Valencia de 12 de julio de 2012** *“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”*.

Es preciso también indicar que según la información facilitada por la demandada las operaciones de adquisición de participaciones preferentes y obligaciones subordinadas se realizaban por primera vez en el año 2006 para Dª (la primera adquisición se produce el 8/9/2006 de Participaciones por importe de 9.600€ documento 6 de la demanda) en fecha anterior a la aplicación del marco normativo de la Ley 47/2007 de 19 de diciembre, por la que se modificaba la Ley 24/1988 del Mercado de Valores, que introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2004/39 CE, sobre

Mercados de Instrumentos Financieros, conocida como normativa MIFID, (Markets in Financial Instruments Directive), norma que recogió con un mayor rigor la exigencia de información al 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) pero pese a ello también tiene manifestado la jurisprudencia con reiteración que esto no supone que la demandada no tuviera obligación de informar al cliente, pues este deber además de resultar del principio de buena fe contractual estaba expresamente recogido en el artículo 79 de la LMV en su redacción anterior a 20.12.2007 que imponía también a las entidades de crédito y personas que actúen en el mercado de valores el deber de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y el RD 629/1993 de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios. Las restantes adquisiciones tanto de esta demandante como de su madre se realizan ya a partir del año 2008 por tanto ya siendo de aplicación la indicada normativa MIFID, lo que exigía la realización de un test de conveniencia (a salvo que no se trate de producto complejo) cuando se tratara de comercialización de estos productos, ello aun en los supuestos de “sólo ejecución” cuando el servicio se presta a iniciativa de la entidad; y un test de idoneidad si se trataba de una recomendación personalizada tal y como resulta claramente explicado en el informe de la CNMV “Guía De Actuación Para El Análisis De La Conveniencia Y La Idoneidad” de 17/6/2010 acompañado como anexo II al informe pericial (doc. 19 de la demanda)

SEGUNDO.- Sobre los hechos acreditados

No existe controversia sobre la realidad de las siguientes adquisiciones:

Por parte de D^a Participaciones Preferentes Serie A en fechas 6/9/2006 por importe de 9.600€, 13/6/2008 por 1.200€ y 19/1/2009 por importe de 37.200€ y Participaciones Preferentes Serie B el 24/7/2008 por importe de 60.000€.

Por parte de D^a Participaciones Preferentes Serie B el 4/7/2008 por importe de 34.200€, Obligaciones Subordinadas BANCAJA E.O8 en fechas 8/7/2008 por 78.000€, 24/11/2008 por importe de 3000€ y 27/1/2009 por 40.000€ así como Participaciones Preferentes Serie A el 19/1/2009 por importe de 4.800€

Así se recoge en el informe pericial, y resulta de las órdenes de compra acompañadas como documentos 6 a 9, 12, 13, 14 y 17 de la demanda y de lo reconocido en la contestación, siendo el total invertido en estos productos por parte de D^a 108.000€ y por parte de D^a 160.000€.

Consta también que los productos fueron canjeados por acciones de BAnkia firmando la oferta de recompra y suscripción el 16 de marzo de 2012 según se indica en la demanda, se justifica en el documento 29, y se reconoce también en la contestación.

No se discutía tampoco la condición de minorista de las actoras. Sí se indicaba que pese a tal calificación podían tener conocimientos suficientes para comprender el alcance de la operación que realizaban, indicando que se le dio información verbal y escrita suficiente sobre las características de los productos, que estuvo cobrando rendimientos y recibiendo información fiscal por lo que debía conocer el producto, considerando confirmadas las operaciones por su reiteración en el tiempo sin queja alguna y negando que existiera recomendación personalizada o asesoramiento, sino que se actuaba en ejecución a iniciativa de las clientas.

Por ello es preciso indicar que con la prueba practicada en el acto de juicio resultó acreditado :

1º-que las actoras eran clientes de Bancaja habiendo depositado allí sus ahorros, estando al menos desde el año 2004 en lo que la demandada denominó "Banca Personal" o "Fidenzis" según consta en la misma orden de compra de ese año en el que se indica "Fidenzis Sorolla" servicio éste que pretendía un trato personalizado a determinados clientes con los que la entidad pretendía una mayor vinculación e incluso una gestión de su patrimonio, aun cuando no existiera formalmente un contrato documentado. Así se desprende con claridad de la testifical de D , empleado de la entidad que indicaba que desde el 2004 las tuvo como clientas en Banca Privada, refiriendo que se trataba de un servicio para clientes de renta alta, que se ofrecía como un trato personalizado, se constituían gerentes a los que se les asignaba una cartera de clientes que gestionaban, estando personalmente vinculados para ver lo que les pudiera convenir. Esta declaración permite concluir que no actuaba Bankia en estos dos casos como mera comercializadora ni actuaba en ejecución de orden de cliente a iniciativa de éstas, sino en un marco más amplio, en el marco de una verdadera labor de asesoramiento y gestión en la inversión de los ahorros del demandante.

2º-que las dos demandantes además de minoristas, lo que era expresamente aceptado por BANKIA, carecían de conocimientos financieros, Dª fue telefonista en el Ayuntamiento de Valencia hasta su jubilación y Dª , enfermera de profesión, no teniendo más conocimientos ambas que las de la actividad bancaria básica. La Sra posee su pensión, libreta de ahorro, cuenta por +, depósitos a plazo fijo y planes de ahorro (CAVASEGUR) y su hija cuenta por +, planes de ahorro y planes de pensiones, producto éste no de la complejidad del aquí examinado. Así se indica con claridad en el informe pericial acompañado a la demanda, que fue ratificado por Dª Nuria Mª García Pascual quien el acto de juicio confirmaba que no eran productos adecuados al perfil de las actoras, quienes no tenían experiencia previa en productos complejos, añadiendo además que se invertía más de un 80% de su patrimonio en este tipo de productos

3º-que en ninguna de estas compras por parte de la entidad se les informaba de modo claro y completo de los riesgos que asumían; no se les realizaba test de conveniencia para evaluar

si comprendían realmente el producto y sus principales características ni el test de idoneidad para conocer su perfil inversor y sus objetivos de inversión, pese a que la práctica totalidad de las operaciones (a salvo una de ellas) se realizaban ya bajo el marco de la normativa MIFID. Ninguno de estos documentos se acompañaban a la contestación, sin que sea bastante la indicación del Sr [redacted] de que a partir del año 2007 se efectuaban pues lo cierto es que no se aportan. La ausencia de este test no puede excusarse en modo alguno respecto de la Sra [redacted] pues todas las operaciones se realizan ya en el año 2008, con una edad de 74 años por lo que el Sr [redacted] debió asegurarse de que era un producto conveniente, que lo entendía y aceptaba sus riesgos, no siendo suficiente su declaración verbal de que le ofrecía varios productos y optaba por este por que le daba mejores rendimientos pues, amén de que no consta, lo que resulta claro era que no eran inversoras de riesgo dispuestas a perder capital con tal de obtener mejores rendimientos según se desprende de la pericial ya comentada que analiza su perfil inversor. Y respecto a D^a [redacted] pese a hacerse la primera operación en el año 2006 no puede considerarse que esta sola compra permita deducir que conocía ya el producto para excusar evaluar su conveniencia e idoneidad al menos en la operación inmediatamente posterior. Y declaraba además el testigo que él no consideraba estos productos como complejos, sino simples, lo que implica que difícilmente pudiera transmitirlos como tales a sus clientas siendo que la naturaleza de estos ya no es cuestionable, y que él consideraba que estos productos eran los mejores para ellas y que se lo transmitía así de modo que aun cuando indicara también que advertía del riesgo de quiebra de la entidad amén de que sólo consta su manifestación verbal en este sentido lo que es claro es que no se transmitía el riesgo como real y que se contrataba por recomendación personalizada del que era su gestos y persona de su confianza

4º.-que las órdenes de compra suscritas a partir de 2008 se acompañan de un ANEXO en el que por toda información de riesgos se indica “riesgo de mercado, riesgo de crédito y riesgo de liquidez” sin explicación alguna añadiendo en un texto impreso “el ordenante ha recibido una ficha que contiene una descripción completa de las características y riesgos del producto y también información sobre gastos y costes asociados” pero no se acompaña el folleto entregado debidamente firmado para saber qué información exactamente se transmitía amén de que difícilmente puede aceptarse conocieran la verdadera complejidad del producto cuando el empleado de la entidad no lo transmitía como tal

5º.-que ante la situación de Bankia tras recibir la carta con la oferta de canje se acogieron a la oferta de suscripción por ser la única de las posibles realmente entonces para recuperar algo de lo invertido.

TERCERO.-Consecuencias jurídicas

La consideración y el análisis de la anulabilidad de lo actuado por falta de consentimiento exige considerar en primer lugar la posible caducidad de la acción, aunque en este caso no se

indica expresamente, pero examinable de oficio, y ello al amparo de lo dispuesto en el artículo 1301 del Código Civil. Este precepto determina como fecha de inicio del cómputo "desde la consumación del contrato" debiendo considerarse que el mero transcurso del tiempo de duración de la relación contractual en cuanto pueda implicar ratificación de lo actuado requiere tener certeza de que el particular conoció las verdaderas características del producto pues el artículo 1311 del Cc expresamente establece que se entenderá la confirmación tácita "cuando conocimiento de la causa de nulidad y habiendo ésta cesado, el que tuviese derecho a invocarla ejercitase un ato que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo". Así se concluye en la SAP Valencia, sec. 9ª, S 11-7-2011, nº 298/2011, rec. 280/2011. Pte: Martorell Zulueta, Purificación: "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 EDL1889/1 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".

En este caso concreto nada hay documentado que permita entender que conocieron la naturaleza del producto y sus riesgos en un momento anterior a la fecha de suscripción del canje, momento en que a juicio de este tribunal en este caso concreto determinaría el inicio del cómputo del plazo de caducidad de modo que estando presentada la demanda el 3 de septiembre de 2013 no han transcurrido 4 años para considerar sanado el vicio en cuestión. Y pese al transcurso del tiempo y la recepción de extractos bancarios e información fiscal, tampoco sirve para considerar confirmadas las operaciones pues ello requiere que se actúe con pleno conocimiento de las verdaderas características del producto y no consta que las demandantes, sin conocimientos financieros con esta documentación pudieran llegar a advertir tales riesgos, máxime cuando el propio empleado no los transmitía realmente.

La falta de información suficiente, impidió a las actoras valorar convenientemente su decisión sobre la conveniencia de contratar el producto (en el 80% de su patrimonio según el informe pericial), pese a su riesgo con tal de obtener mejores rendimientos, o bien optar por un producto más seguro ausente de riesgos. Y esta falta de información adecuada permite considerar que contrataron con error excusable, basadas en la gestión llevada por el que era persona de su confianza, quien desconocía la verdadera naturaleza del propio producto que ofrecía, siendo reiterada la jurisprudencia ya al indicar que la ausencia de los test preceptivos

según la normativa MIFID permiten presumir que se prestaba el consentimiento viciado de error. Ello supone estimar no la acción de nulidad por inexistencia de consentimiento, pues lo cierto es que las órdenes se firmaban, salvo una de ellas pese lo cual se aceptaban rendimientos, lo que implica que ratificaban la operación pero si la de anulabilidad que se proponía alternativamente, y ello en aplicación del artículo 1265 del Cc *“Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia intimidación o dolo”* y del artículo 1266 del mismo texto legal *“Para que el error invalide el consentimiento deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuera objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo”*

CUARTO.- Sobre el canje

Se argumentaba también que la actuación de las actoras aceptando el canje suponía confirmar también las operaciones celebrados. Pero este negocio se realizaba ya con intención de evitar los perjuicios de los anteriores, siendo la única opción real que se les transmitía, siendo claro que sin esta situación de presión ante la pérdida de los ahorros no se hubiera realizado, amén de que no puede aceptarse la validez del negocio posterior que trae causa de uno primero nulo, conforme razona la **STS DE 17 DE JUNIO DE 2010**: *En consecuencia, resulta acertada la afirmación de la sentencia recurrida en el sentido de que el anexo posterior era consecuencia del primero y los efectos de la nulidad de éste deben extenderse a aquél, pues, desaparecida la causa del primer contrato en virtud de la nulidad declarada, desaparecen los presupuestos sobre los que se funda la causa del contrato vinculado a él por efecto de aquella declaración de nulidad.*

*No se advierte que exista infracción de la jurisprudencia que acepta la nulidad parcial de aquellos contratos en los cuales sólo algún pacto resulte contrario a la ley siempre que conste además que se habría concertado aun sin la parte nula, el cual se refleja en el artículo 10 LCGC (según el principio *utile per inutile non vitiatur* (lo útil no es viciado por lo inútil)). En efecto, de los hechos que la sentencia recurrida declara probados se desprende que el segundo contrato concertado tenía una vinculación causal plena con el primero declarado nulo y no se habría concertado en el caso de que el primero no hubiera producido efectos en virtud de la nulidad que posteriormente se declaró. El principio aplicable sería, en consecuencia, *simul stabunt, simul cadent* (juntos caerán quienes juntos estén)”*

QUINTO.-La nulidad de la compra de participaciones preferentes y su posterior canje lleva consigo la restitución de los títulos, con la condena de BANKIA en cuanto sucesora de BANCAJA a devolver el dinero invertido en su adquisición, con los intereses legales desde que Bankia dispuso del dinero, pero deduciendo lo cobrado por los intereses derivados de esta operación, en aplicación del artículo 1303 del C.c que impone que deban restituirse recíprocamente las cosas del contrato con sus intereses, con la consiguiente retroacción ex tunc para que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al contrato que se anula. Y ello pese a los razonamientos realizados en la demanda, pues las

resoluciones jurisprudenciales argumentan “Ahora bien, y entrando con ello en el último de los motivos del recurso de apelación, la consecuencia que de la declaración de anulabilidad resulta no puede ser, como se establece en la sentencia de la instancia, la mera restitución de la cantidad correspondiente al importe de las suscripciones de las preferentes y subordinadas, pues establece el artículo 1.303 del Código Civil que declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos y el precio de los intereses; por tanto, ambas partes contratantes deben restituirse recíprocamente las prestaciones que han recibido, de modo que la cantidad a devolver por Bankia a la Sra. Marisol -45.015'15 €- deberá ser reducida en aquélla que resulte de sumar el total importe de los rendimientos obtenidos por las preferentes y subordinadas desde las fechas de sus respectivas adquisiciones (13/02/2001; 23/01/2006; 31/07/2008 y 05/10/2011) hasta la fecha del canje (20/03/2012). La cantidad así resultante, devengará los intereses legales (art. 1.108 C.C) desde la fecha de la interposición de la demanda hasta la fecha de la presente resolución, desde la que dichos intereses se incrementarán en dos puntos (art. 576 LEC).SAP, Civil sección 9 del 19 de febrero de 2014 (ROJ: SAP V 546/2014)

Sentencia: 57/2014 | Recurso: 749/2013| Ponente: MARIA ANTONIA GAITON REDONDO

Si bien este tribunal considera que las cantidades dispuestas devengarán intereses legales desde las fechas de su inversión en estos productos, descontando del total los rendimientos percibidos, y la cantidad final adeudada devengará intereses desde la interpelación judicial conforme al artículo 1108 del CC, si perjuicio de la posterior aplicación del artículo 576 de la LEC, pues ciertamente el banco dispuso del dinero de sus clientes quienes, al devolver los rendimientos deben, al menos, cobrar los intereses legales de las sumas que se pusieron a disposición del banco.

SEXTO.- No siendo íntegra la estimación de la demanda, pues de lo reclamado han de descontarse los intereses cobrados, no procede imponer costas procesales, conforme al artículo 394 de la L.E.C.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación

FALLO

Que **ESTIMANDO** como estimo parcialmente la demanda interpuesta por la representación procesal de

contra **BANKIA S.A.**, debo realizar los siguientes pronunciamientos:

“1.-Se declara la nulidad por vicio de error en el consentimiento prestado por **Dª**

de las órdenes de comprar/contratos de Participaciones Preferentes Serie A y B y Obligaciones Subordinadas E.08 así como el posterior canje de los productos por acciones de la entidad.

2-Se condena a la demandada **BANKIA** a devolver a las actoras la cantidad de **DOSCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL EUROS (268,000 euros)**, según lo invertido por cada una de ellas, con sus intereses desde las fechas de compras de los títulos, descontando

los intereses cobrados desde su adquisición según lo precisado en el fundamento jurídico quinto, a determinar en ejecución de sentencia

3- Se restituyen los títulos a BANKIA

3- Todo ello, sin condena en costas a la demandada.

Notifíquese la presente a las partes haciéndoles saber que la misma no es firme, al ser susceptible de ser recurrida en apelación. Tal recurso, del que conocerá la Audiencia Provincial, habrá de ser interpuesto ante este Juzgado dentro del plazo de los veinte días siguientes al de la notificación de la presente resolución, previa consignación de 50 € en la cuenta 4442 0000 02 1141 13

Expídase **testimoniode** la presente resolución por el Sr. Secretario, el cual se unirá a los autos en los que se dictó, llevando su original al libro de sentencias (conforme lo establecido en el artículo 265 de la L.O.P.J.).

Así por esta mi sentencia, Juzgando en primera instancia, que pronuncio, mando y firmo.