Administración de Justicia

COPIA

ILUSTRE COLEGIO PROCURADORES DE MADRID
RECEPCIÓN 25 MAR 2013
Artículo 151.2 L.E.C. 1/2000
NOTIFICACIÓN 26 MAR 2013
DELEGACIÓN LEGANÉS

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA
E INSTRUCCION
Nº CINCO DE LEGANES

JUICIO ORDINARIO Nº 618/12

**SENTENCIA**

En Leganés, a veintiuno de marzo de dos mil trece.

Vistos por el DOÑA BEGOÑA GARCIA MUÑOZ, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia num. 5 de Leganés, los presentes autos de Juicio Ordinario **Nº 618/12**, seguidos ante este Juzgado por DON , representado por la Procuradora DOÑA , bajo la dirección Letrada de DOÑA , contra la entidad BANKIA SA, representada por el Procurador DON y bajo la dirección Letrada de DOÑA , se dicta la presente sentencia en virtud de los siguientes

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.**-Que con fecha de 7 de noviembre de 2012, se presentó por la Procuradora DOÑA , en la representación que ostenta, demanda de juicio ordinario ante la oficina de reparto del Juzgado Decano de esta ciudad, que por turno correspondió a este Juzgado, contra BANKIA SA, sobre reclamación de cantidad y demás pedimentos y tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando se dictase sentencia por la que se declarase lo siguiente: a)Se declare el incumplimiento de la entidad bancaria de las obligaciones de deposito y administración de valores, así como de las obligaciones de diligencia, lealtad e información en la venta de participaciones preferentes; b)Se declare error en el consentimiento de DON en la contratación y adquisición de participaciones preferentes por absoluto desconocimiento de las características y riesgos del producto vendido; c)Se declare la nulidad o anulabilidad del contrato de adquisición de participaciones preferentes(renta fija y administración de valores) así como todos las operaciones derivadas del mismo por vicio en el consentimiento; d)Se condene a la entidad demandada a restituir a DON el capital invertido en su totalidad, 120.000 euros en concepto de participaciones preferentes, mas el interés devengado hasta la fecha de la

Madrid

restitución integra; e)Con expresa imposición de costas a la demandada.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda por Decreto de 9.11.12, se acordó emplazar a la parte demandada para que, en el término de veinte días, se personase y la contestase.

**TERCERO.-** En fecha 20.12.12 se presentó por la representación procesal de BANKIA escrito de contestación y oposición a la demanda, alegando, entre otros motivos, la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario y defecto en el modo de proponer la demanda, solicitando la desestimación de la demanda con condena en costas a la actora.

**CUARTO.-** Mediante Diligencia de Ordenación de fecha 21.12.12 se tuvo por contestada la demanda, señalándose para la celebración de la audiencia previa el día 21.1.13 a las 12.30 horas. El día señalado, comparecieron las representaciones procesales y direcciones letradas de ambas partes, pronunciándose ambas partes sobre los documentos aportados de contrario, y, exhortándose a las partes para que lleguen a un acuerdo que ponga fin al litigio, y no siendo ello posible, se dio traslado a la parte actora para que alegara lo que estimara oportuno acerca de la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario planteada por la parte demandada en su escrito de contestación a la demanda, tras lo cual la juzgadora desestimo dicha excepción, pronunciándose ambas partes sobre los documentos aportados de contrario, proponiéndose por las partes los elementos probatorios que estimaron oportunos, los cuales previa declaración de pertinencia fueron admitidos, procediéndose al señalamiento del juicio, teniendo lugar la celebración del juicio el día 14.2.13, compareciendo la actora, el representante legal de la entidad demandada, así como los Procuradores y Letrados de ambas partes, practicándose las pruebas admitidas, con el resultado que obra en la grabación audiovisual del acto del juicio y que aquí se da por reproducido, concediéndose la palabra a las partes a fin de que formularan oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos, ratificándose ambas en los fundamentos jurídicos expuestos en sus escritos de demanda y contestación a la demanda, quedando con ello los autos conclusos para dictar sentencia.

**QUINTO.-** Por escrito presentado por DOÑA , el día 8 de febrero de 2013, la actora corrigió el error aritmético padecido, rectificando la cantidad reclamada a la suma de 100.000 €, cantidad que debe entenderse se reclama en el suplico de la demanda.

**SEXTO.-**Que en la tramitación del presente procedimiento se han observado todas las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-**.Se pretende por la demandante obtener la nulidad o anulabilidad del contrato de adquisición de participaciones preferentes como todas las operaciones derivadas del mismo celebrado con la demandada, basando su reclamación, en esencia, en la falta de consentimiento válidamente prestado por DON al no haber sido informado debidamente por parte de la demandada, del objeto de dicha contratación,

con la consiguiente devolución del capital invertido. Reclamando por tal concepto la cantidad de 100.000 € más los intereses legales.

A dicha pretensión se opuso la demandada, alegando en primer lugar la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario y, en segundo lugar, se opone respecto al fondo, negando la existencia de error y consiguiente nulidad, alegando el cumplimiento por parte de Caja Madrid, hoy Bankia, de la normativa vigente y aplicable al tipo de la contratación de las participaciones preferentes y en especial que la actora fue debidamente informada verbal y documentalmente de las características esenciales y necesarias del producto que adquirió para prestar su consentimiento informado a dicha contratación. Que el producto contratado en 2009 era de igual naturaleza al adquirido en 2004, esto es, participaciones preferentes. Que el actor ha dispuesto de parte de los títulos adquiridos en el año 2004 y de los suscritos por canje en el año 2009 en el mercado secundario AIAF suscribiendo las correspondientes ordenes de venta. Que dicho producto tras ocho años ha sido un producto seguro, sólido, que ha generado una notable rentabilidad al Sr. y que en modo alguno ha resultado tóxico ni complejo en el sentido expuesto en la demanda. La inexistencia de vicios en el consentimiento al tiempo de la contratación, dada la información verbal, precontractual, contractual de extractos de cuentas, tanto corriente como cuenta de valores, cupones abonados como rendimientos del producto contratado y de documentación fiscal, que ha conocido y recibido la actora, antes, durante y después de la contratación cuya nulidad postula.

**SEGUNDO**.-Centrado de éste modo los términos del debate y comenzando por análisis de la excepción procesal alegada, sobre de falta de litisconsorcio pasivo necesario y en consecuencia defecto en el modo de proponer la demanda, no podemos compartir las alegaciones que a tal efecto se realizan por la parte demandada y con ello hemos de reiterar el pronunciamiento judicial dictada al respecto en el acto de la Audiencia Previa, pues como ya dijimos en atención a la propia estructura y organismo empresarial de las citadas mercantiles, conforme al ANEXO I DEL REGLAMENTO Nº 809/2004 de la COMISION de 29 de abril de 2004, tanto CAJA MADRID (hoy BANKIA) como CAJA MADRID INTERNANTIONAL PREFERED S.A., forman parte integrante de un Grupos de Sociedades, en la que CAJA MADRID es la entidad dominante, por lo que a pesar de tratarse de dos sociedades con personalidades jurídicas distintas, ello no impide desde el punto de vista de la distinción entre sociedad dominante CAJA MADRID (hoy BANKIA) y la sociedad dominada, CAJA MADRID INTERNANTIONAL PREFERED S.A., considerar a la dominante como la verdadera titular de las relaciones jurídicas de la dominada, sobre todo cuando dichas operaciones financieras estaban garantizadas por dicha sociedad dominante.

**TERCERO**.-Entrando ahora en el análisis de la cuestión de fondo propiamente dicha y en aras a resolver tal cuestión y tomando como punto de partida que el producto objeto de compraventa son acciones preferentes, habrá que recordar que la Comisión Nacional del Mercado de Valores ha indicado sobre este producto que "*son valores emitidos por una sociedad que no confieren participación en su capital ni derecho a voto. Tienen carácter perpetuo y su rentabilidad, generalmente de*

*carácter variable, no está garantizada. Se trata de un instrumento complejo y de riesgo elevado que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido.... Las PPR no cotizan en Bolsa. Se negocian en un mercado organizado...No obstante, su liquidez es limitada, por lo que no siempre es fácil deshacer la inversión..."* Por ello, sería aplicable a tales ventas el artículo 79 de la Ley de Mercado de Valores, que ya de inicio introdujo ciertas exigencias para la comercialización de productos con cierto riesgo como el presente, exigiendo a 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 Banco de España, las define como "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). El inversor, carece de preferencia frente a acreedores comunes y subordinados de la entidad emisora, por lo que el propietario de los títulos tiene más riesgo de perder lo invertido, amen de la imposibilidad de cobrarlos en determinadas circunstancias, tales como la insuficiencia de beneficios del emisor. En el pasado eran emitidas por filiales instrumentales radicadas en el extranjero fundamentalmente centros offshore, pero desde 2003 está regulada su emisión desde territorio español.

La oferta y contratación de este tipo de productos financieros, está sometida al marco específico de exigencias informativas precontractuales que impone la "normativa MIFID, procedente de la Directiva 2004/39, que fue incorporada al ordenamiento español por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que a este efecto modificó la Ley 24/1988, del Mercado de Valores, y es desarrollada por el RD 217/2008, de 15 de febrero, resultando aplicable a las entidades que presten servicios de inversión y oferten productos financieros cual el litigioso, sujeto al ámbito de aplicación de citada norma por Imperativo de su artículo 2.1.h ).

El referido marco normativo, es desarrollado por lo que aquí importa, en los siguientes preceptos:

*El artículo 78 LMV que establece que las empresas de servicios de inversión y las entidades de crédito que presten servicios sujetos a la citada ley deberán someterse a las normas de conducta contenidas en el Título VII y a los códigos de conducta que, en desarrollo de las normas a que se refiere el párrafo a) anterior, apruebe el Gobierno o, con habilitación expresa de éste, el Ministro de Economía a propuesta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

*El artículo 78 bis de la LMV que ordena a las empresas de servicios de inversión o que ofrezcan a sus clientes dichos servicios o productos financieros, **recabar la información necesaria para clasificar a sus clientes en dos categorías básicas: profesionales o minoristas. Según el apartado 2,**

tendrán la consideración de clientes profesionales aquellos a quienes se presuma la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de Inversión y valorar correctamente sus riesgos, y serán clientes minoristas (apartado 4) todos aquellos que no tengan adquirido ese acervo de experiencia y conocimiento. Es evidente que esta clasificación de la clientela tiene por finalidad adecuar o adaptar la concreta información precontractual que ha de ser suministrada por las empresas de servicios o productos de inversión al perfil del cliente, adaptación que sin duda requerirá un mayor despliegue informativo si éste no es profesional, habituado y con experiencia a este tipo de productos financieros.

*El artículo 79 bis de la LMV impone a estas mismas entidades la obligación de mantener informados adecuadamente y en todo momento a sus clientes. Esta información (necesaria sobre todo en la fase precontractual), incluida la publicitaria, deberá ser **"imparcial, clara y no engañosa"**. Las entidades financieras, deberán proporcionar a los clientes, "de manera comprensible", información adecuada sobre la entidad y los servicios que prestan (es decir, ofertan); sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión, los gastos y costes asociados, de modo **que les permita (a los clientes) comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión** y del tipo específico de instrumento financiero que se les ofrece, para que puedan tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa. Esta información podrá facilitarse en un formato normalizado, pero en todo caso "deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias", y (apartado 5) las entidades que presten servicios de inversión deberán asegurarse en todo momento de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes, con arreglo a lo que establecen los apartados siguientes. El apartado 7 de citado precepto profundiza aún más en la protección precontractual al cliente al disponer que la empresa de servicios de inversión deberá solicitar al cliente **"que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente"** y, en base a esa información, si la entidad considera que el producto o el servicio de inversión no es adecuado para el cliente, se lo advertirá.

El RD 217/2008 reitera y desarrolla la normativa de protección al cliente efectivo o potencial de este tipo de productos financieros, disponiendo su artículo 60, que "a los efectos de lo dispuesto en el artículo 79 bis.2 LMV, toda Información, incluidas las comunicaciones publicitarias, dirigida a clientes minoristas, incluidos los clientes potenciales, o difundida de tal manera que probablemente sea recibida por los mismos, deberá cumplir las siguientes condiciones: "ha de ser "exacta", en el sentido de que no exprese los beneficios potenciales de un servicio de inversión o de un instrumento financiero sin indicar también los riesgos pertinentes, de manera "imparcial y visible"; "suficiente y comprensible" para cualquier integrante medio del grupo al que se dirige o para sus probables destinatarios; y "no ocultará,

encubrirá o minimizará ningún aspecto, declaración o advertencia importantes".

Su artículo 73 regula el "test de conveniencia" que tiene por objeto determinar "si el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado. En este sentido, la entidad podrá asumir que sus clientes profesionales tienen la experiencia y conocimientos necesarios para comprender los riesgos inherentes a esos servicios de inversión y productos concretos, o a los tipos de servicios y operaciones para los que esté clasificado como cliente profesional". Y el 74.2 profundiza más en esta evaluación a cargo de la entidad financiera, exigiendo que la misma se extienda a "Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que esté familiarizado el cliente, la naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre Instrumentos financieros y el período durante el que se hayan realizado, el nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes, etc.

Dice la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 14ª, en Sentencia de fecha 10 de febrero de 2003, en su fundamento de derecho tercero que: «Las entidades financieras son la piedra fundamental del edificio de la economía y, por ello, el ordenamiento jurídico reviste de especial rigor el cumplimiento puntual de las obligaciones contraídas tanto por las entidades financieras como por los clientes. El legislador ha establecido un derecho de los contratos financieros, legal y reglamentario de naturaleza mixta, jurídico-privada (contabilidad, publicidad, información obligatoria y contratación) y jurídico-pública (régimen reforzado de sanciones administrativas), con una doble finalidad, garantizar la transparencia de las operaciones frente a clientes e inversores y la represión de los desequilibrios en la contratación de los productos financieros»; los principios básicos que han de inspirar la regulación relativa a la protección de los consumidores de productos financieros, a fin de conseguir su mayor eficacia, según el abogado D. José Manuel García Crespo, «Las entidades financieras ante la jurisdicción», Cuadernos de Derecho Judicial XX-2003, «Contratos Bancarios», son los siguientes: a) **Proporcionar una información de alta calidad que permita una «decisión informada»**, lo que implica que antes de adquirir el producto o servicio financiero el consumidor tenga adecuada información sobre: descripción de los servicios o del producto; beneficios que ofrece; costes; riesgos y obligaciones; implicaciones legales; cómo obtener información adicional si la necesita, tratándose, por tanto, de facilitar al consumidor una información clara, transparente y proporcionada, buscando la claridad y no la cantidad; b) **Que los consumidores tengan tiempo y oportunidad de reflexionar** mediante una información clara de sus obligaciones, mediante ofertas vinculantes y con un derecho de desistimiento, en caso de venta a distancia de determinados productos o servicio; c) Flexibilizar la regulación sobre el diseño de productos y servicios, lo que implicará la posibilidad de ofrecer al consumidor una gama más amplia de productos y servicios, d) Crear un sistema independiente, sencillo y ágil de reclamaciones; e) Establecer un marco regulatorio claro y equilibrado entre la industria y

los consumidores; **El sistema bancario español ha de garantizar a los clientes de entidades de crédito una adecuada transparencia, ofreciendo a cada cliente una información más personalizada, más allá de lo que la normativa exige, con lo que se trata de ofertar a cada cliente los productos financieros según sus necesidades y perfil de riesgo.**

Tal como se indicó en la sentencia de esta Sala de 21 de marzo de 2.011, con alusión a la SAP de Asturias de 27 de enero de 2.010, "el derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básica para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad tanto es lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar los sujetos que intervienen en él (el cliente bancario), principalmente, a través tanto de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación exigible. Examinada la normativa del mercado de valores sorprende positivamente la protección dispensada al cliente dada la complejidad de ese mercado y el propósito decidido de que se desarrolle con transparencia pero sorprende, sobre todo, el prolijo desarrollo normativo sobre el trato debido de dispensar al cliente, con especial incidencia en la fase precontractual ..... Esta especial atención por parte del legislador, estableciendo códigos y normas de conducta y actuación tienden a proteger, no únicamente al cliente consumidor, sino al cliente en general, en un empeño de dotar de claridad y transparencia a las operaciones que se realizan con las entidades financieras, y a cuyo sector concurren los consumidores, de forma masiva, tanto para la celebración de contrato mas simples, como la apertura de una cuenta, como a los mas complejos, como los productos de inversión con lo que se pretende rentabilizar los ahorros, saliendo al paso de ese modo de la cultura del "donde hay que firmar" que se había instalado en este ámbito.

Lo relevante, por tanto, es que la labor de asesoramiento de las entidades financieras sea personalizada, teniendo en cuenta y siempre, las circunstancias, personales y económicas que concurren y le son expuestas por sus clientes, de modo que suministrada al cliente toda la información necesaria, la decisión de adquirir unos u otros productos, es decir, la valoración de su adaptación a sus necesidades concretas, le corresponde exclusivamente a él y no al asesor, pues si bien es cierto, como apunta la SAP de Barcelona de 4 de diciembre de 2009 , que "no puede exigirse un resultado concreto de la obligación derivada del contrato, puesto que en todo caso quien tiene la última palabra sobre la inversión es el cliente, no lo es menos que la decisión del inversor sólo puede correr con los riesgos de la operación si el gestor le informa de todos los extremos por él conocidos, que puedan tener relevancia para el buen fin de la operación, en otras palabras, **sólo puede hacerse responsable al cliente del desafortunado resultado de la inversión si el gestor en su comisión, ha desempeñado sus obligaciones diligentemente...** y a fin de determinar la manera en que dicha información, debe hacerse llegar a sus clientes de forma adecuada, los apartados 6 y 7 del mismo precepto (art. 79 LMV) establecen la obligación por parte de la entidad, en función del tipo de prestación ofrecida, de obtener información sobre el cliente, sus conocimientos y experiencia en el ámbito de la inversión".

La sentencia de esta Sala de 21 de junio de 2.011, al referirse a la Ley del Mercado de Valores, indica que "La denominación que ha recibido esta normativa -normas de transparencia- resulta expresiva de una de sus finalidades, la de prestar una información adecuada a la clientela de las entidades de crédito, de forma que el cliente tenga o pueda tener una idea clara del contenido del contrato, en el momento de su celebración y durante su periodo de duración, puesto que la expresión "transparencia", en el ámbito contractual, se utiliza cuando de los términos expresados en la formalización de los contratos se deducen con claridad cuáles son las obligaciones que nacen para cada una de las partes que intervienen en ellos.

El derecho de información del cliente se considera, pues, como la forma más importante de la libertad contractual. Por ello tales normas intentan establecer los medios para que las condiciones contractuales, en un sector tan complejo como el de los servicios financieros, sean comprensibles para el cliente medio, es decir, presenten unas adecuadas condiciones de transparencia.

Sin embargo, la existencia de estas normas no se justifica por una exclusiva finalidad de protección de la parte contratante, con mayor déficit de información. Es necesario contextualizar este tipo de normas que disciplinan la participación de determinados agentes económicos en la posición oferente del mercado de crédito. Por lo tanto, en última instancia, constituyen una regulación profesional ordenada a sentar las bases para conseguir una mayor competencia entre las entidades, objetivo éste que aparece claramente enunciado en la propia Exposición de Motivos de la Orden de 12-XII-1989 en una sencilla frase que anuda ambos conceptos, mejor información y mayor competencia, en una relación de causa-efecto."

La SAP de Valencia Sec 9 de 30.10.2.08 alude a que la "especial complejidad del sector financiero -terminología, casuismo, constante innovación de las fórmulas jurídicas, transferencia de riesgos a los clientes adquirentes...- dotan al mismo de peculiaridades propias y distintas respecto de otros sectores, que conllevan la necesidad de dotar al consumidor de la adecuada protección tanto en la fase precontractual -mediante mecanismos de garantía de transparencia de mercado y de adecuada información al consumidor (**pues sólo un consumidor bien informado puede elegir el producto que mejor conviene a sus necesidades y efectuar una correcta contratación**)- como en la fase contractual -mediante la normativa sobre cláusulas abusivas y condiciones generales, a fin de que la relación guarde un adecuado equilibrio de prestaciones- como finalmente, en la fase postcontractual, cuando se arbitran los mecanismos de reclamación. La Ley de Mercado de Valores y el Código General de Conducta de los Mercados de Valores, en lo relativo a la información a suministrar al cliente, considera que las entidades deben ofrecer y suministrar a sus clientes toda la información relevante para la adopción por ellos de las decisiones de inversión, dedicando el tiempo y la atención adecuada para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos. Con arreglo a tal normativa, la información debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y

haciendo expreso hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo a fin de que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata".

De todo lo anteriormente expuesto hemos de concluir que la entidad financiera que intermedia o interviene profesionalmente en la adquisición por parte de un cliente de un determinado producto financiero en el mercado de valores tiene la esencial obligación de informar a dicho cliente, previamente y con el suficiente detalle, de las características de dicho producto financiero, a fin de que el cliente pueda adoptar su decisión inversora con suficiente conocimiento de causa. Y esa obligación de información debe cubrir, de forma especial, **los concretos riesgos que lleva consigo la referida inversión,** sin que el Banco pueda proceder a un cumplimiento meramente formal de esa obligación de información por la vía de realizar una somera descripción del producto en la que simplemente se resalten las rentabilidades y se difuminen los riesgos, hasta el punto de que si no se suministra una adecuada y completa información puede presumirse que el inversor no profesional no dispone de un conocimiento cabal del correspondiente producto financiero. Es decir, la falta de acreditación de que se ha suministrado una información adecuada, precisa y suficiente permite inferir que el inversor no ha podido formarse una idea precisa de los riesgos reales del producto financiero en el que se dispone a invertir, de tal manera que cuando dicho inversor alega la existencia de error en la contratación de ese producto financiero ha de ser la correspondiente entidad financiera a la que dicho inversor acudió para efectuar dicha contratación la que acredite que suministró la completa, precisa, adecuada e individualizada información, que la legislación impone, a fin de desvirtuar la existencia de ese error que el inversor alega, sin que pueda, desde luego, exigirse al cliente la prueba de un hecho negativo, cual sería la falta de información.

**CUARTO.**-Dicho lo anterior, en el supuesto de autos no se discute que en fecha 26.11.2004, el actor adquirió participaciones preferentes de "CAJA MADRID INTERNANTIONAL PREFERED S.A." por un importe total de 180.000 €; que posteriormente, el 26.05.09, fueron canjeadas por las actuales por importe de 120.000 €, extremo, que por otro lado, se reputa probado a través de la prueba documental acompaña con el escrito de demanda, así como que el actor las suscribió por indicación y a ofrecimiento del propio Banco, ya que no se niega tal ofrecimiento por la demandada al contestar a la demanda, por tanto, hemos de valorar si se ofreció al actor un producto acorde a las concretas circunstancias que presentaba el mismo como inversor y si se le dio o no una correcta información sobre los productos que adquirió.

Pues bien, el análisis de la prueba practicada permite constatar que el actor por su condición, trabajo y estudios (jubilado, empleado en la sección de control de calidad de BOCH ESPAÑA y con estudios de graduado escolar) y no constando su formación en materia financiera, cabría calificarlo de minorista por la entidad bancaria conforme a la normativa Mifid y además conservador, pues lo que invirtió en las preferentes (la liquidación percibida por su despido)eran

prácticamente todos sus ahorros, así se deduce de la testifical de DOÑA , empleada de la entidad BANKIA en la que operaba el actor y que intervino en las operaciones que ahora nos ocupan, quien preguntada si tenia conocimiento de que el dinero invertido eran todos sus ahorros, declara que "lo supone", no constando que con anterioridad a la suscripción de las participaciones preferentes hubiera invertido en productos de riesgos, la demandada alega que tenia suscrito con anterioridad un fondo de inversión, pero desconocemos las caracteristicas del mismo, pudiendo tratarse de un fondo de inversión de renta fija garantizado y, no consta tampoco que el producto se interesase directamente por DON , sino que fue la entidad demandada, a través primero de la persona del director de la sucursal bancaria, DON , quien en el año 2004, de entre todos los productos financieros de que disponía, le ofreció, el producto que más convenía a los intereses de la entidad financiera, pues no debemos olvidar que las participaciones fueron emitidas por una sociedad del grupo de CAJA MADRID y, posteriormente en el año 2009, fue DOÑA la que le ofreció canjearlas por las actuales, tal y como se evidenció a lo largo del interrogatorio testifical de ambos y del interrogatorio de DON . No siendo suficiente para dar por probado que el actor fuese un inversor experimentado y con pleno conocimiento de lo que adquiría, como pretender hacer ver la demandada, el hecho de que hubiera suscrito un contrato anterior de participaciones preferentes, o que hubiera ordenado la venta de participaciones, así como el hecho de que el actor hubiera recibido el abono trimestral del cupón o renumeración del producto durante 11 trimestres consecutivos al interés del 7 %, en tanto que estas circunstancias no implican que DON conociera la naturaleza de dicho producto, ni el alto riesgo que representaba, dado precisamente el resultado positivo que dicha operación le habia supuesto hasta entonces y la inmediata disponibilidad del dinero contribuyó a crear apariencia de validez a un contrato de depósito con liquidez inmediata, (la testigo empleada del Banco, , manifestó que muchas ordenes tardaron 15 días en hacerse efectivas) tiempo que no fue suficientemente largo dada las caracteristicas de este producto, habiendo manifestado el actor *"que el en lo que se fijaba era en los intereses que le daban 1.700 euros en 2009 y un poco menos en 2004 y el porcentaje un 4% o un 7% (...)que el no sabia que tenia preferentes"*.

Y en este caso dado su perfil invensor (cliente minorista, ostentando la condición de consumidor, merecedor por tanto de la máxima protección,) los documentos que sirven a la parte demandada para justificar el cumplimiento de su deber de información (doc. nº 4 de la contestación y el triptico informativo ) han de considerarse insuficiente, pues si bien en el doc. 4 se hace referencia a posible pérdida en el nominal invertido (no se expresa la posibilidad de que el cliente perdiese totalmente el capital invertido), y además dado el carácter técnico en que están redactados, sólo pueden ser adecuadamente interpretados por inversores profesionales o por personas con una elevada cultura financiera y no desde luego por D. por sí solo. Y pese a que se le realizó el test de conveniencia, en el mismo se expresa *que DON conoce el funcionamiento general de los mercados*

*financieros, que conoce los aspectos necesarios sobre la naturaleza y características operativas de los activos de renta fija, que conoce el funcionamiento general de las variables que intervienen en este producto,* sin embargo tales datos no vienen contrastados por prueba alguna y no se corresponde con la versión de DON de que no tiene noción alguna sobre esta materia, afirmando que "*las cruces ya estaban puestas por la entidad*".

Tampoco consta que el personal del Banco informase adecuadamente al actor de los concretos riesgos de las participaciones preferentes que éste adquiría. El propio director de la sucursal D. , reconoce "*que en aquel momento pensamos que no había perjuicio (...)*" y a la pregunta de si expresamente le decía que podían perder todo el capital invertido, indica "*que no recuerda que se expresara así...* y a la pregunta de si este producto se vendía con carácter general manifiesta "*que no había un público especifico…*" Por su parte, Dª , declaró "*que los riesgos eran impensables. Riesgo era si el emisor se va a pique*". Siendo significativa la respuesta de dicha testigo "*de que yo tengo claro que dicho producto el Banco de España no lo hubiera permitido para minoristas*". Lo que implica que debieron de haberle ofrecido mayores explicaciones al actor sobre las características y concretos riesgos de estos productos, especialmente el riesgo de que no pudiera recuperar su dinero en caso de que lo necesitara por falta de cotización de las mismas en el mercado secundario, como acontece ahora.

Pero es que además basta ver la deficiente información suministrada en el hecho de que DON como persona ya jubilada y con 62 años, invirtiera en las preferentes prácticamente todos sus ahorros, dejándolos vinculados a un producto a perpetuidad y exponiendo por tanto a un riesgo apreciable la casi totalidad de su patrimonio.

Así pues la prueba practicada no acredita que la entidad bancaria hubiera facilitado al actor esa información al objeto de que pudiera comprender con todo detalle la clase de producto que estaba adquiriendo y los riesgos de ese producto, especialmente el referente a la posibilidad de perder la totalidad del capital invertido y que quizás solamente pudiera entenderse por una persona con cierta formación económica y obviamente el perfil del inversor a quienes está dirigido ese tipo de participaciones preferentes no se corresponde en modo alguno con el que pretende atribuirle la demandada al actor.

**QUINTO**.- Por todo ello ha de concluirse que efectivamente existe error invalidante del consentimiento prestado, por lo que, debe ser declarada la nulidad del contrato bancario suscrito por las partes en fecha 26.05.09, y en consecuencia, habrán de restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos y el precio de los intereses tal como determina el art. 1303 del CC, por lo que la parte demandada deberá restituir la actora la cantidad de 100.000 € con los intereses de dicha suma, que en defecto de pacto, deben ser los legales devengados desde la fecha del contrato a la fecha de la presentación de la demanda, así como la devolución de cualquier gasto o comisión imputados y cargados a la actora, o que lo fueren en lo sucesivo, por la contratación, o por cualquier otra razón de la inversión

demandada, incluso correos y comunicaciones y el demandante deberá devolver a la entidad demandada "BANKIA S.A., las participaciones preferentes recibidas en virtud del contrato cuya nulidad se declara, transmitiendo a la demandada la propiedad de dichas participaciones, así como la suma en concepto de beneficios generados por dichas participaciones, a la procediendo la compensación entre ambas cantidades.

Será en ejecución de sentencia donde se determinará la liquidación concreta de las prestaciones que deben restituirse, sobre la base liquidatoria citada, conforme al artículo 219 de la LEC y donde se fijará la cantidad de la que resulta ser acreedora la parte actora, tras la correspondiente compensación judicial.

El artículo 1.303 del Código Civil establece que "declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubieren sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con sus intereses." En relación al citado precepto la doctrina jurisprudencial ha declarado que, aunque dicha norma reguladora de los efectos de la nulidad, tanto para la nulidad absoluta o radical como la relativa o anulabilidad, está concebida inicialmente para la compraventa, debe ser generalizada en cuanto sea posible y la obligación de devolver no nace del contrato, sino de la Ley que la establece en dicho artículo, por lo cual no necesita de petición expresa de la parte, pudiendo ser declarada por el juez en virtud del principio "iura novit curia", sin que ello suponga alterar la armonía entre lo pedido y lo concebido, con la finalidad de evitar la necesidad de acudir a un nuevo pleito y el enriquecimiento injusto de una de las partes a costa de la otra (STS de fechas 22 de noviembre de 1.983 , 24 de febrero de 1.992 y 6 de octubre de 1.994).

**SEXTO**.-De conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil procede imponer las costas procesales a la parte demandada al ver rechazada sus pretensiones.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación

**PARTE DISPOSITIVA**

**Que estimando la demanda** formulada por la Procuradora DOÑA , en representación de DON , contra la entidad BANKIA SA, **DEBO DECLARAR y DECLARO LA NULIDAD** del contrato de adquisición de participaciones preferentes suscrito entre las partes en fecha 26.05.09 por vicio de error en el consentimiento y, en consecuencia y, con recíproca restitución de las prestaciones entre las partes por efecto legal inherente al 1.303 del Civil, **SE CONDENA A LA DEMANDADA** a restituir a la actora la **cantidad de 100.000 €** con los intereses de dicha suma, que en defecto de pacto, deben ser los legales devengados desde la fecha del contrato a la fecha de la presentación de la demanda, **así como a la devolución de cualquier gasto o comisión imputados y cargados a la actora, o que lo fueren en lo sucesivo, por la contratación, o por cualquier otra razón de la inversión demandada, incluso correos y comunicaciones** y

el demandante **deberá devolver a la entidad demandada "BANKIA S.A., las participaciones preferentes recibidas en virtud del contrato cuya nulidad se declara**, transmitiendo a la demandada la propiedad de dichas participaciones, **así como la suma en concepto de beneficios generados por dichas participaciones**, procediendo la compensación entre ambas cantidades en la forma que se determina en el fundamento de derecho quinto.

Notifíquese esta Sentencia a las partes, haciéndoles saber que puede interponerse recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, en este mismo Juzgado, en **un plazo de veinte días** a contar desde la notificación de la misma, advirtiéndoles de la necesidad de constitución de depósito en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones del Juzgado, en los términos indicados en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

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

**PUBLICACIÓN.-** Dada y publicada fue la anterior Sentencia, leyéndose íntegramente por la Sra. Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, doy fe.