

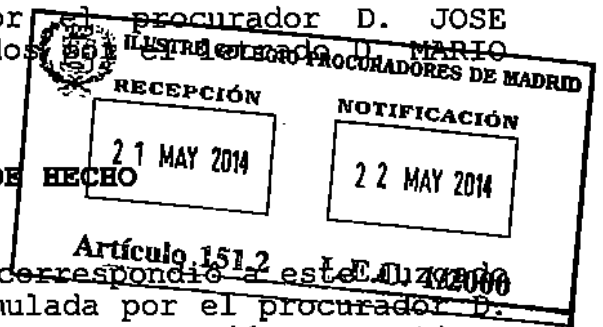
SENTENCIA núm.116

En Madrid a dieciséis de mayo de dos mil catorce.

Vistos por D^a.Cristina Fernández Gil, Magistrada-Juez de Primera Instancia del juzgado número dos de Madrid, los presentes autos de juicio ordinario sobre reclamación de cantidad, tramitados con el núm. 10/14 a instancia de D^a.

representadas por el procurador D. ERNESTO GARCIA LOZANO y asistidas por el letrado D. FERNANDO ZUNZUNEGUI PASTOR contra BANKIA S.A., representado por el procurador D. JOSE MANUEL FERNANDEZ CASTRO y asistido por el letrado D. MARIO REGLERO VICENTE, con la intervención adhesiva de BANCO FINANCIERO Y DE AHORRO S.A. y de CAJA MADRID FINANCED PREFERRED S.A. con la intervención adhesiva de BANCO FINANCIERO Y DE AHORRO S.A. y de CAJA MADRID FINANCED PREFERRED S.A. representados por el procurador D. JOSE MANUEL FERNANDEZ CASTRO y asistidos por el letrado D. MARIO REGLERO VICENTE.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Por turno de reparto, correspondió a este Juzgado demanda de juicio ordinario, formulada por el procurador D. Ernesto García Lozano, en la representación que tiene acreditada contra Bankia S.A., alegando, en síntesis, que Bankia había intermediado y asesorado para la adquisición de participaciones preferentes y obligaciones subordinadas sin cumplir con las obligaciones establecidas por la Ley para la prestación del servicio, por lo que, después de alegar los fundamentos de derecho que estimó aplicables, terminó publicando se dicte sentencia por la que:

1º. Se declare que Bankia ha sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales en la comisión mercantil consistente en la operación de intermediación sobre los instrumentos objeto de la litis, en los términos recogidos en el cuerpo de la presente demanda, y al amparo del art. 1.101 CC, se le condene a indemnizar a las demandantes con el importe abonado para adquirir los productos objeto de la litis, con puesta a disposición a favor de Bankia, de las acciones de Bankia recibidas en canje o compensando en su caso el importe recibido en la venta de las acciones.

2º. Subsidiariamente, se declare que Bankia ha sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones esenciales de seguimiento de la inversión y de mantener en todo momento adecuadamente informado a las demandantes, en especial por

no haber avisado de la bajada rating de 15 de junio de 2009, y al amparo del art. 1.101 CC se le condene a indemnizar a las demandantes con el importe abonado para adquirir los productos, con puesta a disposición a favor de Bankia, de las acciones de Bankia recibidas en canje o compensando en su caso el importe recibido en la venta de las acciones.

3°. Subsidiariamente, se declare que Bankia ha sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones esenciales de seguimiento de la inversión, al no haber informado del valor razonable de mercado, y al amparo del art. 1.101 del Código Civil, se le condene a indemnizar a las demandantes con el importe abonado para adquirir los productos, con puesta a disposición de Bankia de las acciones de Bankia recibidas en canje o compensando en su caso el importe recibido de la venta de las acciones.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda por decreto de 10 de enero de 2014, se emplazó a la parte demandada para que contestara a la demanda, lo que verificó por medio de escrito de 6 de febrero de 2014, oponiéndose a la demanda alegando la caducidad y el cumplimiento de sus obligaciones.

TERCERO.- Por medio de escritos de 6 de febrero de 2014, el Banco financiero y de Ahorros S.A.U y Caja Madrid Financed Preferred solicitaron la intervención adhesiva en este procedimiento a lo que se accedió por auto de 27 de febrero de 2014.

CUARTO.- Por diligencia de ordenación de 10 de febrero de 2014 se señaló día para la audiencia previa que tuvo lugar con la asistencia de todas las partes, proponiendo la parte actora como prueba la documental y la testifical y por la parte demandada, la documental, interrogatorio de parte y testifical. Declaradas pertinentes las pruebas propuestas, a excepción de un documento, se señaló día para la celebración de la vista en que tuvo lugar practicándose las pruebas propuestas, quedando estos autos vistos para sentencia, tras formular las partes oralmente sus conclusiones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se alega por la demandada la excepción de caducidad de la acción por haber transcurrido más de cuatro años desde que se adquirieron las participaciones preferentes; no obstante, dado que, en este caso, no se está ejercitando una acción de anulación del contrato, sino de incumplimiento contractual, cuyo plazo de prescripción es el general de 15 años, no puede ser estimada.

SEGUNDO.- Es un hecho acreditado que el actor dio una orden de suscripción por canje de participaciones preferentes el

22 de mayo de 2009 por importe de 90.000 euros y una nueva orden ese mismo día de adquisición de participaciones preferentes por importe de 50.000 euros. Las participaciones preferentes eran de la serie II con Cod.Valor B.E. ESPPREFER002, ISIN/ID ES0115373021, emitidas por Caja Madrid Finance Preferred S.A., en fecha 7 de julio de 2009 y garantizadas por Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid. Su plazo de vencimiento era perpetuo, con posibilidad de que el emisor amortizara anticipadamente a partir del quinto año y la remuneración predeterminada y no acumulativa durante el periodo comprendido entre la fecha de desembolso hasta el 7 de julio de 2014, sería del 7% nominal anual fijo. Desde el 7 de julio de 2014, inclusive en adelante, el interés sería variable referenciado al Euribor a 3 meses + 4,75%. Las participaciones preferentes son un valor negociable de imprecisa naturaleza, deriva de las siguientes razones según la disposición adicional segunda de la Ley 13/1985:

a.-La participación preferente es destinataria de un especial régimen o sistema de rentabilidad cuya activación se condiciona legalmente a los resultados económicos de la entidad de crédito emisora (o de los del grupo consolidable en el que ésta se integre); tras la Ley 6/2011 puede depender de la decisión del órgano de administración de ésta.

b.-La participación preferente no atribuye derecho a la restitución de su valor nominal. Es un valor potencialmente perpetuo o sin vencimiento ya que su regulación dispone de forma imperativa que el dinero captado por la entidad de crédito mediante su emisión deberá estar invertido en su totalidad (...) 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.

c.-En consecuencia, la liquidez de la participación preferente solo puede producirse mediante su venta en el mercado secundario de valores en el que ésta cotice. Este hecho determina que el dinero invertido en ella deviene prácticamente irrecuperable ante los hechos que, legalmente, determinan la desactivación de su sistema de rentabilidad: bien porque el pago de la misma acarree que la entidad de crédito dejase de cumplir sus obligaciones en materia de recursos propios o porque no haya obtenido beneficios ni disponga de reservas repartibles; o bien, tras la Ley 6/2011, porque así lo decida el órgano de administración de la entidad de crédito. Nótese, por ello, que la desactivación del sistema de rentabilidad de la participación preferente y el consiguiente impago de la misma es signo de crisis de la entidad de crédito «deudora» cuyo efecto correlativo en los miedosos mercados de valores es la desaparición de la liquidez de la inversión y la pérdida de su seguridad o posibilidad real de recuperar el

dinero invertido. En otros términos, el único incentivo del mercado secundario de participaciones preferentes consiste en el pago regular de sus intereses o sistema de rentabilidad. Su desactivación elimina la rentabilidad y la liquidez de la inversión así como su seguridad. La participación preferente deja de ser un valor para convertirse en instrumento de inversión de máximo riesgo carente de liquidez, rentabilidad y seguridad.

d.-El nivel de seguridad en la recuperación de la inversión que ofrece la participación preferente es equiparable al que deparan las acciones. Al igual que sucede con éstas, el único supuesto en el que podría nacer un derecho al pago del valor nominal de la participación preferente sería el de la liquidación de la entidad de crédito emisora (y también de la sociedad dominante de ésta). Ello revela que la participación preferente es un valor de riesgo equiparable a las acciones o, en su caso, al de las cuotas participativas de cajas de ahorros o de las aportaciones de los socios de las cooperativas de crédito. El riesgo que asume el inversor en participaciones preferentes es el mismo que el de los accionistas. Pero con la siguiente particularidad no exenta de interés: los accionistas son titulares de derechos de control sobre el riesgo que soportan, derechos de los que carece el inversor en participaciones preferentes, ya que a éste no se le reconoce derecho alguno de participación en los órganos sociales de la entidad de crédito emisora. Conviene también observar que los accionistas participan de forma directa en la revalorización del patrimonio social del emisor en proporción al valor nominal de sus acciones; en cambio, ante tal eventualidad favorable, el valor nominal de la participación preferente permanece inalterable mientras que, por el contrario, sí cabe su reducción en caso de pérdidas del emisor.

De lo anterior cabe deducir, que la participación preferente es un valor de máximo riesgo -además de ser de naturaleza aleatoria: su contingente evolución explica el alea-, mayor incluso que el que deparan las acciones ordinarias. A diferencia de las acciones ordinarias, las participaciones preferentes es un valor de capital cautivo al no ostentar derecho de participación en los órganos sociales de la entidad emisora que pudiera permitir a su titular participar en el control del riesgo asumido. Todavía más, ni carecen del derecho a la suscripción preferente respecto de futuras emisiones, ni derecho de participación en las ganancias repartible del emisor -ni participa de la revalorización de su patrimonio-, aunque sí participa en sus pérdidas. Que debe integrarse dentro de la categoría de los valores complejos del art. 79 bis 8.a) de la Ley del Mercado de Valores.

TERCERO.- Asimismo resulta acreditado que las actores dieron una orden de suscripción de obligaciones subordinadas el 7 de junio de 2010 por importe de 202.000

euros. Conforme señala la SAP Oviedo de 15 de marzo de 2013 las obligaciones subordinadas "constituyen una mutación o alteración del régimen común de las obligaciones, que obedece al exclusivo propósito de fortalecer los recursos propios de las entidades de crédito y muy especialmente de las Cajas de Ahorros, caracterizándose porque en caso de quiebra o liquidación de la entidad de crédito tales obligaciones -préstamos ocupan un rango inferior a los créditos de todos los demás acreedores y no se reembolsarán hasta que se hayan pagado todas las deudas vigentes en ese momento, constituyendo unos de sus requisitos el que dichos fondos deben tener un vencimiento inicial de al menos 5 años, tras dicho período podrán ser objeto de reembolso, así como que las autoridades competentes podrán autorizar el reembolso anticipado de tales fondos siempre que la solicitud proceda del emisor y la solvencia de la entidad de crédito no se vea afectada por ello. La idea fundamental desde el punto de vista jurídico reside, como señala el profesor Argimiro, "en que la entidad de crédito prestataria y el adquirente inversor prestamista pactan, entre otras condiciones, que tales préstamos ocupen un rango inferior a los créditos de todos los demás acreedores y no se reembolsen hasta que no se hayan pagado todas las demás deudas vigentes del momento" y es por ello, como señala la doctrina, por lo que la computabilidad como fondos propios no reside tanto en la titularidad de los recursos captados ni en su funcionalidad, cuanto fundamentalmente en su inexigibilidad". Junto a lo anterior, es preciso tener en cuenta, siguiendo igualmente la citada sentencia de 15 de marzo de 2013, que "En este producto se pacta no ya que el crédito carece de privilegio alguno, sino que ni siquiera alcanza el estatus de crédito ordinario, se produce, como señala el profesor Argimiro, un desplazamiento del crédito, de forma que el principio de la par conditio creditorum sufre en este caso una excepción contraria a la de los acreedores privilegiados, estamos ante una excepción "en menos" inversa a la de los privilegios, que altera el régimen común de la prelación y que sitúa a las obligaciones subordinadas tras los acreedores comunes del derecho civil citados en el sexto lugar del orden establecido en el art. 913 del Código de Comercio. El precio de la postergación lo constituye el devengo de los intereses más altos que la media del mercado de renta fija privada, de modo que a menor seguridad de tales obligaciones debido a su carácter subordinado debe incrementarse la rentabilidad de las mismas". Así mismo, las obligaciones subordinadas tienen la consideración oficial de producto complejo del art. 79 bis 8.a) de la Ley del Mercado de Valores, si se tiene en cuenta que este precepto considera no complejos dos categorías de valores: una primera, que englobaría los valores típicamente desprovistos de riesgo y las acciones cotizadas como valores ordinarios, cuyo riesgo es de general conocimiento; y una segunda, que considera valores no complejos aquéllos en los que concurren tres condiciones, a saber: Que existan posibilidades frecuentes de venta, reembolso u otro tipo de

liquidación de dicho instrumento financiero a precios públicamente disponibles para los miembros en el mercado y que sean precios de mercado o precios ofrecidos, o variados, por sistemas de evaluación independientes del emisor. Y, finalmente, que no impliquen pérdidas reales o potenciales para el cliente que excedan del coste de adquisición del instrumento y que exista a disposición del público información suficiente sobre sus características que sea comprensible, de modo que permita a un cliente minorista emitir un juicio fundado para decidir si realiza o no la operación.

CUARTO.- Pues bien, manifiesta el actor que hubo un servicio de asesoramiento que fue indebidamente prestado por el demandado, hecho en el que funda su demanda. Por la parte demandada se admite en la contestación que hubo un asesoramiento (aunque luego se negó en la audiencia previa aclarando que, en todo caso, fue puntual) y es evidente con los documentos nº. 11 y 12 aportados con la demanda en los que consta la "propuesta de inversión" que se les realizó para la adquisición de participaciones preferentes, que así fue, como igualmente, según la prueba testifical y de interrogatorio practicada debe entenderse hubo con relación a las obligaciones subordinadas. La cuestión, entonces, es si, en realidad, se trataba de productos adecuados a su perfil, y si se tiene en cuenta que, conforme a los documentos nº. 11 y 12 la intención de las actoras era que "su propuesta de inversión esté formada exclusivamente por renta fija", lo que ha sido ratificado por la testifical practicada, según la cual las actoras no querían riesgo, ni asumir pérdidas en su patrimonio, siendo su intención invertir en productos de renta fija, obliga a concluir que se les asesoró indebidamente, pues se les ofreció un producto de riesgo contrario a sus objetivos (y ello, con independencia de que, en otro momento, hubieran invertido en productos de riesgo una pequeña parte del capital). Manifiesta el demandado que no se les ocultó información, pues firmaron los documentos en que se les explicaba todo lo concerniente a los productos. Al respecto, la normativa del mercado de valores es especialmente prolija en cuanto al trato debido de dispensar al cliente en especial en la fase precontractual, saliendo al paso de ese modo de la cultura del "donde hay que firmar" que se había instalado en este ámbito (SAP Asturias de 27 de enero de 2010). Así, y con independencia de que hubiera firmado los documentos que se les presentaron, a nadie se le oculta que si a un cliente que pretende invertir en renta fija se le hace ver que está realizando, en realidad, una inversión en un producto de riesgo, en el que pueden existir dificultades en la recuperación del principal, no se lanza a adquirir dicho producto; por más que se entregue ficha del producto o tríptico resumen o documento resumen de riesgos, si no es porque quien pretende vender el producto, se lo presenta como seguro y concorde a su perfil para lograr que lo adquiriera. Y así lo declaró el testigo, quien manifestó que, al informar sobre los productos tenían instrucciones

sobre los matices que debían introducir para suavizar los puntos negativos, de modo que pudieran colocarse en clientes de perfil conservador. Ciertamente, si un cliente decide libremente asumir un producto de riesgo es el único responsable de las pérdidas patrimoniales que pueda sufrir, por las fluctuaciones y riesgo de mercado. Como señala la STS de 5 de abril de 2006 no puede anularse una venta de valores, porque, debido a las circunstancias del mercado, la inversión resulte ruinosa, "ya que resulta incompatible con el funcionamiento del mercado de valores y producirse el caos en forma de sucesivas nulidades retroactivas y de las operaciones bursátiles cada vez que una compañía entrara en crisis", el que en el momento de perfeccionarse el contrato la parte creyera que iba a ser un negocio próspero y después resultara que, por las circunstancias del mercado, no lo fue no permite exigir responsabilidades a quien le colocó el producto, pero sí cuando el riesgo no fue conscientemente aceptado por falta de información o ser ésta defectuosa. De ahí que se exija por el art. 72 y 73 RD 217/2008 que se realice por la entidad un test de idoneidad aparte del de conveniencia del producto, que, en este caso, no se realizó. Por otro lado no consta que se les diera información sobre el rating en el momento de contratar los productos ni sobre la situación financiera de la entidad, a pesar de que, como recursos propios, dependían de los resultados económicos de la entidad de crédito emisora. La demandada actuó, así, en perjuicio del inversor, colocando masivamente producto de alto riesgo (el testigo manifestó que incluso se les proporcionaban listados de personas con imposiciones a plazo fijo para que los cambiaran a estos productos) que para él suponía un beneficio sin preocuparse de que fuera adecuado al perfil de inversor, al que mantuvo desinformado sobre el verdadero valor de su inversión, que se le hizo creer era rentable cuando la entidad tenía pérdidas de las que se le iba a hacer partícipe, sin conocerlo. En definitiva ha habido un incumplimiento de sus obligaciones por parte de la demandada respecto de las actoras, al asesorarles y recomendarles un producto que no era idóneo para ellas, facilitándoles una información que además de insuficiente les indujo a error sobre sus características, y por ello les deben resarcir de los perjuicios causados, por un importe total de 342.000 euros, debiendo, las actoras, a su vez, para evitar cualquier enriquecimiento injusto, devolver las acciones de Bankia recibidas en canje o compensar en su caso el importe recibido en la venta de las acciones. Asimismo la actora deberá devolver los intereses percibidos, recibiendo de la demandada el interés legal desde la fecha de adquisición de los productos.

QUINTO.- Al haberse estimado, en lo sustancial, la demanda,

7

las costas se imponen a la parte demandada.

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

FALLO

Que estimando la demanda promovida por D^a.

representadas por el procurador D. ERNESTO GARCIA LOZANO y asistidas por el letrado D. FERNANDO ZUNZUNEGUI PASTOR contra BANKIA S.A., representado por el procurador D. JOSE MANUEL FERNANDEZ CASTRO y asistido por el letrado D. MARIO REGLERO VICENTE, con la intervención adhesiva de BANCO FINANCIERO Y DE AHORRO S.A. y de CAJA MADRID FINANCED PREFERRED S.A. representados por el procurador D. JOSE MANUEL FERNANDEZ CASTRO y asistidos por el letrado D. MARIO REGLERO VICENTE debo declarar y declaro que Bankia ha sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales y debo condenarla y condeno a indemnizar a las demandantes en la cantidad de 342.000 euros, con puesta a disposición a favor de Bankia, de las acciones de Bankia recibidas en canje o compensando en su caso el importe recibido en la venta de las acciones. Asimismo la actora deberá devolver los intereses percibidos, recibiendo de la demandada el interés legal desde la fecha de adquisición de los productos. Las costas se imponen a la parte demandada.

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

Contra esta sentencia podrá interponerse recurso de apelación en el plazo de veinte días a partir de su notificación ante este Juzgado y para ante la Audiencia Provincial de Madrid. Asimismo se le hace saber que deberá consignar como depósito, al interponer el recurso, la cantidad de 50 euros en la cuenta de consignaciones de este Juzgado n°. 2430 0000 02 0010 14, debiendo acompañar justificante del ingreso.

PUBLICACION: Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Sra. Juez que suscribe, estando celebrando Audiencia publica en el día de su fecha, doy fe.