

Órgano: Juzgado de Primera Instancia

Sede: Valencia, Nº 4

Nº de Resolución: 102/2013

Procedimiento: CIVIL

Tipo de Resolución: Sentencia

Fecha: 5 de junio de 2013

S E N T E N C I A Nº 000102/2013

JUEZ QUE LA DICTA: D/Dª BEATRIZ DE LA RUBIA COMOS

Lugar: VALENCIA

Fecha: cinco de junio de dos mil trece

PARTE DEMANDANTE:

Abogado:

Procurador: CORRECHER PARDO, ROSA MARIA y CORRECHER PARDO,

ROSA MARIA

PARTE DEMANDADA: BANKIA SA

Abogado:

Procurador: GIL BAYO, ELENA

OBJETO DEL JUICIO: Ordinarios

VISTOS por la Ilma. Sra. Dª 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 1655.12 sobre acción de nulidad, promovidos por D. _____ Y Dª _____ representados por el/la Procurador/a Dª Rosa Mª Correcher Pardo y asistida del/la letrado D. Gonzalo Lucas Díaz-Toledo contra BANKIA S.A. representado/a por el/la Procurador/a Dª Elena Gil Bayo y asistido/a del letrado D. José Luis Ponz Romero

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El/La Procurador/a Dª Rosa Mª Correcher Pardo en representación de D. _____

Y Dª _____ presenta demanda de juicio ordinario contra BANKIA S.A. en cuyo suplico interesa:
"Se dicte Sentencia que contengan los siguientes pronunciamientos:

A.- Se declare la nulidad de la orden de compra de participaciones preferentes suscrita en fecha de 22 de Abril de 2008, así como la de la oferta de recompra y suscripción de fecha 14 de marzo de 2012.

B.- Se condene a la entidad demandada BANKIA, S.A. al pago a mis representados de la cantidad de CUARENTA MIL DOSCIENTOS EUROS (40.200.- Euro), más los intereses legales de dicha cantidad, desde la presentación de la demanda.

C.- Se restituya a Bankia los títulos de acciones, de los cuales sean titulares mis mandantes, en virtud de los contratos cuya nulidad se ha solicitado.

D.- Condenado expresamente a la demanda al pago de las costas del procedimiento y, todo cuanto además resulte procedente.”

Y la funda esencialmente en los siguientes hechos:

-que los actores, son un matrimonio de pensionistas que desde hace años han sido cliente de BANCAJA, hoy BANKIA, allí tenían domiciliada su pensión y lo recibos de gastos cotidianos, siendo clientes que no querían tener ningún tipo de riesgo con sus ahorros

-que el 14 de abril de 2008 procedente de una compraventa de un piso que habían heredado la Sra. _____ pudo disponer del importe de 40.000€, ingresándolo en fecha 17 de abril de 2008 en su libreta de ahorro de BANCAJA, libreta que en esa fecha se puso a nombre de los dos esposos

-que en ese momento BANCAJA puso también a la firma un contrato tipo de depósito y administración de valores, contratando el 22 de abril unas participaciones preferentes sin que les informaran que habían comprado un producto de alto riesgo, sino que creyeron haber comprado un plazo fijo

-que unos días después del 8 de marzo de 2012 recibieron una carta en la que les indicaban que eran titulares de participaciones preferentes, ante lo cual acudían a la oficina de BANKIA enseñándoles los empleados los documentos denominados “orden de compra de valores”, que no recuerdan haber firmado, sin que en estos documentos conste tampoco información suficiente del producto adquirido

-que los empleados de BANKIA les indicaron que no había más posibilidad que aceptar el canje de las participaciones por acciones de BANKIA que aceptaron ante la situación desesperada en que se encontraban

-que tampoco podía considerarse válido el contrato de recompra de acciones por los motivos que refería de falta de información de su contenido y haberlo firmado ante la situación desesperada y la intimidación de los empleados de la entidad indicándoles que no había otra solución para recuperar su dinero, amén de considerar que en todo caso de ser nulo el primer contrato deben serlo los posteriores que traen causa de aquél

A estos hechos añade las consideraciones jurídicas sobre el tipo de producto adquirido, el perfil de inversor de los actores 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, la ley del Mercado de Valores 24/1988 de 28 de julio reformada por la posterior Ley 47/2007 por la que se traspone a nuestro ordenamiento la Directiva 2004/39/CE conocida como Directiva MIFID y el Real Decreto 629/1993 sobre Normas de Actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios así como el Real Decreto 217/2008 sobre el régimen jurídico de las empresas que prestan servicios de inversión.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda compareció BANKIA alegando falta de legitimación pasiva, sostenida en base a que la entidad emisora de los títulos adquiridos por los actores es BEF (BANCAJA EUROCAPITAL FINANCE), limitándose BANKIA a cumplir las órdenes de compra de los demandantes, de modo que la única relación mantenida con BANKIA fue la de un contrato de depósito y administración de valores, por lo que la acción de nulidad debía ejercitarse frente a la entidad emisora de las participaciones.

Y añadía:

-que aunque la vinculación con BANCAJA se data efectivamente en el año 1975 sus operaciones habituales las debía mantener con otra entidad, siendo su vinculación por ello escasa, y acudiendo a la demandada simplemente en interés de obtener una retribución lo más elevada posible

-se rechazaba que se les pusiera a la firma la documentación acompañada a la demanda indicando que se les dio información suficiente del producto que adquirirían, firmando además un contrato tipo de depósito y administración de valores y una orden de compra de valores para adquirir en el mercado secundario AIAF-IBECLEAR de Madrid, Participaciones Preferentes BEF por importe de 40.200€

-que la orden fue situada en el mercado y pudo atenderse los días 28 y 30 de abril de 2008 habiendo recibido a lo largo de cuatro años el importe de los cupones y las notificaciones puntuales de las liquidaciones de cada una de las operaciones realizadas, el extracto de cuenta de valores con detalle de la inversión realizada y la información fiscal oportuna

-que los clientes aceptaron la oferta de recompra y suscripción sin ninguna presión habiendo valorado libremente como el resto de sus clientes si le interesaba o no la nueva oferta en función de sus necesidades de liquidez

-que los actores solo mantuvieron con BANKIA un contrato tipo de depósito y administración de valores siendo el único servicio que presta el denominado servicio financiero auxiliar, consistente en la recepción de la orden de adquisición de participaciones y su transmisión y posteriormente su canje por recompra y suscripción de acciones de BANKIA así como el servicio auxiliar de custodia y administración por cuenta de la parte actora de las participaciones de modo que actuaba como mero intermediario

-que las participaciones no son un producto complejo así como que en todo caso la acción de anulabilidad era inviable porque los contratos estaban extinguidos por voluntad de la actora al haberlos novado adquiriendo las acciones de BANKIA.

Como medios de prueba se propusieron:

Por la parte actora: interrogatorio de parte, documental, testifical de D. _____ empleado de la oficina de BANKIA en la fecha de la contratación, así como reconocimiento judicial, éste último no admitido.

Por la parte demandada: documental.

El 23 de mayo de 2013 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.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Ejercitada la acción de nulidad del contrato de adquisición de participaciones preferentes celebrado entre las partes, se hace necesario resolver en primer término la excepción que fue alegada por BANKIA, su falta de legitimación pasiva para soportar la acción de nulidad quien argumentaba que esta entidad no fue parte en el contrato cuya nulidad se pretende, sino que se adquirían participaciones emitidas por otra entidad, BANCAJA EUROCAPITAL FINANCE siendo parte contratante la entidad emisora de las participaciones preferentes y BANKIA actuaba exclusivamente como intermediaria.

Es cierto que en la orden de compra aportada como documento 7 de la demanda se titula "Orden de Compra de Valores" aparece BANCAJA como "intermediario", y en la referencia "clase de valor" se indica una numeración 000010350006 y las siglas PPF. BEF; y consta también en el "folleto informativo completo" que se acompañaba en el acto de audiencia previa como documento 16 de la demanda verificado e inscrito en el registro oficial de la CNMV, que las Participaciones Preferentes Serie B se emiten por Bancaja Eurocapital Finance, una entidad constituida el 11 de diciembre de 1998 de acuerdo con la legislación de las Islas Caimán, actualmente domiciliada en España por imperativo de la normativa reguladora, siendo Bancaja Eurocapital Finance (BEF) una entidad con personalidad jurídica diferente de BANKIA.

Ahora bien, es preciso tener en cuenta los siguientes datos:

- 1) que los valores se identifican únicamente a través de un código numérico y unas siglas (PPF BEF), lo que dificulta su identificación mediante una simple lectura del mismo, es más, se asemejan y pueden dar a confusión estas siglas con una imposición a plazo fijo (IPF);
- 2) que según consta en el mismo folleto de emisión, la citada Bancaja Eurocapital Finance es una sociedad instrumental del Grupo Bancaja, que se indica "filial al 100% de BANCAJA tomando en cuenta las acciones ordinarias que otorgan derechos de voto" lo que revela la directa vinculación entre ambas sociedades y transmite la percepción de integración en una única entidad, siendo además BANCAJA garante de modo solidario e irrevocable de las participaciones que se emitían;
- 3) que declaraba como testigo D. _____, empleado entonces de BANCAJA, subdirector de la oficina, aunque actualmente prejubilado, y que manifestaba con claridad que se vendía como un producto propio de BANCAJA, indicando que era un producto de BACANJA y no de otra entidad
- 4) que los propios actos de la demandada revelan su legitimación para soportar la acción de nulidad pues la carta informativa de la oferta de recompra y suscripción (documento 6 de la demanda) es remitida por BANKIA ofreciendo sustituir el producto adquirido por acciones de la propia BANKIA, sin que pueda aceptarse que al socaire de la diferente personalidad jurídica se eluda la responsabilidad de BANKIA como empresa dominante del grupo, titular del 100% de las acciones de la emisora, mera instrumental de aquélla, máxime tras la normativa que regula este tipo de valores y que unifica la entidad dominante con las de su grupo.

Todo ello permite afirmar que la entidad Bancaja -posteriormente BANKIA- ha actuado en todo momento frente al demandante como sujeto único de las operaciones efectuadas, y que se trataba de un producto propio de esa entidad aunque formalmente emitida por otra de su grupo, lo que

unido a la directa vinculación entre la misma y la entidad emisora de las participaciones permite atribuir a la demandada plena legitimación pasiva en cuanto a las acciones entabladas.

SEGUNDO.- Partiendo de la legitimación de BANKIA para soportar la acción de nulidad de la orden de adquisición de participaciones preferentes realizada por los demandantes el 22 de abril de 2008 es conveniente considerar en primer lugar la naturaleza jurídica del producto adquirido y la normativa aplicable a esta operación en el momento en que se lleva a cabo, para después valorar los hechos que se consideran acreditados.

1º. En cuanto al producto de participaciones preferentes la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sec. 1ª, de 4 de abril de 2013, describe de forma detallada las características de las participaciones preferentes: "La participación preferente se regula en la disposición adicional segunda de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros, introducida en ésta por la Ley 19/2003, de 4 de julio, y modificada por el art. 1.10 de la Ley 6/2011, de 11 de abril, por la que se transpone a nuestro Derecho la

Directiva 2009/111/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de

2009, en función, especialmente, de determinar las condiciones para admitir como recursos propios de las entidades de crédito a los que denomina instrumentos de capital híbridos, entre los que se incluye la participación preferente.

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

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

Descargado de <http://rdmf.wordpress.com/>

Las consideraciones anteriores apuntan sin duda alguna a la consideración del producto participaciones preferentes como un producto complejo, en modo alguno sencillo como alega la parte apelante. Calificación que también puede hacerse con fundamento en el actual art. 79 bis 8.a) Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores que considera valores no complejos a dos categorías de valores. En primer lugar, a los valores típicamente desprovistos de riesgo y a las acciones cotizadas como valores ordinarios éstas cuyo riesgo es de «general conocimiento». Así, la norma considera no complejos de forma explícita a las (i) acciones admitidas a negociación en un mercado regulado o en un mercado equivalente de un tercer país; (ii) a los instrumentos del mercado monetario; (iii) a las obligaciones u otras formas de deuda titulizada, salvo que incorporen un derivado implícito; y (iv) a las participaciones en instituciones de inversión colectiva armonizadas a nivel europeo. En segundo lugar, como categoría genérica, el referido precepto considera valores no complejos a aquellos en los que concurran las siguientes tres condiciones: (i) Que existan posibilidades frecuentes de venta, reembolso u otro tipo de liquidación de dicho instrumento financiero a precios públicamente disponibles para los miembros en el mercado y que sean precios de mercado o precios ofrecidos, o validados, por sistemas de evaluación independientes del emisor; (ii) que no impliquen pérdidas reales o potenciales para el cliente que excedan del coste de adquisición del instrumento; (iii) que exista a disposición del público información suficiente sobre sus características. Esta información deberá ser comprensible de modo que permita a un cliente minorista medio emitir un juicio fundado para decidir si realiza una operación en ese instrumento.

La participación preferente es calificable como valor complejo porque no aparece en la lista legal explícita de valores no complejos y porque no cumple ninguno de los tres referidos requisitos".

Esto mismo se concluye 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 por la profundidad de su estudio merece citarse la SJPI de Mataró, de 5 de febrero de 2013 dictada en autos de Juicio Ordinario 792/2012 Z que se indicaba por la parte demandante, en la que se destaca cómo 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 que ha sido utilizada por las entidades de crédito para conseguir el saneamiento de sus balances, transformando en patrimonio neto el pasivo representado por el dinero de sus suscriptores, y por tanto, pasando sus titulares a ser partícipes de su riesgo patrimonial.

Siendo de interés destacar también la calificación de este producto por la Comisión Nacional del Mercado de Valores que ha indicado, según se recoge en las sentencias citadas 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..."

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 el claro conflicto de intereses entre la entidad que comercializa productos propios para su saneamiento financiero y el cliente al que se le

ofrece el producto en cuestión ignorando además, porque no se le informa, que pasa a asumir los riesgos de la entidad que los ofrece.

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".

2º. Sobre la normativa aplicable el día de la adquisición de estos productos, en esta fecha, 22 de abril de 2008, estaba ya en vigor, desde el 21 de diciembre de 2007, según su Disposición Final Sexta, la normativa llamada MIFID (Markets in Financial Instruments Directive), la Ley 47/2007 de 19 de diciembre, que introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la Directiva

2004/39/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los

mercados de instrumentos financieros, parcialmente la Directiva 2006/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito, y la Directiva 2006/73/CE de la Comisión por la que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de inversión y términos definidos a efectos de dicha Directivas; Ley que continuó con el desarrollo normativo anterior de protección del cliente, introduciendo la distinción entre clientes profesionales y minoristas, a los fines de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros (art. 78 bis); reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios en su artículo 79 al establecer que Las entidades que presten servicios de inversión deberán comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios, y, en particular, observando las normas establecidas en este capítulo y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo, e introdujo el art. 79 bis regulando exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, entre otros extremos, sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece a los fines de que el cliente pueda "tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa" debiendo incluir la información las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias, no sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencias financiera y aquellos objetivos (art. 79, bis núm. 3, 4 y 7).

Esta normativa se desarrolló posteriormente con el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, (en vigor el 17 de febrero) sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión, por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre, Real Decreto que incorpora al derecho español la Directiva 2006/73/CE de la Comisión por la que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de inversión y términos definidos a efectos de dicha Directiva y que también traspone los artículos 3 y 4.1 de la Directiva 2007/16/CE de la Comisión de 19 de marzo de 2007 que establece disposiciones de aplicación de la Directiva 85/611/CEE del Consejo. Dicho Real Decreto

217/2008 regula en su artículo 73 el denominado test de conveniencia, señalando que "A los efectos de lo dispuesto en el artículo 79 bis.7 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, las entidades que prestan servicios de inversión distintos de los previstos en el artículo anterior deberán 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".

Y es esencial el cumplimiento estricto de la normativa indicada, como se argumenta en SAP. Civil sección 9 del 19 de Febrero del 2013 Recurso: 850/2012, a los fines de acreditar que ha existido una previa información transparente y exhaustiva en función de la propia calificación que quepa conferir al cliente, para considerar así si su consentimiento se ha prestado o no válidamente. Así tiene declarada también la AP de esta capital en un supuesto anterior incluso a la normativa indicada que la calificación del producto como complejo comportaba que la carga probatoria de la adecuada y suficiente información (principal obligación precontractual) pese siempre sobre el profesional financiero, como excepción al principio general del artículo 217 LEC, debiendo exigirse a aquel una superior diligencia

-no la genérica- según resulta de la normativa aplicable al tiempo de suscripción del contrato -LMV vigente por modificación de Ley de 23/11/2002 -.

Las directivas comunitarias que se traspusieron con aquellas normas en este momento no vigentes, eran ya conocidas, e incluso aplicadas, por el banco, tratándose de un producto complejo y el demandante destinatario del producto un minorista al que es de aplicación la normativa sobre empresas de servicios de inversión, siendo exigible el máximo rigor en aquel deber de información -obligación básica- conforme el artículo 79 bis de la LMV, y de carácter imperativo, por ser manifestación del principio constitucional de protección al consumidor (SAP Valencia 20 noviembre 2004).

TERCERO.-Pasando a analizar la concreta operación de adquisición de participaciones preferentes realizada por los actores consta acreditado que:

-los demandantes tienen la consideración de clientes minoristas, así aparece expresamente reconocido para D^a M^a _____ en el documento 6 de la contestación de "comunicación sobre categoría MIFID", y se confirma igualmente para el otro titular, D. _____ con el documento 12 y con el documento aportado por BANKIA como "test de conveniencia" que se realizaba para el canje de las participaciones por acciones de BANKIA y en el que se desprende no tener conocimientos financieros, ni realizar inversiones en renta variable, lo que además se

Descargado de <http://rdmf.wordpress.com/>

reconocía expresamente por la que declaraba como representante de BANKIA, D^a _____, quien a la pregunta de si se les consideraba clientes minoristas contestaba afirmativamente, y el testigo D. _____ manifestaba que no le constaba que tuvieran cultura financiera ni información sobre el producto que adquirían

-que tras recibir una suma de 40.000€ los actores acudieron a BANCAJA para invertirlo, firmando un "contrato tipo de depósito y administración de valores" aportado con la demanda como documento nº 5, uno de apertura de libreta de servicio (doc. 5) un documento, también acompañado, denominado "Información General y políticas relativas a servicios de inversión de Bancaja" que se les debió entregar el mismo momento pues los dos están fechados el 17 de abril de 2008 donde se establecen condiciones generales sobre los contratos firmados y unos documentos en los que se les calificaba como minoristas, también adjuntados

-que el 22 de abril siguiente se firmaba por D^a _____ la orden de compra de valores de PPF BEF (doc.7 de la demanda) en la que se indica que el titular conoce su significado y trascendencia, y se le pasa a la firma del cliente el "Anexo a la orden" en el que se hacen unas indicaciones de "información de riesgos", "advertencia" y "manifestaciones" referidas a los riesgos del producto que se adquiere y se indica haber transmitido previamente información general de BANCAJA, de los servicios de inversión que presta, y conflictos de interés, correspondiendo esta información a lo recogido en los documentos antes referidos firmados el 17 de abril, y se indica también en el anexo a la orden de compra, que "el ordenante ha recibido una ficha que contiene la descripción completa de las características y riesgos del producto y también información sobre gastos y costes asociados" lo cual no se correspondía con la realidad, pues no consta entregado folleto alguno informativo sobre el producto que adquirían, habiendo declarado el testigo D. _____ que manifestaba que dichos folletos no existían ni para los empleados del banco ni para sus clientes, desprendiéndose de esta declaración que ni siquiera los empleados del banco tenían conocimientos suficientes del producto que estaban ofreciendo a sus clientes, pues decía conocer que eran productos perpetuos pero no le constaba que cotizaran en un mercado secundario, ni que tuvieran riesgo de pérdidas, añadía que no se indicaba a los clientes que fueran perpetuos porque entonces "se vendían ellas solas", que no explicaba cómo se realizaban las operaciones, porque él tampoco lo sabía exactamente, sólo sabía que se realizaban a través del terminal, que no se explicaba a los clientes la prelación de estas participaciones en caso de quiebra de la entidad, ni se indicaba que no estuvieran garantizados por el Fondo de Garantía de Depósitos, ni que su retribución estaba condicionada a que tuviera beneficios la entidad.

- que no se les realizó el test de conveniencia e idoneidad para valorar los conocimientos de los demandantes.

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

La jurisprudencia ha señalado reiteradamente los requisitos que deben concurrir para el éxito de esta acción, pudiendo citar, entre otras muchas, la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2010: "La doctrina ha venido sosteniendo que el error consiste en una representación equivocada de la realidad que produce la realización de un acto jurídico que de otra forma no se hubiese llevado a cabo o se hubiese realizado en otras condiciones. En muchas sentencias, que

pueden resumirse en la de 11 diciembre 2006 , se ha exigido que para que el error pueda invalidar el consentimiento, con el efecto de que produzca la anulación del contrato en el que concurre, "(...)es preciso, además, que el error no sea imputable al interesado, en el sentido de causado por él -o personas de su círculo jurídico-, (...), y que sea excusable, entendiéndose que no lo es cuando pudo ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular, requisito éste que no consta expresamente en el Código civil, pero lo viene exigiendo la jurisprudencia como un elemental postulado de buena fe(...)".

Teniendo en cuenta las conclusiones probatorias indicadas es claro que en este caso el consentimiento de la demandante para la compra de las participaciones preferentes de 22 de abril de 2008 fue prestado por error, al no informarse suficientemente a los demandantes del producto que adquirirían ni de sus principales características ni de los riesgos que estaban asumiendo con su adquisición.

CUARTO.- Se interesa también la nulidad del contrato posterior, de canje de participaciones preferentes por acciones de BANKIA, que se suscribía el 14 de marzo de 2012 según el documento nº8 de la demanda y resultaba acreditado que esta operación se realizaba por los actores a raíz de la carta que BANKIA remitía a sus clientes en fecha no precisada, pero en todo caso posterior al 8 de marzo de 2012, pues en su texto se hace referencia expresamente a que los términos y condiciones de la oferta de recompra y suscripción se encuentran recogidos en la Nota de Valores inscrita en los registros oficiales de la CNMV el 8 de marzo de 2012, lo que supone que necesariamente se redacta en fecha posterior y en él se otorgaba a los clientes un plazo de ejercicio perentorio "antes del 23 de marzo de 2012".

Este texto, que se acompaña como documento 6 de la demanda, permite entender acreditado, en primer lugar, que el tiempo que se concedía por la entidad bancaria a sus clientes para que el titular de participaciones preferentes decidiera la aceptación del canje que se le proponía era escaso, unos quince días según el Sr _____, sin posibilidad de estudio y consideración de alternativas diferentes a la oferta que se les realizaba; y segundo, el perjuicio que habían sufrido los adquirentes de esas participaciones preferentes al haber perdido su valor, pues ya en ese momento, marzo de 2012, BANKIA venía a reconocer este extremo al indicar que en la situación de los mercados en ese momento la decisión de continuar con la titularidad de las participaciones preferentes le podía suponer que obtuvieran un precio inferior a su valor nominal, sin que estuviera garantizada una negociación rápida; siendo, además, esta información más que dudosa en cuanto a su exactitud pues se reconocía en el acto de juicio por D. _____, que en noviembre de 2011 ya habían problemas para vender las participaciones, que ya no se podían canjear, lo que implica no la dificultad indicada en la carta remitida por BANKIA sino la imposibilidad de su venta hasta que entraron a funcionar los mercados electrónicos de renta fija.

Consta acreditado también, con los documentos unidos a la Oferta de Recompra y Suscripción (doc. 8) que la información recogida en el "Resumen Folleto OFERTA DE RECOMPRA Y SUSCRIPCIÓN" (doc. 9) se le entregaba al tiempo de la firma del contrato de canje, en el mismo día 14-03-21012 según la fecha que aparece en el documento, por tanto sin posibilidad alguna de conocer debidamente la operación que realizaba, máxime cuando es un documento extenso y complejo que requiere de una lectura detenida y sosegada para conocer el alcance de su contenido del que se le informaba en ese momento. Y resultaba también acreditado con el documento 11 de la demanda que a D. _____ se le realizaba el test de conveniencia y resultaba "No conveniente" pese a lo cual se realizaba la operación, declarando Dª _____, quien refería haber

Descargado de <http://rdmf.wordpress.com/>

sido la que trató con los actores para la operación del canje y manifestaba haber dado la información, pero confirmaba que la explicación se les realizaba en el mismo momento en que firmaban el documento del canje, y que no teniendo salida las participaciones preferentes pensaban que en todo caso era conveniente el canje porque siempre tendrían oportunidad de vender y recuperar más fácilmente algo de su dinero.

Es evidente por tanto que la firma del contrato de canje de las participaciones de BANKIA que realizaban los demandantes en la forma, situación y contexto en que se realizaba no puede considerarse un acto libre realizado con un consentimiento debidamente informado que opere como acto de confirmación válido a que se refiere el artículo 1309 del C.c.; ni puede considerarse que el contrato de adquisición de preferentes estaba extinguido por voluntad de la parte actora, pues es claro que no se presentaba una opción real a los demandantes, quienes no tenían más solución que la adquisición de las acciones de BANKIA como posible remedio ante la pérdida de valor de las participaciones preferentes, conocida ya por el público en general, según se desprende del documento 6 indicado, pues la decisión contraria, continuar con los valores adquiridos le llevaba a una pérdida patrimonial grave, desde el momento en que no existía reparto de remuneración alguna, ni posible recuperación del dinero depositado.

Además, difícilmente puede aceptarse que esta adquisición posterior, que se producía para disminuir la pérdida patrimonial sufrida por el contrato anterior, sane la posible nulidad de éste, sino que, por aplicación del principio de propagación de la ineficacia contractual a otros actos o contratos que guardan cierta relación con el inválido cuando tienen su causa precisamente en el primeramente concertado, la nulidad o ineficacia de los anteriores arrastrarían a este posterior.

Así, tiene declarado el TS en STS DE 17 DE JUNIO DE 2010 que: 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.-El artículo 1303 del C.c. establece: “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 con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes”

La declaración de nulidad de las operaciones realizadas lleva consigo la restitución del dinero entregado por los demandantes a BANKIA para realizar la operación con los intereses legales de esa suma desde la fecha en que fue ingresada, debiendo descontarse de ella las sumas que hubieran percibido los demandantes como intereses, a determinar en ejecución de sentencia.

SEXTO.- Se imponen costas a la parte demandada conforme al artículo 394 de la L.E.C

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación

FALLO

Que ESTIMANDO como estimo íntegramente la demanda interpuesta por la representación procesal de D. _____ Y D^a _____ contra BANKIA S.A. debo realizar los siguientes pronunciamientos:

A.- Se declara la nulidad de la orden de compra de participaciones preferentes suscrita en fecha de 22 de Abril de 2008, así como la de la oferta de recompra y suscripción de fecha 14 de marzo de 2012.

B.- Se condena a la entidad demandada BANKIA, S.A. al pago los actores de la cantidad de CUARENTA MIL DOSCIENTOS EUROS (40.200.- Euro), más los intereses legales de dicha cantidad desde su ingreso, descontando de ésta los intereses que hubieran percibido a determinar en ejecución de sentencia.

C.- Se restituye a Bankia los títulos de acciones

Todo ello, con expresa 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 1655 12.

Expídase testimonio de 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.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el/la Sr/a. Juez que la dictó, estando el/la mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, el/la Secretario Judicial doy fe, en VALENCIA , a cinco de junio de dos mil trece .