

Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Vic
Bisbe Morgades, 2
Vic, Barcelona

Procedimiento: Ordinario 364/2013 Sección J

Parte demandante: [REDACTED] y [REDACTED]
[REDACTED]

Procurador: XAVIER ARMENGOL MEDINA

Parte demandada: BANKIA y CAJA MADRID FINANCE PREFERRED, S.A.

Procurador: CARLES ARRANZ ALBÓ

SENTENCIA Nº 154 / 2014

En Vic, a 8 de septiembre de 2014.

Vistos por mí, Don Alberto Manuel Santos Martínez, Juez Sustituto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de VIC, los presentes autos de **PROCEDIMIENTO ORDINARIO** tramitados con el nº de actuaciones 364/2013, seguidos a instancia de Doña [REDACTED] y Don [REDACTED] representados por el Procurador Don XAVIER ARMENGOL MEDINA y bajo la dirección técnica del Letrado Don Xavier Teixidó Cayuela frente a las entidades BANKIA, S.A. y CAJA MADRID FINANCE PREFERRED, S.A. representadas ambas por el Procurador Don CARLES ARRANZ ALBÓ y bajo la dirección técnica del Letrado Don Javier Zuloaga González, en los que aparecen y son de aplicación los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- En fecha 3.05.2013 por legal turno tuvo entrada en este Juzgado demanda presentada por la representación antedicha, por la que se promovía juicio ordinario contra la citada demandada interesando que se declara la nulidad del contrato de adquisición de participaciones preferentes que tuvo lugar en fecha 7.07.2009, por las cantidades de 35.000 € por la Sra. [REDACTED] y la de 60.000 € y 36.000 € el Sr. [REDACTED] por error en el consentimiento, condenado a la entidad financiera a reintegrar a los actores las cantidades señaladas previa deducción de los rendimientos recibidos, más los intereses legales y las costas bajo la consideración de que en dicho contrato existe error esencial en el consentimiento, a la vista de la falta de información con respecto a los efectos y los riesgos de la operación, alegando los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente según constan en el escrito de demanda.

Segundo.- Por decreto de 24.05.2013 se admitió a trámite la anterior demanda y se emplazó a BANKIA, S.A. para que la contestara en el plazo de veinte días. Dentro de dicho plazo, la demandada presentó escrito en fecha 28.06.2013 por el que se oponía a la petición de contrario bajo la consideración, en primer lugar, de la existencia de litisconsorcio pasivo necesario toda vez que la acción debería

dirigirse también frente a CAJA MADRID FINANCE PREFERRED, S.A. y, en cuanto al fondo, niega la existencia de vicio del consentimiento dado el perfil de los actores, quienes realizaron con anterioridad operaciones de inversión, y la circunstancia de que durante años han ido cobrando los rendimientos, lo que convalidaría el consentimiento y que se recibió la información necesaria por parte de la entidad financiera en cuanto al producto, por lo que considera que debe desestimarse la demanda. Todo ello de acuerdo a los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente según consta en la contestación a la demanda.

Tercero.- Por diligencia de ordenación de fecha 4.07.2013 se tuvo por contestada la demanda y se convocó a las partes a la audiencia previa que se celebró el día 15.04.2014. Con carácter previo se resolvió con respecto a la intervención provocada de CAJA MADRID FINANCE PREFERRED, S.A. con la estimación de la misma. El día de la audiencia previa se contó con la comparecencia de las partes, debidamente asistidas y representadas, sin lograrse acuerdo, por lo que se fijaron los hechos controvertidos y el actor propuso las pruebas de documental por reproducida y testifical mientras la parte demandada propuso la documental por reproducida adhiriéndose a la testifical interesada de contrario. Todas las pruebas fueron declaradas pertinentes. Se convocó al juicio para el 2.09.2014 a las 11,45 horas de su mañana, según todo ello consta en autos.

Cuarto.- En la fecha señalada se celebró el juicio con la práctica de la prueba propuesta y con el resultado que obra en autos y consta en el soporte audiovisual, quedando los autos vistos para Sentencia.

Quinto.- En la tramitación del presente pleito se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Del objeto de discusión en el presente procedimiento: posiciones de las partes y hechos controvertidos.

Por la parte actora se ejercita la acción de declaración por error en el consentimiento de los contratos de adquisición de participaciones preferentes a la entidad BANKIA S.A. (CAJA MADRID) que se efectuó en fecha 7.07.2009. Considera la parte actora que su pretensión era adquirir una inversión conservadora y, sin embargo, por la entidad financiera se vendió un producto que no era adecuado para sus intereses sino que se acabó contratando un producto financiero agresivo y arriesgado. Como consecuencia de dicho riesgo los demandantes no han podido recuperar su inversión inicial. En opinión de la defensa de los actores se produjo un error en el consentimiento al formalizar la compraventa de las participaciones preferentes provocado por la entidad financiera al no ofrecerle un producto adecuado a sus intereses y al no suministrarle información veraz con respecto a las condiciones y características del producto financiero en cuestión pues ellos creían que habían adquirido un producto exento de riesgo. En definitiva la prestación de un consentimiento viciado es lo que debe dar lugar a la declaración de nulidad de los contratos de adquisición de las participaciones preferentes en su día suscritos y a recuperar el total capital inicialmente invertido junto a los intereses que corresponda, sin perjuicio de descontar de dicha cantidad los rendimientos que se hubieran cobrado.

Para sustentar su tesis, aporta junto a su escrito de demanda extractos bancarios (documentos nº 1 y 2), contratos de prestación de servicios y órdenes

de compra de participaciones preferentes (documentos nº 3 a 7), extractos bancarios de bonos y de inversiones a plazo (documentos nº 8 a 15), publicación del BORME (documento nº 16), resguardos de intereses (documentos nº 17 a 23) y libretas bancarias de los demandantes (documentos nº 24 y 25).

Por su parte, las demandadas, sin negar la existencia de la relación contractual entre las partes, se opone a la demanda de contrario, entendiendo que la misma no puede prosperar toda vez que el vicio en el consentimiento, a la par de inexistente toda vez que la entidad financiera actuó con la debida diligencia, quedaría convalidado dicho consentimiento inicial por cuanto durante años ha ido cobrando rendimientos. Igualmente entiende que los actores poseían un perfil inversor por lo que eran capaces de entender lo que contrataban. Participaciones preferentes que fueron vendidas en cumplimiento de la normativa vigente, sin que quepa ahora una suerte de ineficacia del contrato por hechos posteriores donde la entidad financiera, dada su intervención en la contratación, por consiguiente, debe desestimarse la pretensión de los demandantes.

Para sustentar su tesis, aportó junto a su escrito de contestación el contrato de inversión (documento nº 1), test de conveniencia y de advertencia de riesgos (documentos nº 2 a 5), documentos informativos del producto (documentos nº 6 a 8), certificado del director de la sucursal de la entidad financiera (documento nº 9) y comunicaciones de rendimientos obtenidos (documento nº 10).

Por consiguiente, no siendo discutida la existencia de relación contractual entre las partes, ni la adquisición de las participaciones preferentes, los hechos controvertidos se centran en determinar si el consentimiento prestado por los demandantes estaba viciado y por ende debe declararse la nulidad de los contratos, dada la existencia o ausencia de información necesaria así como la inadecuación del producto dado su perfil, analizando especialmente la virtualidad que en su caso posee el cobro de rendimientos y la efectiva determinación del perfil de los contratantes. Hechos éstos que conforman las cuestiones sobre las que debe resolver este Juzgador.

Segundo.- De las participaciones preferentes.

Las participaciones preferentes se encuentran reguladas en la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros. El art. 7 de dicha establece que las participaciones preferentes constituyen recursos propios de las entidades de crédito. Las participaciones preferentes cumplen una función financiera de la entidad y computan como recursos propios, por lo que el dinero que se invierte en participaciones preferentes no constituye un pasivo en el balance de la entidad. El valor nominal de la participación preferente no es una deuda del emisor, por lo que el titular de la misma no tiene derecho de crédito frente a la entidad, no pudiendo exigir el pago. La consecuencia de ello es que el riesgo del titular de la participación preferente es semejante, aunque no igual, al del titular de una acción. En la DA 2ª de esta ley se regulan los requisitos para la computabilidad de las participaciones preferentes como recursos propios. Esta DA 2ª fue redactada por el apartado diez del art. 1 de la Ley 6/2011, de 11 de abril, por la que se transpone a nuestro Derecho la Directiva 2009/111/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por la que se modificó la Ley 13/1985, la Ley 24/1988, de 28 de julio del Mercado de Valores y

el DRLegislativo 1298/1986, de 28 de junio, sobre adaptación del derecho vigente en materia de entidades de crédito al de las Comunidades Europeas.

La Directiva 2009/111/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2.009 no califica la participación preferente como instrumento de deuda, sino como instrumento de capital híbrido al que se ha de aplicar el mismo tratamiento contable y financiero que reciben los recursos propios de la entidad de crédito emisora, de ahí que una primera aproximación a esta figura nos lleva a definirla como un producto financiero que presenta altos niveles de riesgo y complejidad en su estructura y condiciones, como así se reconoce en la exposición de motivos del RDL 24/2012 de reestructuración y resolución de entidades de crédito. En la misma línea el Banco de España las define como un instrumento financiero emitido por una sociedad que no otorga derechos políticos al inversor, ofrece una retribución fija (condicionada a la obtención de beneficios) y cuya duración es perpetua, aunque el emisor suele reservarse el derecho a amortizarlas a partir de los cinco años, previa autorización del supervisor (en el caso de las entidades de crédito, el Banco de España).

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

La CNMV las define como valores emitidos por una sociedad que no confieren participación en su capital ni derecho a voto, con vocación de perpetuidad y cuya rentabilidad no está garantizada. Además advierte que son un instrumento complejo y de riesgo elevado, que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas el capital invertido. Las participaciones preferentes 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.

En cuanto a las características de las participaciones preferentes, destaca que no se atribuye al titular de las mismas un derecho a la restitución de su valor nominal, por lo que es un valor perpetuo y sin vencimiento. En relación a la rentabilidad de la participación preferente se infiere que el pago de la

remuneración estará condicionado a la existencia de beneficios o reservas distribuibles en la entidad de crédito emisora o dominante. También ha de mencionarse que la liquidez de la participación preferente solo puede producirse mediante su venta en el mercado secundario, por lo que en supuestos de ausencia de rentabilidad hace difícil que se produzca la referida liquidez. Así, las participaciones preferentes constituyen un producto complejo de difícil seguimiento de su rentabilidad y que cotiza en el mercado secundario, lo que implica para el cliente mayores dificultades para conocer el resultado de su inversión y para proceder a su venta, y, correlativamente, incrementa la obligación exigible al banco sobre las vicisitudes que puedan rodear la inversión. Las consideraciones anteriores llevan a concluir que las participaciones preferentes como un producto complejo, en modo alguno sencillo. Dicha calificación se hace conforme a lo previsto en el art. 79 bis B.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" -tales como acciones admitidas a negociación en un mercado regulado o en un mercado equivalente de un tercer país; los instrumentos del mercado monetario; obligaciones u otras formas de deuda titulizada, salvo que incorporen un derivado implícito; y las participaciones en instituciones de inversión colectiva armonizadas a nivel europeo- y aquellos valores en los que concurren las siguientes tres condiciones: a. 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; b. que no impliquen pérdidas reales o potenciales para el cliente que excedan del coste de adquisición del instrumento; y c. 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. El análisis de las características de las participaciones preferentes y del listado apuntado permite considerar que ni aparecen en la lista de valores no complejos ni reúne los requisitos que la legislación exige para que tengan dicha consideración. Ello nos lleva, obviamente, a que deban considerarse productos complejos sin que su masiva comercialización por parte de las entidades financieras a clientes minoristas -de forma equivocada, pues se ofrecían como una suerte de ahorro a plazo- enerve dicha consideración.

La naturaleza de este producto bancario -atendiendo a la normativa aplicable y la línea jurisprudencial existente al efecto- se conceptúa como un activo de renta fija o variable privada no acumulativa, condicionada, de carácter perpetuo pero amortizable anticipadamente, en definitiva, subordinado y carente de derechos políticos, fijando la legislación las condiciones para que se configuren y admitan como recursos propios de las entidades de crédito, que se denominan instrumentos de capital híbridos, entre los que se incluye la participación preferente. Esta última resulta, pues, un valor negociable de imprecisa naturaleza. 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.

Como se acaba de apuntar estamos ante productos complejos, volátiles, híbrido 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, son subordinadas, calificación que contradice la apariencia de algún privilegio que le otorga su calificación como "preferentes", toda vez que no otorgan 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 sólo delante de los accionistas ordinarios, y en su caso, de los cuotaparticipes. Y ello sin que tampoco pueda olvidarse la complejidad que encierra la vocación de perpetuidad inherente a la naturaleza de dicho producto, pues al integrarse en los fondos propios de la entidad no existe un derecho de crédito a su devolución.

En definitiva, considera quien debe resolver que la suscripción de participaciones preferente por Doña [REDACTED] y Don [REDACTED] con la entidad BANKIA, S.A. y CAJA MADRID FINANCE PREFERRED, S.A.. el día 7.07.2009 constituye la contratación de un producto complejo en relación al resto de productos ofrecidos por la entidad financiera a los clientes minoristas, máxime cuando el perfil de los clientes era netamente conservador (documentos nº 11 a 23 de la demanda). Ello exigía que la entidad financiera debía extremar la diligencia de información no solo del producto ofrecido sino también del perfil de los propios clientes y que dicha información debía facilitarse a los clientes de forma exhaustiva, completa, informándoles de la verdadera naturaleza del producto y de los riesgos (que eran reales, y muchos). La razón de esta exigencia se asienta básicamente en tres elementos: en la complejidad de las participaciones preferentes, el conocimiento del entorno financiero que se presume a la entidad preferente y la aplicación al cliente de la normativa tuitiva de consumidores y usuarios.

Tercero.- De la nulidad. Prueba practicada.

1. Consentimiento y error,

Conforme al art. 1261 Cc el consentimiento es un requisito esencial para la validez del contrato. El consentimiento de los contratantes se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato. Dicho consentimiento será nulo cuando se hubiera prestado por error, violencia, intimidación o dolo (art. 1265 Cc). Ahora bien, la formación de la voluntad negocial y la prestación de un consentimiento libre, válido y eficaz exige necesariamente haber adquirido plena conciencia de lo que significa el contrato que se concluye y de los derechos y obligaciones que en virtud del mismo se adquieren, lo cual otorga una importancia relevante a la negociación previa y a la fase precontractual, en la que cada uno de los contratantes debe poder obtener toda la información necesaria para poder valorar adecuadamente cuál es su interés en el contrato proyectado y actuar en consecuencia, de tal manera que si llega a prestar su consentimiento y el contrato se perfecciona lo haga convencido de que los términos en que éste se concreta responden a su voluntad negocial y es plenamente conocedor de aquello a lo que se obliga y de lo que va a recibir a cambio. Y ello es desde luego y con mayor razón aplicable en el ámbito de los contratos bancarios.

No obstante, para que el error invalide el consentimiento, el mismo 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 celebrar -de modo que resulte esencial- que no sea imputable a quién lo padece, y la existencia de un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado, y que sea inexcusable, en el sentido de que sea inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular. La inexcusabilidad debe ser apreciada valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, tanto del que ha padecido el error, como las del otro contratante, pues la función básica del requisito es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente. En cuanto al dolo como vicio de consentimiento, abarca no sólo la maquinación directa sino también la reticencia del que calla o no advierte debidamente al otro contratante, sin que lo invalide la confianza o ingenuidad de la parte afectada. Por consiguiente, puede hablarse de dolo por omisión siempre que exista un deber de informar de hechos o circunstancias influyentes y determinantes para la conclusión del contrato según la buena fe o los usos del tráfico (STS de 19.11.12.2006), o por previsión legal.

La doctrina del error como vicio del consentimiento (STS 18.04.1978) establece que *"para que el error en el consentimiento invalide el contrato, conforme a lo dispuesto en el art. 1265 del Código Civil es indispensable que recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieren dado lugar a su celebración-art. 1266.1º y Sentencias de 16 octubre 1923 y 27 octubre 1964 - que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar - Sentencias de 1 julio 1915 y 26 diciembre - que no sea imputable a quien lo padece -Sentencias de 21 octubre 1932 y 16 diciembre 1957 - y que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado - Sentencias de 14 junio 1943 y 21 mayo 1963"*. Además debe ser inexcusable (STS 18.02.1994).

En definitiva, conforme al art. 1262 Cc, el consentimiento se manifiesta por el concurso sobre la oferta y aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato, habiendo definido la jurisprudencia la causa como la razón objetiva, precisa y tangencial a la formación del contrato, que en los contratos sinalagmáticos está constituida por el dato objetivo del intercambio de las prestaciones (STS de 19.6.2009), siendo así que el consentimiento implica el perfecto entendimiento del aceptante sobre la oferta que se le hace.

II. La falta de información.

El artículo 72 del RD 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, establece que a los efectos de lo dispuesto en el artículo 79 bis 6 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, las entidades que presten el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras deberán obtener de sus clientes, incluidos los potenciales, la información necesaria para que puedan comprender los datos esenciales de sus clientes y para que puedan disponer de una base razonable para pensar, teniendo en cuenta debidamente la naturaleza y el alcance del servicio prestado, que la transacción específica que debe recomendarse, o que debe realizarse al prestar el servicio de gestión de cartera. Al propio tiempo, en los apartados siguientes del referido artículo 79 bis, se establecen unas condiciones para la obtención de la información, que debe responder a los objetivos de inversión del

cliente, incluyéndose información sobre el horizonte temporal deseado para la inversión, sus preferencias en relación a la asunción de riesgos, su perfil de riesgos y las finalidades de la inversión y debe ser de tal naturaleza que el cliente pueda, desde el punto de vista financiero, asumir cualquier riesgo de inversión que sea coherente con sus objetivos de inversión. También se indica en este precepto que cuando la entidad no obtenga la información señalada en las letras anteriores, no podrá recomendar servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente, ni gestionar su cartera.

Por su parte, la STS de 20.01.2014, que examina el alcance de los deberes de información y asesoramiento de la entidad financiera en la contratación con inversores minoristas de productos financieros complejos, establece que "el art. 79 bis LMV regula los deberes de información que recaen sobre las entidades financieras que presten estos servicios de inversión. Estos deberes no se reducen a que la información dirigida a sus clientes sea imparcial, clara y no engañosa (apartado 2), sino que además deben proporcionarles, de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión, que deberá incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategia (...) el art. 64 RD 217/2008, de 15 de febrero regula con mayor detalle este deber de información sobre los instrumentos financieros y especifica que la entidad financiera debe "proporcionar a sus clientes (...) una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional". Y aclara que esta descripción debe "incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas". Además, las entidades financieras deben valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionarsele en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad". Y continúa el TS afirmando que "la entidad financiera debe realizar al cliente un test de conveniencia, conforme a lo previsto en el art. 79bis. 7 LMV (arts. 19.5 Directiva 2004/39/CE), cuando se prestan servicios que no conllevan asesoramiento. Se entiende por tales, los casos en que el prestatario del servicio opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada. Este test valora los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente, con la finalidad de que la entidad pueda hacerse una idea de sus competencias en materia financiera. Esta evaluación debe determinar si el cliente es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión ofertado o demandado, para ser capaz de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa. Como aclara el art. 73 RD 217/2008, de 15 de febrero se trata de cerciorarse de que el cliente 'tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado'. Dicho test de conveniencia -que debe contener información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos enumerados a continuación, en la medida en que resulten apropiados a la naturaleza del cliente, a la naturaleza y alcance del servicio a prestar y al tipo de producto o transacción previsto, incluyendo la complejidad y los riesgos inherentes, no se realizó en el presente caso.

En cualquier caso, art. 72 RD 217/2008, las entidades financieras *"deberán obtener de sus clientes(...)la información necesaria para que puedan comprender los datos esenciales de sus clientes y para que puedan disponer de una base razonable para pensar, teniendo en cuenta debidamente la naturaleza y el alcance del servicio prestado, que la transacción específica que debe recomendarse(...) cumple las siguientes condiciones: a) Responde a los objetivos de inversión del cliente. En este sentido, se incluirá, cuando proceda, información sobre el horizonte temporal deseado para la inversión, sus preferencias en relación a la asunción de riesgos, su perfil de riesgos, y las finalidades de la inversión. b) Es de tal naturaleza que el cliente puede, desde el punto de vista financiero, asumir cualquier riesgo de inversión que sea coherente con sus objetivos de inversión(...). c) Es de tal naturaleza que el cliente cuenta con la experiencia y los conocimientos necesarios para comprender los riesgos que implica la transacción(...)"*

Como afirma la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), *"(l)a cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente"* (apartado 53). Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el art. 52 Directiva 2006/73, que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.4 Directiva 2004/39/CE.

En el presente caso el vicio del consentimiento que se sostiene como determinante de la nulidad de los contratos de adquisición de participaciones preferentes se fundamenta en la inadecuación del producto habida cuenta la formación y perfil de los demandantes y en la ausencia de información o carácter erróneo de la suministrada por la entidad financiera. En este sentido, no debe quedar duda alguna que el derecho a la información en el sistema bancario resulta esencial para el correcto funcionamiento del mercado de servicios bancarios, tanto en la fase precontractual como en la fase contractual (SAP Illes Balears, Sec. 5ª, de 21.03.2011). Se trata de 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. Y es que el derecho de información del cliente es de vital importancia para garantizar también 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.

El deber de información y asesoramiento que las entidades bancarias deben prestar á sus clientes, con la finalidad de que estos puedan conocer la naturaleza y riesgos del producto financiero ofrecido, y así tomar las decisiones sobre las inversiones a adoptar con conocimiento de causa, se encuentra actualmente regulado en los artículo 79 y 79 bis de la Ley del Mercado de Valores, si bien, dado en el momento en que se suscribieron las órdenes de compra, debería estarse al RD 629/1993, que establecía idéntica obligación, que exigía, que *las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por*

ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos (...). La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación Conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos.

Como recoge la jurisprudencia apuntada, el deber de información debe permitir al cliente comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de producto financiero objeto de contratación. Solo así es posible tomar una decisión real sobre la inversión que se le ofrece. En concreto, con respecto a las participaciones preferentes se hacía necesario informar, no solo de lo que se trataban sino de todos y cada uno de los riesgos de inversión; esto es, del riesgo de pérdida total del capital, sobre la imposibilidad de obtener el reintegro sin el consentimiento de la entidad o su carácter perpetuo.

Pero una información que debía ser comprensible, clara, veraz y transparente. Y ello quiere decir con los parámetros fijados en la STS de 13.03.1999: *"deben ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, lo que significa que deben reunir el doble requisito de legible, físicamente, y comprensible, intelectualmente"*. Y la obligación de facilitar esa información le compete desde luego a la entidad financiera, que es quien tiene la carga de la prueba del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros como las participaciones preferentes. Y es que en relación con el *'onus probandi'* del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, que la carga probatoria acerca de tal extremo debe pesar sobre el profesional financiero, respecto del cuál la diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica de un ordenado empresario y representante leal en defensa de sus clientes, lo cual es lógico por cuanto desde la perspectiva de éstos últimos (los clientes) se trataría de probar un hecho negativo como es la ausencia de dicha información. Las entidades son las que diseñan los productos y las que los ofrecen a sus clientes y, por ello, deben realizar un esfuerzo adicional, tanto mayor cuanto menor sea el nivel de formación financiera del cliente a fin de que éste comprenda el alcance de su decisión, si es o no adecuada a sus intereses y se le va a poner o colocar en una situación de riesgo no deseada; pues, precisamente, la formación de voluntad negocial y la prestación de un consentimiento libre, válido y eficaz exige necesariamente haber adquirido plena conciencia de lo que significa el contrato que se concluye y de los derechos y obligaciones que en virtud del mismo se adquieren, lo cual otorga una importancia relevante a la negociación previa y a la fase precontractual, en la que cada uno de los contratantes debe obtener toda la información necesaria para poder valorar adecuadamente cuál es su interés en el contrato proyectado y actuar en consecuencia, de tal manera que si llega a prestar su consentimiento y el contrato se perfecciona lo haga convencido de que los términos en que éste se contrata responde a su voluntad negocial y es plenamente conocedor de aquellos a los que se obliga y de lo que va a recibir a cambio (SAP Illes Balears, Sec. 5ª, de 2.09.2011)

Pues bien, en el presente caso, un análisis global e integrador de la prueba practicada permite concluir que ni se informó de forma suficiente a Doña [REDACTED]

██████████ y Don ██████████ y lo que se informó se hizo de manera incorrecta. Debe tenerse en cuenta que los demandantes tenían un perfil conservador. Pese a que la parte demandada alega que estábamos ante inversores expertos -y que incluso el testigo, empleado de la entidad, Don Jordi Romeu, habló de que tenían perfil moderado- lo cierto es que la documental aportada parece acreditar que estamos ante inversores conservadores, de productos de renta fija. Y así no hay más que observar los documentos aportados por los actores -documentos nº 11 a 23- para percibir que estamos ante inversores que lo que buscaban era un riesgo cero. Sin entrar a valorar la formación de los contratantes ni el hecho de que resultaría chocante que una persona cercana a los noventa años quisiera realizar inversiones arriesgadas y agresivas, lo cierto es que las inversiones realizadas por los actores habían sido hasta la fecha conservadoras. No puede compartirse el argumento de la parte demandada, para quien los bonos de Caja Madrid eran un producto financiero de cierto riesgo, pues es obvio (documento nº 16) que en ningún caso dicha inversión se asemejaba a las participaciones preferentes.

Pese a que en este caso se realizó test de conveniencia (documentos nº 2 y 3 de la contestación) no deja de ser llamativo que en los mismos se haga referencia constante a experiencia en inversiones de "renta fija" (pregunta 4). Ello lleva a considerar -con independencia de que en muchas ocasiones se trata de documentos previamente formalizados por la propia entidad- que ninguna validez puede tener este test de conveniencia para con respecto a productos de riesgo financiero cuando se está preguntando por productos de de renta fija. Por tanto, la eficacia probatoria que indicase que los actores eran inversores moderados o expertos es en este caso nula.

Por otro lado se aporta como documentos nº 4 y 5 una suerte de comunicación de riesgo y aceptación por el cliente. Pues bien, en primer lugar debe decirse que la información de riesgos se queda "a medias" pues en ningún momento se informa de la posibilidad de pérdida total de la inversión. A ello debe sumarse que si bien se habla de que ha sido informado de riesgo elevado, dicha prueba no puede valorarse de forma abstracta sino que debe traerse a colación del resto de prueba practicada. Y en este sentido resulta esencial la testifical del Sr. Romeu quien dijo que ni se informó del riesgo de pérdida de capital, que ahora sabe que le producto no era adecuado para los actores y que se lo comercializó como un producto de ahorro a plazo fijo. Él mismo reconoció que era la entidad la que asesoraba y que los actores se dejaban asesorar y recomendar. Por consiguiente, la existencia de dicho reconocimiento queda desvirtualizado cuando ni entidad ni clientes sabían qué firmaban ni qué riesgos. No se trata de una falta de comprensión de lo que se firmó sino que la firma de dichos documentos no era coincidente ni con la realidad del producto ni tampoco con lo que se les informó a los clientes, quienes, conviene recordarlo, confiaban en el asesoramiento de la entidad.

Asimismo, el análisis de las órdenes de compra de las participaciones preferentes -documentos nº 6 y 7 de la demanda- resultan parcos en detalles. De su contenido resulta prácticamente imposible saber ante qué tipo de producto se encontraba el cliente ni los riesgos que asumía ni las condiciones del mismo. Tampoco el folleto informativo acompañado por la demandada como documentos nº 6 arrojaba todas y cada una las características intrínsecas del producto dada la escasez de datos que aportaban, a lo que se une el hecho de que no consta la forma del cliente conforme recibía dicha información, llamando

la atención que se hable pérdidas en el valor de la inversión como la posibilidad de que la "venta fuera menor que el precio que pagó al adquirirlas" pero no del riesgo de pérdida total, elemento éste de esencial importancia. Pero es que incluso la propia denominación del producto resulta perversa, pues el uso de la palabra "preferente" no se corresponde en ningún caso con la realidad del producto pues, como se ha explicado, no se trataba en ningún caso de un crédito preferente frente a la entidad financiera, sino al contrario por lo que la denominación no es que ni siquiera aportara información, es que podría dar lugar a un evidente equívoco del propio producto. La testifical del Sr. Jordi Romeu, empleado de la entidad en el momento de la firma de los contratos, manifestó que en aquel momento desconocía en qué consistían las participaciones preferentes, llegando incluso a afirmar que cuando las comercializaba pensaba que eran un ahorro a plazo, pues no recibió formación alguna ni tenía los conocimientos adecuados del producto. Y en cuanto al perfil de los demandantes ni siquiera le preguntó por su formación o grado de conocimiento de los productos financieros. Contestó que no recordaba haber informado de todos los riesgos del producto llegando a confesar que sabiendo ahora qué son las participaciones preferentes no las hubiera considerado adecuadas para el perfil de los actores.

En definitiva, cuando Doña [REDACTED] y Don [REDACTED] adquirieron las participaciones preferentes no sabían lo que adquirirían. Difícilmente lo podían saber cuando quienes le comercializaron el producto ni siquiera sabían qué es lo que estaban ofreciendo y lo que se contrataba. Por tanto, cuando los demandantes prestaron su consentimiento, éste se hallaba viciado, existía un error debido a esta falta de información pues ésta resultaba necesaria para la adecuada formación de su voluntad contractual. Y la información necesaria no le fue suministrada por quien tenía la obligación de ofrecerla: la entidad financiera ahora demandada, máxime cuando de la prueba practicada se infiere que los actores no poseían una especial experiencia o formación de la que pudiera presumirse un conocimiento previo y preciso de las características y alcance de las participaciones preferentes y cuando, por otro lado, los empleados de la entidad financiera carecían de la formación y conocimientos mínimos del producto. En consecuencia, la existencia del vicio del consentimiento en la que basa su pretensión de nulidad los demandantes queda debidamente acreditada al concurrir todos los requisitos del error invalidante del contrato toda vez que la información facilitada por la entidad financiera fue inadecuada, insuficiente y errónea, lo que provoca que el consentimiento prestado por los demandantes en la adquisición de las participaciones preferentes adoleciera de un error esencial e invalidante, no imputable a aquél. Concurriendo vicio invalidante en la prestación del consentimiento debe declararse la nulidad del contrato.

III. Del cobro de rendimientos.

La demanda insistió en su contestación que el cobro de rendimientos durante años y la experiencia previa de inversiones actuaba como efecto profiláctico al convalidar de forma tácita la adquisición inicial de las participaciones preferentes.

Obviando la cuestión relativa a las previas inversiones de los actores, pues ello ya ha sido objeto de examen, con respecto al efecto confirmatorio del cobro de rendimientos, debe tenerse en cuenta que las mismas deficiencias de información que se acreditan en el momento de la adquisición de las preferentes

se suceden con el posterior cobro de dichos rendimientos, pues en modo alguno consta acreditado que se les hubiese llamado e informado por la entidad bancaria de los riesgos del producto.

En nuestro ordenamiento la virtualidad de la confirmación tácita se asienta en la voluntad, aunque ésta no pueda más que presumirse del legitimado para anular el contrato, pues como literalmente dispone el art. 1.311 Cc, la confirmación tácita ha de inferirse de un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciar a la acción. En consecuencia, la presunción de esa voluntad no puede predicarse sin más, en abstracto, sino que ha de ser fruto de una labor interpretativa que tenga en consideración todas las circunstancias concurrentes y, sobre todo el interés que el legitimado pudiera tener en el momento de realizar dicha conducta en el mantenimiento del contrato, pudiendo presumirse de actos que supongan un provecho del contrato viciado, pero no de aquellos otros actos, como en este caso, el cobro de rendimientos, que no implica necesariamente una voluntad confirmatoria siendo un dato esencial el provecho o beneficio. Y, en este contexto, el cobro de rendimientos no puede implicar aquiescencia con el contrato viciado, ni un interés en el mantenimiento en la eficacia del mismo, pues es evidente que en aquella época los actores consideraban que se trataban de los rendimientos lógicos de un producto de ahorro a plazo, no existiendo, por tanto, un conocimiento preciso de que realmente el contrato era otro, ni tampoco una comunicación expresa de las demandadas de que los rendimientos cobrados lo eran de un producto de riesgo financiero, pues el análisis del documento nº 11 aportado por la demandada no permite inferir la existencia de un producto de riesgo sino que dicha información se asimila con los rendimientos inherentes a un ahorro a plazo. Por tanto, dicho cobro no es contradictorio con el ejercicio posterior de una acción de nulidad.

En definitiva, y por lo expuesto, el cobro de rendimientos no implica una convalidación tácita del negocio primigenio como tampoco impide ni invalida el ejercicio de la acción de nulidad.

IV. Efectos de la nulidad.

Establece el art. 1303 Cc que "*declarada la nulidad de una obligación los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubieses sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes*".

El deber de restitución que impone el mencionado artículo, es aplicable no sólo a los supuestos de anulabilidad sino también a los de nulidad absoluta, tratándose de conseguir a través del mismo que las partes vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidante (STS de 26.07.2000). Este deber de restitución nace de la ley y no necesita petición expresa en razón al principio *iura novit curia*.

Por consiguiente, las partes deben restituirse recíprocamente sus prestaciones debiendo la entidad financiera devolver a los demandantes la cantidad depositada en participaciones preferentes descontando el importe que en concepto de intereses y rendimientos haya recibido los actores por dichas participaciones de manera que ambas vuelvan a tener la misma situación patrimonial inmediatamente anterior a la celebración del contrato nulo-. En definitiva, se trata de la restitución recíproca de las prestaciones, en este caso, la cantidad que la entidad financiera debe restituir es la diferencia entre el valor de la inversión y los intereses legales y los intereses cobrados. Esto es BANKIA SA y FINANCE PREFERRED, S.A. deberán abonar a los demandantes Doña

██████████ la cantidad de TREINTA Y CINCO MIL EUROS (35.000 €) y a Don ██████████ la cantidad de NOVENTA Y SEIS MIL EUROS (96.000 €) si bien en ambos casos deberá detrarse de las citadas cuantías todos aquellos rendimientos que, derivados de dicho producto, hubieran percibido los actores desde su contratación.

Quinto.- De los intereses.

Procede, tal y como reclama la actora, la condena al pago de intereses moratorios, al amparo de los Artículos 1108 y concordantes del Código Civil, consistente en el pago de los intereses desde la interpelación judicial.

Sexto.- De las costas.

Al estimarse las pretensiones de la demanda, deben imponerse a la parte demandada las costas causadas en este procedimiento, en aplicación del principio del vencimiento objetivo en materia de costas, al amparo del Artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los Artículos citados y demás de pertinente y general aplicación, por las facultades que me han sido conferidas por la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, en nombre del Rey

FALLO: Que, **CON ESTIMACION ÍNTEGRA DE LA DEMANDA** interpuesta por el Procurador de los Tribunales Don XAVIER ARMENGOL MEDINA, en nombre y representación de Doña ██████████ y Don ██████████ y dirigida contra la entidad financiera BANKIA, S.A. y CAJA MADRID FINANCE PREFERRED, S.A., **DEBO DECLARAR Y DECLARO la nulidad de las órdenes de compra de participaciones preferentes de fecha 7.07.2009 debiendo las partes restituirse recíprocamente las prestaciones derivadas de ésta, en los términos del Fundamento jurídico Cuarto de esta resolución.**

Con respeto a los intereses, estése a lo dispuesto en el Fundamento Quinto de la presente resolución.

Se imponen las costas a las demandadas.

Así, por esta mi Sentencia, de la que se llevará testimonio a los Autos, quedando el original en el Libro de Sentencias de este Juzgado, definitivamente juzgando en esta instancia, lo pronuncio, mando y firmo, haciendo saber a las partes que contra esta resolución, pueden interponer recurso de apelación para ante la Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona, interponiéndolo en el plazo de veinte (20) días desde la notificación de esta resolución, al amparo del Artículo 457.1 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil. Igualmente, conforme a la DA 15ª LOPJ deberá justificarse la consignación del depósito para recurrir así como el pago de la correspondiente tasa judicial (Ley 10/2012).

DILIGENCIA DE PUBLICACIÓN. La anterior Sentencia, ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Juez Sustituto que la suscribe, estando celebrando audiencia pública; de lo que doy fe.