

NOTIFICADO 3/11/2014

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO 11 DE VALENCIA

N.I.G.:46250-42-2-2014-0002679

Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO - 000088/2014-

De: D/ña. VICENTE BEZJAK, RAUL
Procurador/a Sr/a. VICENTE BEZJAK, RAUL
Contra: D/ña. BANKIA SA
Procurador/a Sr/a. GIL BAYO, ELENA

SENTENCIA N° 213/14

En Valencia, a treinta de octubre de dos mil catorce.

Vistos por D^a. M^a Jesús Giménez Bolós, Juez en funciones de apoyo del Juzgado de Primera Instancia número 11 de Valencia, los autos de Juicio Ordinario n° 88/2014, promovidos a instancia de D. Raúl Vicente Bezjak, representado por el Procurador de los Tribunales D. Raúl Vicente Bezjak, y asistido jurídicamente por la Letrada D^a. Isabel María Paolillo Gomis, contra la mercantil BANKIA SA, representada por la Procuradora de los Tribunales D^a Elena Gil Bayo, y asistida jurídicamente por el Letrado D. Jorge Ramírez Juan, cuyas demás circunstancias personales constan suficientemente en las actuaciones.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Repartida a este Juzgado demanda de Juicio Ordinario, presentada, por el Procurador de los Tribunales D. Raúl Vicente Bezjak, en la representación acreditada. Demanda que tras alegar los hechos que constan en la misma y que se dan por reproducidos, después de alegar los fundamentos que estimó de aplicación, terminó solicitando que previos los trámites legales, se dictase sentencia estimando la demanda.

SEGUNDO.- Que admitido a trámite la demanda, y emplazado el demandado en legal forma, se personó en autos por medio de la Procuradora D^a Elena Gil Bayo en nombre y representación de la mercantil Bankia SA, y contestó la demanda, oponiéndose a la misma en los términos que consta en autos, y suplicando la desestimación íntegra de la demanda.

TERCERO.-Se convocó a las partes a la audiencia previa, comparecidas las partes se comprobó que el litigio subsiste entre ellas, resolviendo las cuestiones procesales alegadas, por lo que cada parte se pronunció sobre los documentos aportados de contrario, en virtud del artículo 427 de la LEC, tras lo cual se procedió a la fijación de los hechos no existiendo conformidad de

las partes por lo que se abrió el período de proposición de prueba con base en el artículo 429 de la LEC. Una vez admitidas las pruebas pertinentes y útiles se convocó a las partes a juicio.

CUARTO.- Celebrado el juicio con la práctica de las pruebas propuestas y admitidas, y verificado el trámite de conclusiones por los litigantes, quedaron los autos conclusos para Sentencia; habiéndose observado las prescripciones legales en la tramitación del presente juicio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-La parte actora presentó demanda contra la entidad financiera Bankia SA, ejercitando la acción de nulidad de los contratos de adquisición de Participaciones preferentes Caja Madrid 2009, fecha de recepción 22 de mayo de 2009, y una fecha valor de 7 de julio de 2009, con un valor nominal de 3.000 euros. y Participaciones Preferentes Caja Madrid 2009 fecha de recepción 22 de mayo de 2009, y una fecha valor de 7 de julio de 2009, con un valor nominal de 12.000 euros, por vicio del consentimiento, declarando la restitución recíproca.

Subsidiariamente se declare la responsabilidad civil de la demandada Bankia, por la deficiente actuación de la entidad financiera.

En todo caso la condena a la entidad demandada al pago de las costas causadas.

Alegando que la conducta de la entidad financiera, fue susceptible de generar error en el cliente, que vicia su consentimiento conforme al artículo 1266 del Cc, en relación con el artículo 1261 del mismo código, conducta que se circunscribe al hecho de no informar de los niveles de riesgo de la operación y, las verdaderas condiciones y características del producto, incumpliendo la exigencia legal de transparencia diligencia y deber de información sobre las características y riesgo del producto; no teniendo en cuenta la entidad financiera, la cualidad de cliente minorista y sin conocimientos financieros.

A ello se opone la entidad demandada, alegando, ser mero intermediario en la adquisición realizada por la parte actora, por lo que la entidad financiera no asume función alguna de asesoramiento al cliente, sino que existe interés de la parte actora en la contratación de los productos, siendo la parte actora perfectamente consciente del producto que contrataba, habiendo obtenido ganancias superiores a las usuales. Y alega que la entidad financiera Bancaja cumplió fiel y puntualmente con todas las obligaciones de información legalmente establecidas, entregándole a la parte actora toda la documentación informativa requerida por la normativa vigente.

La parte demandada solicita se dicte sentencia desestimatoria de la demanda, con expresa condena en costas a la parte demandante.

Así planteada la cuestión, el éxito de la misma depende, por aplicación de las reglas generales de la carga de la prueba, recogidas en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de que la parte actora pruebe los hechos constitutivos de su derecho, mientras que a la parte demandada le corresponde la justificación de los impeditivos o extintivos de aquellos efectos jurídicos.

SEGUNDO.- Antes de entrar en el examen de la prueba practicada, es conveniente hacer ciertas consideraciones sobre la clase de producto que el demandante suscribió. Contenido, naturaleza y riesgos de las 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".

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 cuotapartícipes (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.

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».

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".

TERCERO.- Información sobre los instrumentos financieros. Alcance del deber de información de las entidades financieras, sobre la naturaleza, características y riesgos del instrumento que ofrece. Evaluación de la conveniencia y de la idoneidad.

La Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, fue modificada por la Ley 47/2007 de 19 de diciembre, que incorporó al ordenamiento jurídico español la Directiva

2004/39/CE (MIFID). Esta reforma obliga a tratar los intereses de los inversores "cuidando de tales intereses como si fueran propios" en concreto en el art. 79 de la LMV, establece, la obligación de diligencia y transparencia. Y señala en el párrafo primero "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".

El art. 79 bis de la Ley de Mercado de Valores, regula los deberes de información que recaen sobre las entidades financieras que presten estos servicios de inversión. Establece en el apartado 1º la obligación de mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes, en el apartado 2º, a dar una información "imparcial, clara y no engañosa", en el apartado 3º, el deber de facilitarles información comprensible "sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión", de suerte que tal información debe "incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias". En el caso de valores distintos de acciones emitidos por una entidad de crédito, la información que se entregue a los inversores deberá incluir información adicional para destacar al inversor las diferencias de estos productos y los depósitos bancarios ordinarios en términos de rentabilidad, riesgo y liquidez, estableciendo así mismo en el apartado 6º, que cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, la entidad obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate; y sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquel, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan. Cuando la entidad no obtenga esta información, no recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente. En el caso de clientes profesionales la entidad no tendrá que obtener información sobre los conocimientos y experiencia del cliente. La entidad proporcionará al cliente por escrito o mediante otro soporte duradero una descripción de cómo se ajusta la recomendación realizada a las características y objetivos del inversor, exigiendo, en el apartado 7º, que aunque no se preste el servicio de asesoramiento, un deber de la entidad de identificar la cualificación y conocimientos del inversor con relación a un concreto producto "con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente", debiendo advertir al cliente de su inadecuación cuando así lo sea. En caso de que el servicio de inversión se preste en relación con un instrumento complejo según lo establecido en el apartado siguiente, se exigirá que el documento contractual incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita, en los términos que determine la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la que el inversor manifieste que ha sido advertido de que el producto no le resulta conveniente o de que no ha sido posible evaluarle en los términos de este artículo. Y el art. 78 bis LMV, distingue entre clientes profesionales y clientes minoristas, considerando a los primeros como "aquellos a quienes se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos"

El Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero, que deroga el RD 629/1993 de 3 de mayo, reguló en los artículos 60, 62 y 64 los parámetros esenciales de la información que deben prestar las entidades y, en concreto se establece en el art. 60, las condiciones que debe cumplir la información para ser imparcial, clara y no engañosa estableciendo en el apartado primero, que "...b) La información deberá ser exacta y no destacará los beneficios potenciales de un servicio de

inversión o de un instrumento financiero sin indicar también los riesgos pertinentes, de manera imparcial y visible, c) La información será suficiente y se presentará de forma que resulte comprensible para cualquier integrante medio del grupo al que se dirige o para sus probables destinatarios, d) La información no ocultará, encubrirá o minimizará ningún aspecto, declaración o advertencia importantes".

Estableciendo el artículo 62 Real Decreto 217/2008 Requisitos generales de información a clientes. Regulando en el art. 64, 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. En la 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. En su apartado 2, concreta que, en la explicación de los riesgos deberá incluirse, cuando sea justificado en función del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los conocimientos y perfil del cliente.

Así mismo señala la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 20 Enero 2014, nº sent. 840/2013 Casación núm.: 879/2012, Ponente Excmo. Sr. D.: Ignacio Sancho Gargallo, "Las entidades financieras deben valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad. La entidad financiera debe realizar al cliente un test de inconveniencia, 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. ... 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". Esta "información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos enumerados, (art. 74 RD 217/2008, de 15 de febrero).

Estas exigencias propias del test de conveniencia son menores que cuando debe valorarse la idoneidad del producto conforme al art. 79bis. 6 LMV (art. 19.4 Directiva 2004/39/CE). El test de idoneidad opera en caso de que se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras mediante la realización de una recomendación personalizada. La entidad financiera que preste estos servicios debe realizar un examen completo del cliente, mediante el denominado test de idoneidad, que suma el test de conveniencia (conocimientos y experiencia) a un informe sobre la situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y los objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del cliente, para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan. Para ello, especifica el art. 72 RD 217/2008, de 15 de febrero, 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...(art.72)"

En cuanto a la CARGA DE LA PRUEBA recordar que corresponde a la entidad bancaria, pues como recoge la SAP, Valencia sección 6 del 12 de Julio del 2012 (ROJ: SAP V 3458/2012), en una reclamación similar en que se pide la nulidad de participaciones preferentes. "En relación con la carga de la prueba del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, y sobre todo en el caso de productos de inversión complejos, ha de citarse la STS Sala 1ª, de 14 de noviembre de 2005 en la que se afirma que la diligencia en el asesoramiento no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes, y, en segundo lugar la carga probatoria acerca de tal extremo debe pesar sobre el profesional financiero, lo cual por otra parte es lógico por cuanto desde la perspectiva de los clientes se trataría de un hecho negativo como es la ausencia de dicha información. Por tanto, el eje básico de los contratos, cualesquiera, que sean sus partes, es el consentimiento de las mismas sobre su esencia, que no debe ser prestado, para surtir eficacia, de forma errónea, con violencia, intimidación o dolo, y esta voluntad de consentimiento para ser válida y eficaz exige por su propia naturaleza que los contratantes tengan plena conciencia y conocimiento de lo que prestan su aceptación y de las consecuencias que ello supone"

CUARTO.-Sentado lo anterior, visto el ámbito fáctico y normativo en el que se dilucida la presente litis, debemos tener en cuenta la posición de ambas partes y su actuación en la contratación de los productos financieros objeto de autos para determinar si se cumplen los requisitos que tanto la jurisprudencia como la doctrina establecen a fin de que el error sea suficiente para producir el vicio en el consentimiento causante de la nulidad de los contratos. Debemos por tanto analizar si la información ofrecida, antes y después de la contratación, y los términos en que se plasma la relación contractual, con el fin de valorar si medió o no vicio de consentimiento determinante de la nulidad que se pretende.

En relación a la prueba del cumplimiento del deber de información suministrada por la entidad financiera, por la parte actora incorporó una serie de documentos de carácter personal y económico del actor, y así aporta como doc. nº 2 resguardo de la imposición del plazo fijo de fecha 9 de junio de 2011, doc. nº 3 resguardo de imposición depósito creciente de fecha 11 de julio de 2011, y doc. nº 4 resguardo de depósito interés garantizado de fecha 17 de febrero de 2012.

En relación a la suscripción de las Participaciones preferentes, se aporta como doc. nº 5 y 6 las órdenes de compra de las adquisiciones realizadas, y como doc. nº 7 posición de la cartera de valores de Renta Fija.

En escrito presentado por la parte actora de fecha 8 de octubre de 2014, se aporta los borradores de hacienda de los tres últimos ejercicios del año 2011 al 2013, y se alega en el escrito que siempre ha trabajado el actor con la entidad financiera Caja Madrid, y en los últimos años con Cajamar, en donde suscribió algunas imposiciones a plazo fijo.

Por la entidad demandada se alega en la contestación a la demanda, que cumplió con las obligaciones de información legalmente establecidas, y adjunta como doc nº 2 tríptico folleto informativo de preferentes 2009, como doc. nº 3 informe económico general, y como doc. nº 4 informe pericial Caja Madrid.

En el acto del juicio comparece en calidad de testigo Dª Rosario Tejuelo Bayo, empleada de la entidad demandada, quien declara que conocía al actor como cliente habitual, que es bedel

en una entidad, que no tiene estudios, que tenía contratados plazos fijos, que actualmente calificaría el producto como no apropiado para él, que le comunica los riesgos pero que no le dijo que podía perder toda o parte de la inversión, que las PPF tenían un tipo de interés más elevado que los plazos fijos, se le exhibe el doc. nº 10 y reconoce su letra, a preguntas de la letrada de la parte actora señalo que la ficha del producto la tiene el cliente firmada.

Examinada la prueba practicada en el acto del juicio, en relación a la adquisición de Participaciones preferentes Caja Madrid 2009, fecha de recepción 22 de mayo de 2009, y una fecha valor de 7 de julio de 2009, con un valor nominal de 3.000 euros. y Participaciones Preferentes Caja Madrid 2009 fecha de recepción 22 de mayo de 2009, y una fecha valor de 7 de julio de 2009, con un valor nominal de 12.000 euros, debemos señalar:

Por lo que hace referencia al perfil del suscriptor, según se desprende de lo actuado, coincide plenamente con el de un cliente minorista, siendo lógico que siempre pretendieran productos sencillos y claramente seguros que le permitirán atender sus necesidades, ello, dista de lo que podría entenderse por un cliente profesional, que por su sola condición, es decir, más allá de la información facilitada por la entidad financiera, pudiera asumir de manera plenamente consciente los riesgos naturales de la inversión.

En cuanto al cumplimiento de los mencionados deberes de información, no se conseguido acreditar por la demandada que dicho cumplimiento se haya producido, toda vez que no se ha aportado ningún documento, que corroboré que tras un adecuado estudio del perfil del suscriptor se le informara individualizadamente de las complejidades de la inversión, deberes de información que no se cumplen con la entrega del folleto de emisión, aún en el supuesto de que se le hubiera entregado a la parte actora, circunstancia que no ha quedado acreditado en el presente procedimiento. Por cuanto no se ha aportado un solo documento de aquellas, ni en cuanto a la información del producto, ni la entrega de esta a la parte, ni de la realización de practica alguna por la entidad bancaria dirigida a la obtención de un perfil del inversionista y averiguación de sus circunstancias concretas para la adquisición del producto, a excepción de la entrega de la orden de compra, (doc. nº 5 y 6), que es un documento que únicamente incluyen los datos de la operación concreta, pero en ningún caso información sobre el producto, la inclusión que reza al pie de página que el cliente conoce el significado y trascendencia de la presente orden, no es más que una cláusula estereotipada, que no aparece contrastada de forma alguna por otro medio de prueba, en el sentido de que se hubiera facilitado al cliente la información suficiente para conocer el mencionado alcance.

En relación a la información escrita que se le pudiera haber suministrado por Bankia, ha aportado al expediente copia del resumen del folleto informativo de emisión, (doc. nº 2). El contenido de ese documento es suficiente para poder identificar las condiciones y riesgos básicos de la emisión. Sin embargo dado que dicho documento no está firmado. No puede considerarse acreditado que la entidad hubiera entregado dicho documento informativo, ni ningún otro documento que contuviese información completa sobre las características y riesgos de las participaciones preferentes, con anterioridad a su adquisición . Y con respecto al informe pericial aportado como doc. nº 3 es un informe general que no hace referencia al caso objeto de autos.

Por otro lado, se alega por la parte demandada, que no se prestó un servicio de asesoramiento al cliente, pero a la vista de la prueba practicada debemos *considerar, que la entidad financiera prestó un servicio de asesoramiento al demandante, en este punto debemos de tener en cuenta, que en el art. 4.4. Directiva 2004/38/CE* define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como “la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros”. Y el art. 52 Directiva 2006/73/CE aclara que “se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...)”, que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales. Carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público.”

La Sentencia del TS, de fecha 20 de enero de 2014, se señala que “de este modo, el Tribunal de Justicia *entiende que tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un swap, realizada por la entidad financiera al cliente inversor, “que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público”*

Y en este mismo sentido, la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm.28/2003 de 20 de enero, RC núm. 1755/1997, hacía referencia a «[...] la complejidad de los mercados de valores que, prácticamente, obliga a los inversores a buscar personas especializadas en los referidos mercados que les asesoren y gestionen lo mejor posible sus ahorros; de ahí, el nacimiento y reconocimiento legal, de empresas inversoras, cuya actividad básica, consiste en prestar, con carácter profesional y exclusivo, servicios de inversión a terceros.» La confianza que caracteriza este tipo de relaciones negociales justifica que el cliente confíe, valga la redundancia, en que el profesional al que ha hecho el encargo de asesorarle le ha facilitado la información completa, clara y precisa. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional.

Por lo a la vista de lo expuesto, en el presente procedimiento, debemos concluir *que la relación entre los contratantes era de asesoramiento, al ofrecer el producto a la demandante, extremo alegado por la parte actora, y extremo que no desvirtuado por la prueba de la parte demandada, por lo que la entidad demandada, debería haber comprobado, no solo si el cliente puede conocer el contenido y características del producto de autos, sino comprobar si el indicado producto era idóneo para la situación financiera y económica del cliente mediante un análisis de aquella situación.*

El hecho de que el apartado 3 del art. 79 bis LMV imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como el contratado por las partes, el deber de suministrar al cliente minorista una información comprensible y adecuada de tales instrumentos financieros, que necesariamente ha de incluir “orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos”, muestra que esta información es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento. Dicho de otro modo, el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero

Noha quedado acreditado que la entidad demandada, dispusiera de información suficiente sobre el cliente que le permitiera valorar la adecuación del producto al perfil de riesgo del mismo, no ha quedado acreditado que la entidad demandada hubiese proporcionado información sobre las características y los riesgos de las Participaciones Preferentes con anterioridad a su contratación. Noha quedado acreditado la realización de practica alguna por la entidad bancaria dirigida a la obtención de un perfil del inversionista y averiguación de sus circunstancias concretas para la adquisición del producto, debido a que no se ha practicado ni tan siquiera el test de conveniencia, con el fin de averiguar, 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 debería 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.

Es más el deber que pesaba sobre la entidad financiera no se limitaba a cerciorarse de que el cliente minorista conocía bien en qué consistía el producto que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía. Y en especial la entidad bancaria no comprobó cual era el perfil del inversionista, tanto que no practicó el test de conveniencia, previsto en el art. 79 bis. 7 de la LMV, y el art. 73 del RD 217/08, ni el test de idoneidad preceptivo de conformidad con el artículo 79 bis de la LMV y el 72 del RD 217/08, de tal forma que permitió que la parte actora adquiriera un producto financiero complejo, infringiendo la normativa de información preceptiva.

Por todo lo expuesto debemos concluir que, no ha quedado acreditado que la entidad demandada, dispusiera de información suficiente sobre el cliente que le permitiera valorar la adecuación del producto al perfil de riesgo del mismo, no ha quedado acreditado que la entidad demandada hubiese proporcionado información sobre las características y los riesgos de las Participaciones preferentes con anterioridad de su contratación, y pese a que la carga probatoria incumbía a la demandada, ninguna prueba ha practicado para demostrar que dio una información correcta al demandante del producto financiero, de la documental aportada y de la prueba testifical, en modo alguno se desprende que diera una información clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, de una forma que le permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicios de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece, pudiendo, en consecuencia, tomar decisiones fundadas sobre sus inversiones.

De esta forma la parte demandada ante las manifestaciones de la parte actora de no haber sido adecuadamente informada, debe sufrir las consecuencias de la carga de la prueba y así entender que no facilitó a la parte actora la información que le era exigible a la entidad a la hora de comercializar el producto financiero objeto de autos, información que tuvo que ser adecuada y bastante a la vista de la concreta complejidad del contrato y de los rasgos particulares del inversor del que no ha acreditado tener suficiente conocimiento para adecuar la información que debía facilitar.

QUINTO.-Sobre el resultado anteriormente expuesto deben proyectarse las pretensiones entabladas por la parte actora.

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de enero de 2014, Sentencia Nº: 840/2013, Recurso nº 879/2012, señala con respecto a la Jurisprudencia sobre el error vicio. La regulación del error vicio del consentimiento que puede conllevar la anulación del contrato se halla contenida en el Código Civil, en el art. 1266 CC, en relación con el art. 1265 y los arts. 1300 y ss. Sobre esta normativa legal, esta Sala primera del Tribunal Supremo ha elaborado una doctrina jurisprudencial, de la que nos hemos hecho eco en las ocasiones anteriores en que nos hemos tenido que pronunciar sobre el error vicio en la contratación de un swap, en las Sentencias 683/2012, de 21 de noviembre, y 626/2013, de 29 de octubre: Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea. Es lógico que un elemental respeto a la palabra dada ("*pacta sunt servanda*") imponga la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y pueda quien lo sufrió quedar desvinculado. Al fin, el contrato constituye el instrumento jurídico por el que quienes lo celebran, en ejercicio de su libertad -autonomía de la voluntad-, deciden crear una relación jurídica entre ellos y someterla a una "*lex privata*" (ley privada) cuyo contenido determinan. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos.

En primer término, para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

El art. 1266 CC dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer -además de sobre la persona, en determinados casos- sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261.2 CC). Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones -respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato- que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa.

Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias pasadas, concurrentes o esperadas -y que es en consideración a ellas que el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses.

Las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos. Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano.

El error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente cierta, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre el futuro con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica

la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia. Aunque conviene apostillar que la representación ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos, de tal forma que si el conocimiento de ambas cuestiones era correcto, la representación equivocada de cuál sería el resultado no tendría la consideración de error.

Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida"

Respecto a las circunstancias del actor, en la prestación del consentimiento contractual debe concluirse que el error producido, en el presente supuesto, es esencial ya que recae en la naturaleza, y objeto de lo contratado, por cuanto el actor, no tenía conocimiento de las características del producto, suponiendo estar contratando un plazo fijo desconociendo el contenido de lo que firmaba y sus consecuencias como producto complejo y de riesgo. El error es igualmente excusable o lo que es lo mismo, no es imputable a la parte actora que lo ha sufrido sino a la parte demandada que no facilitó la información que le era exigible a tal fin, ni pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular, por cuanto no puede atribuirse a la actora la condición de profesional referenciada en la normativa reguladora del mercado de valores, sino la condición de minorista, y conservador. No habiendo acreditado la parte demandada la existencia de adecuado asesoramiento externo en el momento de la celebración del contrato. Por lo que el error es imputable a la entidad demandada, por el incumplimiento de su deber de información, omitiendo a la parte actora, características esenciales del contrato que podían perjudicarle seriamente. Del mismo existe un nexo de causalidad entre el error sufrido y la finalidad perseguida por el contratante con el negocio jurídico celebrado habiéndose producido el error en el momento de la celebración del contrato.

Así las cosas, podemos concluir que dado el perfil del actor, y las características del producto -muy complejo- y la omisión de los deberes de información de la entidad, no solo es perfectamente posible sino también excusable, que en el momento la suscripción el actor pensara erróneamente que los productos que le ofrecía su interlocutor de confianza en la entidad- en tanto que llevaba muchos años trabajando con la entidad- respondían a las características deseadas, seguridad máxima, disponibilidad y rentabilidad, pudiendo, al mismo tiempo y por las mismas razones, fácilmente adivinar que, si hubiera sabido que existía la posibilidad no sólo de no obtener rentabilidad alguna sino también de llegar perder el principal invertido, nunca hubiera celebrado los contratos impugnados. Debiendo aclarar que lo que vicia el consentimiento por error, es la falta de conocimiento del producto contratado, y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente que lo contrata, una representación mental equivocada, sobre el objeto del contrato.

Aplicando la doctrina jurisprudencial al presente caso no cabe duda, que por lo expuesto, concurrió en el consentimiento prestado por el demandante, error esencial y excusable, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa, y que de haber sido informado correctamente no habría contratado, error así mismo imputable a la entidad demandada, al vulnerarse el deber de información, y los protocolos específicos del

mismo para un supuesto como el presente, relativos al riesgo del negocio, de la inversión, de sus características, y de la adecuación para el perfil del cliente, error que solo sería inexcusable si la demandada hubiera cumplido con sus obligaciones de información, existiendo relación causal entre el error y la finalidad del negocio, que era además de la rentabilidad, la recuperación del capital invertido.

En base a lo anteriormente expuesto debe declararse la nulidad del contrato de suscripción de las Participaciones, por vicio del consentimiento determinado por error esencial y no imputable a la actora, por cuanto resulta probado que en el presente caso el consentimiento del demandante fue prestado por error.

SEXTO.-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.

Señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 3ª, Sentencia de 13 Feb. 2014, Sentencia nº 48/2014, rec. 463/2013, con respecto a los intereses, 1.- El art. 1303 del Código Civil, establece que «declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses». Este artículo tiene como finalidad conseguir que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador, evitando el enriquecimiento injusto de una de ellas a costa de la otra. El art. 1303 del Código Civil, es aplicable a los supuestos de nulidad radical o absoluta, no solo a los de anulabilidad o nulidad relativa, y opera sin necesidad de petición expresa, por cuanto nace de la ley. Por consiguiente cuando el contrato hubiese sido ejecutado en todo o en parte procede la reposición de las cosas al estado que tenían al tiempo de la celebración, debiendo los implicados devolverse lo que hubieren recibido por razón del contrato [Ts. 3 de diciembre de 2013 (Roj: STS 5761/2013, recurso 2434/2011), 4 de octubre de 2013 (Roj: STS 5474/2013, recurso 680/2011), 23 de noviembre de 2011 (Roj: STS 8900/2011, recurso 2061/2009), 21 de junio de 2011 (Roj: STS 4891/2011, recurso 1647/2007) y 12 de noviembre de 2010 (Roj: STS 5881/2010, recurso 488/2007), entre otras muchas]. 2.- Habiéndose declarado la nulidad absoluta de los contratos de adquisición de participaciones preferentes, y así habiéndose solicitado en la demanda, es obligado el devengo del interés legal de la cantidad a devolver como consecuencia de la nulidad a contar desde la fecha de disposición de las cantidades mediante cargo en cuenta.

Señala así mismo la citada Sentencia "Los intereses del art. 576 de la LEC, tienen un origen legal y un carácter imperativo, debiendo imponerse por obligación «ex lege», sin necesidad de solicitud de parte y aunque la sentencia no se pronuncie expresamente sobre ellos, en consonancia con su naturaleza disuasoria, compensatoria, y sancionadora [Ts. 5 de diciembre de 2007 (RJ Aranzadi 8901)], debiendo imponerse el pago en «toda sentencia o resolución que condene al pago de una cantidad de dinero líquida»".

Procede, por consiguiente, estimar la demanda y declarar la nulidad de la compra de las Participaciones Preferentes Caja Madrid, condenando a la parte demandada estar y pasar por esta declaración, y condenando la entidad financiera Bankia a abonar a la parte demandante la cantidad de 15.000 euros, en concepto del principal más los intereses legales devengados desde la fecha de suscripción de la orden de compra, pero con restitución por la parte actora, de las Participaciones Preferentes o de las acciones obtenidas en el canje, y deduciendo de dichos

importes las cantidades percibidas por la parte actora como intereses abonados a determinar en ejecución de sentencia debiendo la ejecutada presentar certificación de dichos intereses, si no se cumple voluntariamente la sentencia, más el interés legal desde las fechas de las correspondientes liquidaciones parciales;

SÉPTIMO.-De conformidad con lo dispuesto en el Art. 394 LEC , respecto de las costas procesales, al estimarse la demanda, procede hacer expresa condena en costas a la parte demandada.

Vistos los artículos citados, concordantes y los demás de general aplicación,

FALLO

Que estimando la demanda formulada a instancia de [REDACTED] representado por el Procurador de los Tribunales D. Raúl Vicente Bezjak, y asistido jurídicamente por la Letrada D^a. Isabel María Paolillo Gomis, contra la mercantil BANKIA SA, representada por la Procuradora de los Tribunales D^a Elena Gil Bayo, y asistida jurídicamente por el Letrado D. Jorge Ramírez Juan, debo declarar y declaro la nulidad de los contratos de adquisición de las Participaciones Preferentes de Caja Madrid, celebrados entre la demandante y la entidad demandada, por la existencia de error esencial relevante y excusable en el consentimiento ordenándose la restitución recíproca de prestaciones que fueron objeto del contrato, por tanto condeno a la demandada a la devolución de la suma reclamada de QUINCE MIL EUROS (15.000 euros), en concepto del principal más los intereses legales devengados desde la fecha de suscripción de las órdenes de compra, pero con restitución de las participaciones preferentes o de las acciones obtenidas en el canje, y deduciendo de dichos importes las cantidades percibidas por la parte actora como intereses abonados a determinar en ejecución de sentencia, debiendo la ejecutada presentar certificación de dichos intereses, si no se cumple voluntariamente la sentencia, más el interés legal desde las fechas de las correspondientes liquidaciones parciales; y con imposición de costas a la parte demandada.

MODO DE IMPUGNACIÓN: recurso de apelación en el plazo de veinte días, desde la notificación de esta resolución, ante este tribunal, mediante escrito en el que deberá exponerse las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna.

Así lo acuerda y firma SS^{as}.