

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 44 DE MADRID

C/ Capitán Haya, 66 , Planta 6 - 28020

Tfno: 914932857

Fax: 914932859

42020310

NIG: 28.079.00.2-2016/0071999

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 413/2016

Materia: Contratos en general



Demandante:: ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS

PROCURADOR D./Dña. SHARON RODRIGUEZ DE CASTRO RINCON

Demandado:: BANKIA SA

PROCURADOR D./Dña. INMACULADA IBAÑEZ DE LA CADINIÈRE FDEZ

SENTENCIA Nº 351/2016

JUEZ/MAGISTRADO- JUEZ: D./Dña. Mª JOSE LORENA OCHOA VIZCAINO

Lugar: Madrid

Fecha: cinco de octubre de dos mil dieciséis

Doña Lorena Ochoa Vizcaíno, Magistrado-Juez del Juzgado de primera instancia nº 44 de Madrid y su partido judicial, ha visto los presentes autos de Juicio Ordinario nº 413/16, sobre nulidad contractual, promovidos por la Procuradora de los Tribunales Doña Sharon Rodríguez de Castro en nombre y representación de la “Asociación de Usuarios Financieros” (Ausfin), en defensa e interés de su asociada Doña _____ contra la entidad “Bankia, S.A.”, representada por la Procuradora Doña Inmaculada Ibáñez de la Cadiniere.

HECHOS

PRIMERO.- Por la Procuradora de los Tribunales Sra. Encinas Lorente en la representación que tiene acreditada, se formuló demanda de Juicio Ordinario, sobre nulidad contractual, contra la parte demandada en el encabezamiento expresada, que por turno de reparto correspondió a este Juzgado.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se acordó emplazar a la parte demandada, quien compareció y contestó a la demanda en el plazo concedido al efecto, oponiéndose a la misma, con base en los hechos y razonamientos jurídicos que estimó oportunos.

TERCERO.- Convocadas las partes a la audiencia previa prevenida en la Ley, la misma tuvo lugar en el día señalado, ratificando la parte actora su demanda y la demandada su contestación e interesado y acordado el recibimiento del pleito a prueba, propusieron las partes las pruebas consideradas oportunas, admitiéndose las estimadas pertinentes, consistentes únicamente en prueba documental, quedando los autos conclusos para sentencia, habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Ejercita la parte actora en el presente procedimiento una acción principal de nulidad contractual, con fundamento en los artículos 6.3, 1.258, 1.261, 1.303, 1.101, 1.108 y 1.124 del CC, 259 y concordantes del CCom, RD Legislativo 1/07 de 16 de noviembre que aprueba el TR de la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios, Ley 24/88 de 28 de julio del Mercado de Valores, reformada por la Ley 47/07 de 19 de diciembre que traspone la llamada Directiva MIFID 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril y RD 217/08 de 15 de febrero de régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión (que deroga el anterior RD 629/93 de 3 de mayo de establecimiento de normas de actuación en los mercados de valores y modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/03), interesando que se declare la nulidad del contrato financiero denominado "Participaciones Preferentes Caja Madrid 2009" (PP), suscrito por el cliente y que de conformidad con el artículo 1303 del código civil, se proceda a la restitución recíproca de las prestaciones: la inversión inicial, 20.000 €, más las comisiones y gastos pagados al banco desde la contratación, más los intereses legales desde la fecha de la inversión hasta sentencia, minorando dicha cantidad en las rentas recibidas por el cliente, con devolución de las acciones entregadas al cliente, como consecuencia del canje obligatorio.

Subsidiariamente interesa que se declare el incumplimiento por parte de la demandada de sus obligaciones contractuales de diligencia, lealtad e información en la comisión mercantil consistente en una venta asesorada del instrumento financiero y se declare la resolución del contrato, conforme al artículo 1124 del código civil, con resarcimiento de daños y perjuicios equivalentes a la pérdida de valor de la inversión, valorada a fecha de demanda en 11.101,76 €, más comisiones y gastos, más los intereses legales, minorando por las rentas recibidas por el actor incrementadas en el interés legal desde su recepción.

Subsidiariamente solicita que se declare que la demandada ha sido negligente en el cumplimiento de las obligaciones antes referidas y conforme al artículo 1101 del código civil se condene a la misma a abonar los daños y perjuicios causados, equivalentes a la pérdida de valor de la inversión, más los intereses legales. En todo caso los intereses legales se calcularán desde que el banco incurrió en mora hasta la fecha de la sentencia y desde la misma hasta el completo pago, de conformidad con el artículo 576 de la LEC.

Como fundamento de su pretensión alega la actora que su asociada doña , tiene 80 años y ha dedicado toda su vida a desempeñar sus funciones como madre llama de casa, careciendo de estudios financieros, invirtiendo sus ahorros en productos simples. Siempre ha mantenido una estrecha relación con Caja Madrid en quien tenía depositada su confianza y en particular en doña , subdirectora de su oficina. Doña pertenecía al segmento de banca personal y recibía recomendaciones y asesoramiento de sus asesores personales sobre sus inversiones.

En este contexto en 2009, su asesor personal le informó del bajo rendimiento de su dinero procedía del ahorro y que habían producto nuevo de gran rentabilidad superior a los que habitualmente suscribía, 100% garantizado: las participaciones preferentes Caja Madrid

2009. Informó el asesor que el producto caducaba los cinco años y que en caso de necesidad podía llamarle y en dos días como máximo tendría el dinero.

Suscribió así el 15 junio 2009 con fecha valor 7 julio 2009 una orden de suscripción por canje de dicho instrumento financiero por valor de 20.000 €. En el único documento que fue entregado al cliente, doña [redacted] anotó las características que le había indicado su asesor en el anverso, tal como las había comprendido.

Omitió el asesor la verdadera naturaleza del producto y no entregó el folleto de emisión, con los riesgos asociados al producto.

No le consta a doña [redacted] que se le hiciera un test de conveniencia o de idoneidad, no recabando el banco información sobre su situación financiera, conociendo perfectamente su condición de minorista. En ningún momento informó el banco al cliente de la valoración en el mercado del producto, remitiendo extractos periódicos en que constaba dentro de los valores de renta fija e indicando siempre las mismas cantidades que las contratadas, haciendo coincidir el valor nominal con el valor efectivo, ratificando al cliente en la creencia de haber contratado un producto de renta fija o similar.

En 2013 ante las malas noticias que el cliente recibía sobre la verdadera situación de la entidad, se puso en contacto con personal del banco, quienes le aseguraron que no tenía por qué preocuparse recuperaría toda su inversión al vencimiento del producto. Las participaciones preferentes han estado cotizando en el mercado Send a 55% de su valor, si bien, no obstante de manera previa al canje obligatorio efectuado por la entidad en mayo, el producto dejó de cotizar en dicho mercado secundario. Tras el canje obligatorio llevado a cabo por la entidad del 28 mayo 2013, con una quita obligatoria del 38% sumada a la prima de emisión del 35% y la actual pérdida de valor de las acciones de la demandada recibidas, el cliente ha soportado pérdidas en torno al 50% de la inversión, más comisiones y gastos, que pueden cuantificarse a fecha de demanda en 11.101 ,76 € respecto del capital invertido. El banco no informó al cliente ningún momento sobre el ISIN del instrumento financiero.

El 27 junio 2015 se presentó reclamación al servicio de atención al cliente del grupo Bankia, contestando el 11 octubre 2013 remitiéndose a la resolución del proceso de arbitraje al que formalmente se había adherido la cliente. El 28 junio 2015 presentó la actora solicitud de admisión al proceso de arbitraje de consumo para la cliente y el 21 enero 2014 contestó Bankia informando que no se había aceptado su solicitud, sin justificación alguna.

Se ofreció un producto complejo y de alto riesgo a un cliente de minorista y conservador, que además tiene la condición de consumidor, merecedor de especial protección, de forma impropia.

SEGUNDO.- A tal pretensión se ha opuesto la parte demandada alegando que la contraparte pretende desligarse unilateralmente de un contrato que, por un cambio de coyuntura económica la parece desventajoso, conociendo el mismo y sus riesgos, de lo que fue oportunamente informada por la demandada.

Se trata de productos admitidos por el legislador español (DA 2ª de la Ley 13/85 de 25 de mayo en su redacción dada por Ley 19/03 de 4 de julio), cuyas características vienen determinadas por Ley, sin que la demandada haya vulnerado norma alguna del ordenamiento jurídico relacionado con la información de la inversión. Tienen en suma, las participaciones preferentes naturaleza de renta fija, como las calificó al CNMV pero con características más ventajosas, por su mayor rentabilidad que la deuda pública, cotizan en el mercado de renta fija Aiaf (a través de la plataforma Send), cuyos precios medios diarios de cotización están al alcance de cualquiera y como informa la CNMV; no confieren derechos políticos, tienen carácter perpetuo, rentabilidad generalmente variable y no garantizada, posibilidad de pérdidas, valor amortizable y carácter subordinado, características similares a las acciones sociales, comprensibles por cualquier persona, con independencia de sus conocimientos. En las fechas de la contratación contaba Caja Madrid con una calificación crediticia elevada en el sector. Aporta los criterios a emplear por las entidades participadas por el FROB, para ofrecer a sus clientes el sometimiento a arbitraje de las controversias sobre instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada y su tramitación, así como el procedimiento empleado por KPMG como experto independiente para analizar y gestionar las reclamaciones de los clientes que tengan la condición de minoristas. En este caso la reclamación de la parte actora fue desestimada, por haberse llevado a cabo la comercialización del producto de forma correcta, según los criterios del FROB. El canje de las PP por acciones fue impuesto legalmente, lo que no es imputable a la demandada.

Señala que fue la actora quien ordenó la suscripción de las PP, sin asesoramiento alguno de la entidad, que intervino como mera comercializadora e intermediaria en la adquisición del producto, siendo la relación contractual un contrato de depósito y administración de valores, no percibiendo la demandada retribución o comisión alguna por la contratación. El hecho de ser consumidora o minorista no impide a la actora la contratación de este producto, contando adecuada información, perteneciendo a la Asociación de Usuarios Financieros.

Cumplió la entidad bancaria con todas las obligaciones de información al efecto, sin que quepa apreciar error alguno en la actora y menos esencial y excusable, suscribiendo documentos de lenguaje sencillo y comprensible

Se suscribe la orden de compra en que consta perfecta identificación del producto, participaciones preferentes, que no se puede confundir con una imposición a plazo fijo hubo otro tipo de depósitos bancarios y la expresión en el vencimiento de “perpetuo”

De 2.009 a 2.012 ha percibido la actora cupones por elevado importe, rentabilidad superior a otros productos de inversión, no justificando la contraparte las supuestas características de los que entiende contrató, sin que esa percepción sea coherente con el engaño a que se alude, suponiendo esa percepción actos confirmatorios del contrato, subsanando todo vicio de anulabilidad, efectuando las oportunas declaraciones fiscales en que no constan como rendimiento de productos de plazo, sino “Rendimientos de la cesión a terceros de capitales propios: cupones e intereses” y por tanto confirmando los contratos.

La pérdida de valor de las participaciones preferentes, al igual que de forma notoria, de otros instrumentos financieros, se debe a la concurrencia de una circunstancia excepcional, no previsible para la entidad emisora, como es la crisis económica actual, no concurriendo ningún error esencial o excusable.

Se trata en todo caso el servicio prestado una mera ejecución de órdenes de compra y el incumplimiento de alguna norma administrativa, como no haber efectuado el test de conveniencia, no implica sin más la nulidad del contrato. En todo caso han cotizado en un mercado regulado sometido al control y supervisión de las autoridades.

No se acredita tampoco el dolo que se alega, que debe ser objeto de oportuna prueba por la parte actora, sin que quepa su presunción, no efectuando acto alguno para confundir al cliente respecto al producto que contrataba. No resulta tampoco infringida la normativa de consumidores y la mera infracción de disposiciones administrativas no determina la nulidad.

Se opone igualmente a la petición subsidiaria de resolución contractual e indemnización de daños y perjuicios, al no haber incurrido en incumplimiento contractual alguno, implicando la petición de intereses un enriquecimiento injusto.

TERCERO.- De la valoración en conjunto de las pruebas practicadas se estima acreditada íntegramente la pretensión de la parte actora (Art. 217 de la LEC) y ello por las siguientes consideraciones.

Se insta, como pretensión principal la nulidad por error en la voluntad de la parte actora al tiempo de la suscripción de las PP en 2.009.

En este punto y tal como ha venido señalando de modo constante la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras STTS 22-12-99, 19-12-03 o 10-4-01, ha de tenerse en cuenta, ante todo, que en sede de ineficacia de los contratos resultan perfectamente diferenciables los conceptos de inexistencia o nulidad radical, de una parte, y de nulidad relativa o anulabilidad, de otra. En el primero se comprenden los supuestos en que o falta alguno de los elementos esenciales del contrato que enumera el artículo 1261 del Código Civil, o el mismo se ha celebrado vulnerando una norma imperativa o prohibitiva. El segundo se reserva para aquellos otros en que en la formación del consentimiento de los otorgantes ha concurrido cualquiera de los llamados vicios de la voluntad (error, violencia, intimidación o dolo).

Cuando el artículo 1302 establece rigurosas restricciones en cuanto al ejercicio de la acción de nulidad, se está refiriendo única y exclusivamente a aquellas pretensiones que se encaminen a obtener la anulación o declaración de nulidad relativa de los contratos en que se aprecie que han concurrido los vicios del consentimiento que enumera el artículo 1265 del CC. Respecto a esta última el artículo 1.301 del Código Civil establece que "solo durará cuatro años", plazo que claramente es de caducidad y que, por tanto, no resulta susceptible de interrupción ni de prescripción.

Es así preciso establecer una sustancial diferencia entre el error-vicio de la voluntad, regulado en el artículo 1266 del Código Civil, el cual provoca la anulabilidad de los contratos, que únicamente puede ser instada por los obligados principal o subsidiariamente en virtud de ellos -salvo que sean quienes han producido dicho error y el error obstativo, con el que se designa la falta de coincidencia inconsciente entre la voluntad correctamente formada y la declaración de la misma, divergencia que excluye la voluntad interna y hace que el negocio sea inexistente por falta de uno de sus elementos esenciales.

Procede igualmente citar la SAP Valencia 307/08 en supuesto y materia semejante en que se señala que, "como indica la STS 18-2-94 entre otras, "La Sala en línea de principio y abordando el análisis del llamado error propio/vicio -a diferencia del obstativo- ó sobre la declaración negocial rubricado en el citado art. 1266.1º CC y, que es el subsumido en el litigio, y el influjo de su inexcusabilidad que, de existir, habilite el axioma "qui errant no consentire videtur", invalidando el negocio en que aquél haya acontecido, expresa que con la mejor doctrina, debe afirmarse que según nuestra jurisprudencia para ser invalidante, el error padecido en la formación del contrato, además de ser esencial, ha de ser "excusable" requisito que el CC no menciona expresamente y que se deduce de los llamados principios de autorresponsabilidad y de buena fe, este último consagrado hoy en el art. 7 CC; Es inexcusable el error (de la STS 4-1-82), cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular; de acuerdo con los postulados del principio de buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso, incluso las personales, y no sólo las de quien ha padecido el error sino también las del otro contratante pues la función básica de requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida por la declaración; y el problema no estriba en la admisión del requisito, que debe considerarse firmemente asentado, cuanto en elaborar los criterios que deben utilizarse para apreciar la excusabilidad del error: en términos generales -se continúa- la jurisprudencia utiliza el criterio de la imputabilidad del error a quien lo invoca y el de la diligencia que le era exigible, en la idea de que cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible y que la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas: así es exigible mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto, (por ej., anticuarios en la STS 28-2-74 o construcciones en la STS 18-4-78). La diligencia exigible es por el contrario, menor, cuando se trata de persona inexperta que entre en negociaciones con un experto (STS 4-1-82) y siendo preciso por último para apreciar esa diligencia exigible examinar si la otra parte coadyuvó con su conducta o no, aunque no haya incurrido en dolo o culpa se concluye".

En resumen y como resulta de la SSTS 26-6-00 "para que el error en el consentimiento invalide el contrato, ha de recaer sobre la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones que principalmente hubiesen dado lugar a su celebración, de modo que se revele paladinamente se esencialidad; que no sea imputable a quien lo padece; un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado, y que sea excusable, en el sentido de que sea inevitable, no habiendo podido ser evitado por quien lo padeció, empleando una diligencia media o regular".

En esta materia además y como señala la STSJ Navarra de 6-2-06, aplicando la doctrina contenida en las SSTS 24-2-04, 22-12-04 o 7-11-02, “la atribución a la actora de conocimientos y de la preparación adecuadas para conocer y comprender el alcance y riesgos de la operación, en razón a la dedicación de su actividad negocial (o su preparación en este caso), no es el resultado de una presunción judicial, sino la aplicación de una máxima de experiencia, esto es, una deducción o inferencia lógica basada en la experiencia jurídica y vital”.

Determinado lo anterior, en el presente caso consta acreditado que la parte actora no es una persona dedicada al mundo financiero o de las inversiones o que frecuentemente se valiese de financiación para el desarrollo de sus actividades o persiguiese finalidades puramente especulativas con su inversión, dadas sus características y estudios y conocimientos ajenos al sector financiero o bancario, como se acredita documentalmente y a quien la entidad efectivamente calificó como cliente “conservador” o “minorista” conforme a la normativa Mifid, lo que no niega al contestar a la demanda y en función también de los productos financieros que tenía contratados en ese momento, no constando ninguno de riesgo.

No consta por tanto que un cliente con tal calificación, solicitara expresamente un producto en cuyo folleto consta expresamente que es complejo y de riesgo, si no es por ofrecimiento de la misma demandada, confiando obviamente en que tendría unas características y comportamiento adecuado en cuanto a la finalidad perseguida y a su breve amortización, con el fin de conseguir algún incremento de sus ahorros e incluso por encima de lo que es un simple depósito, si bien no especular con un producto complejo y siempre en prevención de ser seguro el producto que le ofrece una Caja de Ahorros, que no es un Banco especulativo o de inversiones y adaptado a sus necesidades por consejo de la actora, quien conocería su intención inversora y situación laboral y económica.

No se desvirtúa por la parte demandada por la empleada que comercializó le producto, que informase de la posible pérdida de capital o del rating definitivo del emisor, ni del derecho de revocación en dos días tras la calificación definitiva. No consta que se informase del riesgo de la posible no percepción de intereses si no había beneficios o quebraba la Caja. Al informarse que era un producto perpetuo, en todo caso igualmente se informaba según resulta un hecho notorio por el argumentario comercial que la entidad podía amortizarlo a los cinco años y se podía vender en un mercado secundario en dos días, excluyendo esa perpetuidad, riesgo inherente al producto.

No consta así que se ofreciesen otros productos alternativos o se informase de los principales riesgos del producto, y posible pérdida del capital exponiendo escenarios negativos, el riesgo de no percibir intereses por los criterios de distribución de beneficios, ni se indicó el rating definitivo de la entidad emisora, pese a resultar el principal riesgo la quiebra del emisor, del que tampoco se informaba o la rebaja de la calificación crediticia cuando se produjo o posteriormente. No constan explicados los diferentes mercados reales de cotización, precios de cotización en él para ordenar una posible venta, la nota de valores o porqué consta en la orden de compra que es irrevocable (al existir derecho de revocación) y la palabra depósito.

Las órdenes se firmaron por la parte actora así sin otra información adicional, como reseñó en el escrito manuscrito que aporta, no impugnada y en la confianza de las explicaciones dadas sobre el producto de forma personal, no teniendo capacidad para comprender el resumen del folleto informativo por su complejidad, que se debió entregar al mismo tiempo que se firmó la orden y no se entregó. No se hizo test alguno, siendo un producto inadecuado al perfil de la actora.

Es por ello que en modo alguno cabe entender la inversión como estrictamente especulativa y menos a perpetuidad en el sentido que ha resultado y con riesgo de pérdida total o de la mayoría de lo invertido.

Se llevó a cabo una técnica de contratación totalmente inadecuada, actuación que va más allá de una simple labor comercializadora o de información con propuestas personalizadas a clientes, de un solo producto, de modo que quepa apreciar que se suscribió un simple contrato de depósito o administración de valores, en que la entidad bancaria se limita a gestionar y cumplir las instrucciones inversoras del cliente.

Se ejerció una labor de auténtico asesoramiento financiero, en que el cliente decide esa contratación ante la información determinante recibida y opinión de quien le ofrece los productos como profesional de la banca y hace un test incluso para valorar que el producto le conviene y se adecúa a su perfil, siendo dicha opinión y no la propia, la determinante de la adquisición del producto concreto.

Que existió esa labor de asesoramiento bancario que va más allá de la simple comercialización, lo evidencia el propio proceder de la entidad que en ese mismo momento, limita la información a proporcionar al cliente, dando explicaciones diversas a los mismos términos literales del único documento que le aporta y manifiesta efectuar un test a la actora en al orden que no se aporta, que cabe calificar no solo de conveniencia, sino también de idoneidad, innecesario para simplemente ejecutar órdenes de compra decididas directamente por el cliente o administrar valores según un simple contrato de administración y gestión de valores y sí necesario en cambio por la normativa bancaria para asesorar en materia de inversión y ofrecer determinados productos en función de la calificación resultante, que en este caso, se estima como “minorista” y “conservador”.

En todo caso el resultado del test, no resultaría compatible con un producto complejo como el que se suscribe a continuación. Se mitigaron los riesgos, con información por escrito en la orden contraria a la realidad del producto. Consta que la emisión tenía un rating provisional, sin informar de su posible revocación por el cambio del mismo en dos días y no se explica el diferente mercado de cotización que aparece en la orden (primario), el que aparecería en el folleto (secundario) y el real de cotización (interno). Tras la calificación definitiva del producto, cercana al Bono Basura y pese a ser uno de los principales riesgos del producto, no se informa de ello, siendo ya evidente la trayectoria negativa de las Cajas y sus productos en el mercado.

No cabe por tanto calificar el producto (complejo, de elevado riesgo...) como conveniente a un cliente "minorista" y "conservador". No cabe tampoco manifestar efectuar un test, que no se aporta, al que se califica de "conveniencia" y que sin distinguir de otro de "idoneidad", se utilice para calificar al cliente así y se le ofrezca a continuación un producto complejo, actuando de forma que se pretende con las diversas denominaciones, crear confusión respecto al contrato y servicios realmente prestados y burlar la normativa tuitiva del mercado de valores.

El artículo 79 bis de la LMV, impone en todo caso cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, que 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.

Y ello sin olvidar que el propio artículo 73 del RD 217/08 de 15 de febrero, con relación al artículo 79 bis 7 de la LMV, impone en todo caso, al referirse a la evaluación de la conveniencia, (al margen de la idoneidad), que deben las entidades determinar si el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarias para comprender los riesgos inherentes al producto "ofertado" esto es un producto que se oferta por la entidad a ese cliente y para lo que no basta un test estereotipado previamente rellenado el mismo día de la contratación como el que se efectuaba al uso y que no consta manuscrito por el cliente y además contradictorio con su real situación de conocimientos y experiencia inversora.

Consta solo proporcionada información verbal y escrita limitada, incurriendo con tal proceder en claras infracciones de la normativa Mifid y buena práctica bancaria en general, pues se ofrece el producto con información confusa y errónea en cuanto al producto, con la expresión depósito y perpetuo, así como la posible amortización anticipada por el emisor a partir del quinto año, sin explicar adecuadamente ese carácter perpetuo, que aparece junto al vencimiento en la orden de compra y la palabra depósito.

El hecho de esa cotización en mercado secundario (interno realmente) implica una gran dificultad para recuperar la inversión, de cuya cotización no se informaba según consta en el argumentario comercial hasta que no se pudo vender en él, siendo una de las características de los productos complejos y de ahí su rentabilidad y a la que ya sí se alude en el Folleto que se registró tampoco entregado. De nuevo confusión y contradicción solo atendiendo a los propios documentos. Tampoco consta en la misma orden de compra información alguna

sobre que ese tipo de interés ofertado estaba condicionado a los resultados económicos del emisor, ni la posibilidad de perder el total dinero invertido.

No se indica expresamente que el emisor sea un tercero en la propuesta de inversión, ni en orden de compra, con el logotipo de Caja Madrid y solo consta la expresión “participaciones preferentes Caja Madrid 2009”, presentándose frente al cliente como una misma entidad con igual logotipo y personalidad.

No se ofrecían otros productos, cuando en esa época había otros depósitos con capital garantizado y rentabilidad semejante.

Por otro lado no solicita un cliente que se califica de conservador, información adicional fuera de su Banco, no teniendo lógicamente ni conocimientos, ni capacidad para ello y por ello se le impone el máximo deber de protección a la entidad bancaria cuando es calificado así, además de contar en este caso expresamente con un servicio de asesoramiento, por lo que obteniendo rendimientos no se preocupa de que le falte otra información y solo al constatar las pérdidas o modificaciones en el régimen seguido, es cuando puede solicitar mayor información, acudiendo en primer lugar a su entidad bancaria. Tampoco consta que se informase al ingresar los cupones o en la información fiscal remitida de la cotización en el mercado, que era realmente interno, reseñándose un valor nominal o por encima de éste, dando lugar esa forma de casar las operaciones de compraventa en el mercado interno, a un expediente sancionador de la CNMV por el conflicto de intereses y perjuicio de los compradores que adquirirían el producto, a precios muy alejados del real.

Todo ello resulta fundamental a la hora de determinar el objeto del contrato y voluntad negocial de las partes, en cuanto elementos esenciales del mismo, pues conforme a lo expuesto, no cabe desconocer que la finalidad esencial de la contratación es obtener un cierto rendimiento de sus ahorros para complementar sus ingresos y ello no puede conllevar que el riesgo sea tal que haga desaparecer todos los ahorros o los deje vinculados a un producto a perpetuidad o de casi imposible realización o en un mercado secundario en que el cliente hasta ahora no puede actuar por sí, pues en tal caso se estaría desnaturalizando el objeto mismo del contrato. Ello además de que actualmente resulta un hecho notorio y conocido la pérdida de valor de la inversión, tras el rescate bancario que se ha producido entre otras entidades a Bankia, que asumió el negocio bancario de la Caja, sin haber proporcionado información tampoco alguna a la actora durante el proceso de escisión de Caja Madrid, desapareciendo la misma como entidad bancaria con quien contrataron, creándose Bankia, habiendo suscrito el contrato con una Caja en cuya denominación incluye la misma expresión “De Ahorros”, excluyendo una finalidad especulativa.

Eran además productos que constan como titularidad de dicha Caja, con una trayectoria de solvencia hasta ese momento, con fines sociales, que no efectúa operaciones arriesgadas. Tal entidad que pasó a ser la entidad Bankia, en cuanto a su labor financiera, se integra en otra con mayor volumen y envergadura en sus inversiones y mayor riesgo, al margen de la parte actora, todo lo cual excluye la intención y voluntad de los mismos de especular en el sentido que se indica por la parte demandada con sus ahorros, pretendiendo simplemente obtener una cierta rentabilidad sin mayor riesgo y a quien fuera de la información fiscal de los intereses

percibidos a efectos de sus declaraciones tributarias, nada se informó sobre la cotización en el mercado secundario de sus preferentes durante este tiempo o forma de casar las operaciones y con qué criterios, existiendo como se ha demostrado a posteriori además un evidente conflicto de intereses por parte de la Caja, perjudicial para los clientes.

Resultaba esencial en este caso la debida información leal, objetiva e imparcial a un cliente titular de productos, que realmente se emiten por el propio interés de la Caja, con evidente conflicto de intereses, para sanear sus balances ante la crisis financiera ya iniciada y con el fin de adecuarse a los nuevos objetivos de solvencia exigidos legalmente, no quedando el cliente al margen de tales procesos como se ha expuesto, pues el derecho del titular de obtener rendimientos de su inversión, dado que es prácticamente nula la posibilidad de su liquidez, está condicionada a la obtención de beneficios por el emisor y a su calificación crediticia y solvencia del emisor. Además el dinero invertido queda sujeto por disposición legal y de modo permanente a la cobertura de las pérdidas del emisor, siendo por ello que acarrea el riesgo de perder totalmente la inversión. Se estiman así las PP como patrimonio neto y el dinero que pudiese existir en depósitos a plazo o a la vista deja de ser deuda del emisor (pasivo contablemente) y forma parte por ministerio de la ley del patrimonio neto, participando los titulares de su riesgo patrimonial, no ostentando así los titulares un derecho de crédito contra la entidad. Ello además de su limitación en la toma de decisiones, careciendo de derecho de voto entre otros.

Tales defectos de información esencial sobre los principales riesgos de los productos, vician la prestación del consentimiento de la parte actora, ignorando esa contratación de un producto complejo a perpetuidad, salvo amortización del emisor, riesgo elevado y rendimientos condicionados. Se destacó en suma en la contratación solo los beneficios del producto, informando confusa y contradictoriamente sobre los riesgos principales.

Por lo expuesto dado el objeto esencial del contrato, ello resulta determinante en cuanto al deber de información que sobre su objeto esencial y riesgos que conlleva, ha de prestar la entidad bancaria que lo ofrece. Así cualquier circunstancia afectante al contrato que determine la anulación de su objeto o cualquier cláusula que incida en su objeto esencial, ha de ser objeto de especial y veraz información para el cliente que contrata, quedando en otro caso viciada su voluntad, sin posibilidad de percatarse de ello por la propia actuación de la demandada. La percepción de intereses obviamente no permite sospechar a la actora, ignorando la depreciación de su producto o los valores no reales del mismo en el mercado secundario.

No existió adecuada información y además se estima hoy hecho notorio, que las PP son productos complejos que a un simple cliente ahorrador de una entidad no se le debe ofrecer y mucho menos asesorar como idóneos dado su perfil y trayectoria, no constando en este caso que el producto se interesase directamente, dado el asesoramiento recibido. Se trata además de un consumidor al que se le dio información sesgada e incompleta sobre los productos y objeto del contrato.

No se aprecia por ello que se hayan cumplido las exigencias legales de adecuada información en cuanto a su objeto, no solo ya con arreglo a la normativa reguladora del mercado de valores, sino de la contratación bancaria en general y normativa de contratación, de modo que la voluntad contractual se prestase libremente sin vicio alguno, destacando solo las ventajas del producto y no reseñando mas que genéricamente y forma confusa los riesgos.

Resulta la confianza en el Banco lo que induce al cliente a no solicitar información adicional alguna, incluso tras recibir los intereses, la cual además tras comenzar a caer el valor de las particiones y sucesivos procesos de escisión y salida a bolsas de la entidad bancaria demandada, no consta tampoco se haya proporcionado, incrementando tales actuaciones los propios riesgos de la inversión y no solo la crisis económica bancaria iniciada con Lehman Brothers o la actual en Europa y obviamente España, con el rescate bancario que no ha afectado a otras entidades bancarias, no siendo desde luego para el cliente un hecho previsible en una Caja de Ahorros, con fines sociales, interesada o no en colocarlas a sus clientes. Además en la fecha en que se emiten las actuales preferentes ya se ha producido la crisis financiera iniciada por Lehman Brothers y en tal coyuntura, no debía ser descartable dos o tres años después, la posible caída y resultados negativos de las operaciones bancarias efectuadas que culminan con la salida a bolsa de Bankia y desaparición previa de Caja Madrid, en un marco además de recesión económica, como admite la propia demandada, de lo que en modo alguno se informa a los clientes, a efectos de valorar el nuevo riesgo, sin poder amortizar previamente su emisión, sea de Caja Madrid Prefered SA. o Caja Madrid y no ya de "Bankia S.A.", no contando con información sobre la cotización en el mercado secundario y sus fluctuaciones en él. Todo ello sin perjuicio de las actuaciones posteriores de esta entidad, sea o no real la imagen que mostrasen sus cuentas, ininteligible para un profano, fuera de anunciar buenos resultados inicialmente.

No se estima en suma que en la contratación del producto, el cliente pudiese acceder a toda la información relevante para adoptar una decisión fundada, adecuada al fin contractualmente perseguido por el mismo, del que tenía pleno conocimiento la contraparte o que su error fuese excusable con dicha diligencia media.

No obstante si bien la forma de proceder por la entidad bancaria dio lugar a ese error y la omisión de información esencial vició el consentimiento, por sí sola esa omisión no determina que se aprecie en este caso que se actuase dolosamente por parte del propio empleado de la sucursal que ofreció la contratación, evidenciándose de la documental aportada sobre la información que debían proporcionar los comercializadores y directores de sucursales que la inadecuada información en este caso, se debió en su mayor parte a la propia falta de conocimiento o formación y por tanto no al dolo sino su la falta de preparación, formación e insuficiente conocimiento, quienes no disponían en este caso a la hora de ofrecer la contratación tampoco, de toda la información relevante, incurriendo en una actuación que cabría calificar de negligente, si bien no dolosa, estando los folletos registrados en la propia CNMV.

Además no cumplió la parte demandada con las obligaciones de información en términos adecuados a la normativa aplicable, ofreciendo un producto complejo de alto riesgo e inadecuado al perfil de un cliente minorista y conservador sin suficiente información para comprender su objeto y adecuarse a los fines contractualmente perseguidos, quedando viciada su voluntad.

En esta materia y apoyando las anteriores conclusiones señala la SAP Valencia 30-10-08 o de 17-7-08, con cita de la de 14-11-05 que la especial complejidad del sector financiero-terminología, casuismo, constante innovación de las fórmulas jurídicas, transferencia de riesgos a los clientes adquirentes...- dotan al mismo de peculiaridades propias y distintas respecto de otros sectores, que conllevan la necesidad de dotar al consumidor de la adecuada protección tanto en la fase precontractual -mediante mecanismos de garantía de transparencia de mercado y de adecuada información al consumidor (pues sólo un consumidor bien informado puede elegir el producto que mejor conviene a sus necesidades y efectuar una correcta contratación)- como en la fase contractual -mediante la normativa sobre cláusulas abusivas y condiciones generales, a fin de que la relación guarde un adecuado equilibrio de prestaciones - como finalmente, en la fase postcontractual, cuando se arbitran los mecanismos de reclamación. La [Ley de Mercado de Valores \(RCL 1988, 1644 y RCL 1989, 1149, 1781\)](#) y el [Código General de Conducta de los Mercados de Valores \(RCL 1999, 2621\)](#), en lo relativo a la información a suministrar al cliente, considera que las entidades deben ofrecer y suministrar a sus clientes toda la información relevante para la adopción por ellos de las decisiones de inversión, dedicando el tiempo y la atención adecuada para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos. Con arreglo a tal normativa, la información debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y haciendo expreso hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo a fin de que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata".

El Artículo 79 y concordantes de la Ley de Mercado de Valores, regula hoy día las obligaciones de diligencia y transparencia, la cual ha sido modificada por Ley 47/2007 de 19 de diciembre, que ha venido a potenciar a través de la introducción de un Artículo 79 bis, los deberes de información al cliente, haciendo una regulación muy exhaustiva de la misma y distinguiendo en tal información, la que se debe al cliente no profesional. Según su regulación, " la información referente a los instrumentos financieros y a las estrategias de inversión, deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias", de igual forma recoge una obligación de máxima aplicación al supuesto que nos ocupa al señalar que "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 e invisible", dicha obligación es evidente que el Banco debe de cumplirla a pesar de que ello conlleve un riesgo de no contratación.

También destaca la STS 22-12-09, que Ley del Mercado de Valores y el Código General de Conducta de los Mercados de Valores en lo relativo a la información a

suministrar al cliente, considera que las entidades deben ofrecer y suministrar a sus clientes toda la información relevante para la adopción por ellos de las decisiones de inversión, dedicando el tiempo y la atención adecuada para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos. Así lo dispone el Art. 79 de Ley 24/1988, de 28 de julio del Mercado de Valores, al decir las entidades de crédito que actuasen en el Mercado de Valores deben atenerse, entre otros, a los siguientes principios y requisitos: "a) Comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado", "c) Desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuesen propios", "e) Asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados".

Con arreglo a tal normativa, la información debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y haciendo expreso hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo a fin de que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata-Art. 5.3 del Código General de Conducta del Mercado de Valores, de obligada observancia con arreglo al contenido del artículo 78 b) de la Ley de Mercado de Valores anteriormente citada-

Continúa señalando la referida sentencia que ello ya se indicaba así en el anexo al Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios -BOE 21 de Mayo- al disponer que todas las personas y entidades deben actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, conteniendo el artículo 4 relativo a "Información sobre la clientela", las bases sobre las que se asienta la "Teoría del Perfil del cliente" a que se ha hecho referencia anteriormente, al ordenar que "- 1. Las entidades solicitarán de sus clientes la información necesaria para su correcta identificación, así como información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión cuando esta última sea relevante para los servicios que se vayan a proveer." El artículo 5 relativo a la "Información a los clientes" añadía que. "1. 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.... 3. 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.... 5. Las entidades deberán informar a sus clientes con la máxima celeridad de todas las incidencias relativas a las operaciones contratadas por ellos, recabando de inmediato nuevas instrucciones en caso de ser necesario al interés del cliente. Sólo cuando por razones de rapidez ello no resulte posible, deberán proceder a tomar por sí mismas las medidas que, basadas en la prudencia, sean oportunas a los intereses de los clientes. 6. Deberán manifestarse a los clientes las vinculaciones económicas o de cualquier otro tipo que existan entre la entidad y otras entidades que puedan actuar de contrapartida. 7. Las entidades que realicen actividades de asesoramiento a sus clientes deberán: a) Comportarse leal, profesional e imparcialmente en la elaboración de informes. b) Poner en conocimiento de los clientes las vinculaciones relevantes, económicas o de cualquier otro

tipo que existan o que vayan a establecerse entre dichas entidades y las proveedoras de los productos objeto de su asesoramiento...."

»Algunos autores señalan, incluso, que en el caso de productos de inversión complejos la carga de la prueba sobre la existencia de un adecuado asesoramiento debe pesar sobre el profesional financiero respecto del cual la diligencia exigible 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, conforme al contenido del Artículo 2 de la Orden Ministerial de 7 de octubre de 1999 del Ministerio de Economía y Hacienda que desarrolla el Código de Buena Conducta y Normas de Actuación en la Gestión de Carteras de Inversión estableciendo que las entidades deben solicitar a sus clientes información sobre su experiencia inversora, objetivos, capacidad financiera y preferencia de riesgo, sin que quepa la elusión de responsabilidad por parte de las entidades de inversión por razón del concepto genérico de "preferencia de riesgo", cuando las inversiones aconsejadas son incompatibles con el perfil inversor de un cliente y producen el resultado negativo de dañar su patrimonio, pues resulta de los apartados b) y c) del artículo 2 que "las entidades deberán asesorar profesionalmente a sus clientes en todo momento, tomando en consideración la información obtenida de ellos, c) Las entidades desarrollarán su actividad de acuerdo con los criterios pactados por escrito con el cliente ("criterios generales de inversión") en el correspondiente contrato. Tales criterios se fijarán teniendo en cuenta la finalidad inversora perseguida y el perfil de riesgo del inversor o, en su caso, las condiciones especiales que pudieran afectar a la gestión. Dentro del marco establecido por estos criterios, los gestores invertirán el patrimonio de cada uno de sus clientes según su mejor juicio profesional, diversificando las posiciones en busca de un equilibrio entre liquidez, seguridad y rentabilidad, dando prevalencia siempre a los intereses del cliente".

El Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) en Sentencia de 20 de Enero de 2003 -Ponente: Sr. Almagro Nosete, LaLey Juris.: 794/2003 - declara:

"...Ya la Ley del Mercado de Valores de 1988 estableció, superando la arcaica legislación existente hasta el momento, las nuevas bases del régimen jurídico español en la materia y de su regulación, en lo que al tema respecta, ha de concluirse, desde una perspectiva general, que el contrato que vincula a los compradores con la sociedad intermediaria, encargada de la adquisición, siguiendo instrucciones del principal, responde a la naturaleza del contrato de comisión mercantil (artículo 244 del Código de Comercio), y desde una perspectiva más concreta, que toma en cuenta sus relaciones con el "mercado de valores", al llamado contrato de "comisión bursátil"; de manera, que, en el desempeño de su mandato, el comitente debe actuar con la diligencia y lealtad que se exigen a quien efectúa, como labor profesional y remunerada, una gestión en interés y por cuenta de tercero, en el marco de las normas de la Ley del mercado de valores, establecidas para regular la actuación profesional de las empresas de servicios de inversión en los dichos mercados, y, por ello, muy especialmente observar las "normas de conducta" (Título VII) que disciplinan su actuación, entre las que destacan, dentro del deber de diligencia, las de asegurarse que disponen de toda la información necesaria para sus clientes, manteniéndoles siempre adecuadamente informados y la de cuidar de los intereses de sus clientes, como si fueran propios, todo ello potenciado por un exquisito deber de lealtad".

Ninguna de las obligaciones que resultan de lo anteriormente expuesto se cumplió por la demandada con la actora en este caso, procediendo por todo lo expuesto estimar la pretensión de la demanda en los términos interesados en el primer petitum formulado, declarando la nulidad por error en el consentimiento del contrato de adquisición de Participaciones Preferentes (PP), con las consecuencias legales previstas en el artículo 1.303 del CC, es decir el consiguiente regreso al status inicial, esto, es la restitución al cliente de la actora del capital total invertido, 20.000 euros, comisiones y gastos cargados, con el interés legal desde la fecha de la inversión hasta la efectiva restitución de la cantidad invertida, no implicando enriquecimiento injusto alguno, al ser consecuencia legal de la nulidad del contrato suscrito, minorado en la cuantía de los intereses netos abonados por la demandada que fue lo realmente percibido, como si el contrato no hubiese existido para la misma e incrementada en el interés legal, así como la devolución y transmisión de la propiedad y titularidad de las acciones obligatoriamente suscritas por canje a la demandada, una vez satisfechas las cantidades que viene obligada a abonar en virtud de la sentencia.

CUARTO.- Conforme a lo previsto en el artículo 394 de la LEC, procede imponer las costas a la parte demandada.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO.- Que debo estimar y estimo íntegramente la demanda formulada por la Procuradora Doña Sharon Rodríguez de Castro en nombre y representación de la “Asociación de Usuarios Financieros” (Ausfin), en defensa e interés de su asociada Doña [redacted] contra la entidad “Bankia, S.A.”, representada por la Procuradora Doña Inmaculada Ibáñez de la Cadiniere y en consecuencia, debo declarar la nulidad del contrato financiero denominado “Participaciones Preferentes Caja Madrid 2009”, suscrito por el cliente asociado de la actora, condenando a la demandada a restituir a la misma la inversión inicial de 20.000 euros, más las comisiones y gastos pagados al Banco desde la contratación y los intereses legales desde la fecha de la inversión, hasta la efectiva restitución de la cantidad invertida, minorado en la cuantía de los intereses abonados por la demandada e incrementada en el interés legal desde su percibo, procediendo el cliente a la devolución y transmisión de la titularidad de las acciones obligatoriamente suscritas a la demandada, una vez satisfechas las cantidades que viene obligada a abonar en virtud de la presente sentencia. Procede igualmente imponer a la parte demandada las costas causadas en esta instancia.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de Apelación en el plazo de los veinte días siguientes a su notificación.

Así por esta mi sentencia de la que se unirá certificación a los autos correspondientes, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada que fue la anterior sentencia por la Sra. Magistrado-Juez que la suscribe en el día de su fecha, estando celebrando audiencia pública. Doy fe.