



**XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 6  
VIGO**

**SENTENCIA: 00149/2014**

**Juicio Ordinario núm. 515/2013**

**Materia: Nulidad contractual.**

**SENTENCIA**

En Vigo, a uno de Septiembre de dos mil catorce.

Vistos por mí, María Mayo Rodríguez, Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Vigo, presentes autos del Juicio Ordinario registrado con número 515/2013 promovido por **Don [REDACTED]** y **Doña [REDACTED]**, representados por Pablo Acosta Padín y asistido por Doña Delfa Losa García, contra la entidad bancaria **Bankia S.A.** representada por Don Andrés Gallego Martín-Esperanza y asistida por Doña Elena Fernández González sobre nulidad contractual.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.- Demanda.** El día 2 de Julio de 2013 la parte actora presentó demanda de juicio ordinario contra la entidad bancaria Bankia SA. alegando, en apoyo de sus pretensiones, los hechos y los fundamentos de derecho que consideró de aplicación al caso. Terminó al Juzgado que se dictase sentencia por la que se declarase que los demandantes sufrieron un error invencible al contratar la suscripción de participaciones preferentes de Bankia, así como la suscripción de acciones de Bankia, inducidos por la nula y falsa información suministrada por ambas entidades, que se declare la nulidad por vicio del consentimiento en la contratación de los productos mencionados, y que se condene a la sociedad demandada a estar y pasar por estas declaraciones, reintegrando a los actores la cantidad de 33.000 euros, detrayéndose de tal cantidad los rendimientos o intereses percibidos por las participaciones preferentes, de los que 18.000 euros corresponden a la suscripción de participaciones preferentes y 15.000 euros a la suscripción de acciones, y abonar los intereses legales respecto de las cantidades objeto de reclamación que se devengarán desde la fecha en que se suscribieron las participaciones preferentes y acciones



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

respectivamente, y subsidiariamente desde la reclamación extrajudicial, todo ello con imposición de costas a la parte demandada.

**SEGUNDO.- Contestación a la demanda.** Se admitió a trámite la demanda, acordando el traslado de la misma a la parte demandada emplazándola para contestarla en el plazo de 20 días hábiles.

El día 9 de Diciembre de 2013, el Procurador de los Tribunales Don Andrés Gallego Martín-Esperanza en nombre y representación de la entidad bancaria Bankia S.A. presentó escrito de contestación a la demanda en el que se opuso al escrito iniciador de este proceso, solicitando la desestimación íntegra de la demanda y todo ello con expresa condena en costas a la parte demandante. [REDACTED]

**TERCERO.- Solicitud de intervención.** El día 9 de Diciembre de 2012, el Procurador de los Tribunales Don Andrés Gallego Martín-Esperanza, en nombre y representación de Caja Madrid Finance Preferred SA, solicitó la personación en el procedimiento seguido contra Bankia sobre nulidad de la inversión de participaciones referentes en calidad de demandada, solicitando que se opusiera la parte actora. El día 14 de Enero de 2014, se dictó Auto en el que se inadmitió la solicitud de intervención en el presente procedimiento formulada por Caja Madrid Finance Preferred SA.

**CUARTO.- Audiencia Previa.** El día 2 de Abril de 2014 se celebró la audiencia previa, compareciendo la parte actora y la parte demandada a través de sus respectivos Abogados y Procuradores. Después de haberse exhortado a los comparecientes para que llegasen a un acuerdo, que no se obtuvo, los Letrados de ambas partes se ratificaron en sus respectivos escritos y, con posterioridad se procedió a la fijación de los hechos controvertidos. A continuación los Letrados solicitaron el recibimiento a prueba, todo lo cual consta debidamente registrado en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen, con el resultado que obra en [REDACTED]

**QUINTO.- Juicio.** El día 12 de Junio de 2014 tuvo lugar la vista del juicio donde se practicaron las siguientes pruebas que habían sido propuestas y admitidas en la audiencia previa:

- ✓ A propuesta de la parte actora: Documental por reproducida, prueba testifical de D<sup>a</sup> [REDACTED]
- ✓ A propuesta de la parte demandada: Documental por reproducida.

Con posterioridad, procedieron las partes a formular oralmente sus conclusiones en los términos que constan en autos.



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

**SEXTO.-** En la tramitación de estos autos se observaron las prescripciones legales.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.- Pretensión de las partes.** La parte actora con fundamento en el artículo 1261, 1265, 1266 y 1303 del Código Civil, RDL 1/2007 de 16 de Noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la defensa de consumidores y usuarios, Ley de Mercado de Valores, Real Decreto 217/2008 sobre el régimen jurídico de las empresas de servicio de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y RD 1310/2005 por el que se desarrolla parcialmente la LMV en materia de admisión a negociación de valores en mercados secundarios oficiales, de ofertas públicas de venta o suscripción y del folleto exigible a tales efectos, ejercitó una acción de nulidad de suscripción de valores de 22 de Mayo de 2009 por un importe de 18.000 euros y una acción de nulidad de suscripción de acciones de Bankia de fecha 6 de Julio de 2011 por importe de 15.000 euros.

- En cuanto a la suscripción de participaciones preferentes, la pretensión que se acciona encuentra su fundamento en la existencia de un error en la formación del consentimiento contractual como consecuencia de la defectuosa e insuficiente información personalizada prestada por la Subdirectora de la sucursal de la entidad demandada, en relación a las características básicas y concretos riesgos de los valores adquiridos, creyendo los actores que contrataban valores seguros con la mayor transparencia posible pero siempre con liquidez y disponibilidad. Alegó respecto de la forma de contratación que solo Don [REDACTED] firmó la orden de suscripción y el tríptico informativo pero no leyeron su contenido en base a la información verbal y relación de confianza. Le hicieron a Don [REDACTED] un test de conveniencia. Alegó también que no le entregaron el folleto de emisión.
- En cuanto a la suscripción de oferta pública de acciones la pretensión que se acciona encuentra su fundamento en la existencia de un error en la formación del consentimiento contractual como consecuencia de la incorrecta e inveraz información suministrada por la entidad, en cuanto a la falta de solvencia e información financiera falsa. Manifestó también que la Subdirectora le insistió a través de varias llamadas de teléfono para que llevase a cabo la inversión, ofreciéndoselo como un producto ventajoso y sólido. Alegó también que la entidad sometió a don [REDACTED] a un test de conveniencia que consta firmado por Doña [REDACTED] aunque no un test de idoneidad a pesar de recibir asesoramiento por la Subdirectora de la sucursal.



Sostiene la parte demandante que, en ambos casos, no hubo información precontractual pues la información se le facilitó el mismo día de la contratación y que el producto era completamente incompatible con el perfil conservador y ahorrador de los demandantes y atendiendo a la falta de conocimientos económicos o bursátiles. La parte actora también alegó que don [REDACTED] [REDACTED] sufre un deterioro cognitivo subcortical en posible relación con la enfermedad de Parkinson que si bien le fue diagnosticada en el año 2011, año de suscripción de las acciones de Bankia se venía manifestando desde finales del año 2008.

La **parte demandada** solicitó la desestimación íntegra de la demanda alegando en primer lugar, la excepción de caducidad de la acción de nulidad de la orden de suscripción de participaciones preferentes. En segundo lugar, alegó como base de su oposición que Bankia actuó como mera intermediaria y comercializadora limitándose a prestar un servicio de inversión a la parte actora y [REDACTED] ningún caso prestó servicio de asesoramiento financiero. Alegó también que los productos fueron debidamente explicados con anterioridad a la contratación de los mismos conociendo los actores la naturaleza, características y riesgos inherentes a la inversión, cumpliendo Bankia con todas sus obligaciones en su condición de intermediaria. Sostuvo además que los actores conocían las características de las participaciones preferentes pues habían contratado con anterioridad participaciones preferentes proviniendo parte de las litigiosas de un canje de participaciones de la serie I. Invocó la parte demandada la aplicación de la doctrina de los actos propios pues la actora ha estado percibiendo intereses derivado de las participaciones y ha tenido que realizar declaraciones fiscales de los distintos productos. Alegó también la parte demandada el cumplimiento de la normativa vigente en materia de comercialización del producto.

**SEGUNDO.- Excepción de caducidad de la acción.** La parte demandada alegó en primer lugar la caducidad de la acción de nulidad de la orden de suscripción de participaciones preferentes ejercitada por la parte actora, al entender que ésta sería una acción de anulabilidad y no de nulidad debiendo ejercitarse en el plazo de 4 años desde la suscripción de la orden hasta la interposición de la demanda.

En el presente caso no se ejercita una acción de nulidad absoluta radical en cuyo caso la misma sería imprescriptible, sino que se ejercita una acción de anulabilidad sujeta a un plazo de caducidad. Así, en el artículo 1.301 del Código Civil establece que *La acción de nulidad solo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr: en los casos de (...) error, dolo o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato*".



Nuestra Jurisprudencia ha sostenido que el momento inicial del cómputo del plazo de cuatro años no es nunca anterior al cumplimiento del contrato, señalando la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Febrero de 2008 en relación a un contrato de préstamo, que no puede entenderse cumplido ni consumado el contrato hasta la realización de todas las obligaciones. La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Junio de 2003 sostuvo que la acción podrá ejercitarse hasta que no transcurra el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 13 de Enero de 2014 ha sostenido que el TS deja claro que la consumación de los contratos sinalagmáticos no se ha de entender producida sino desde el momento en que cada una de las partes ha cumplido la totalidad [REDACTED] las obligaciones derivadas del mismo, debiéndose por ende distinguir entre la perfección, la consumación y el agotamiento del contrato, que no se produciría hasta que el [REDACTED] dejara de producir todos los efectos que le son propios, debiendo quedar fijada la consumación en el momento en que [REDACTED] produce el cumplimiento recíproco de la totalidad de las prestaciones pactadas.

Al hilo de esta cuestión [REDACTED] las Conclusiones adoptadas tras la reunión de Magistrados del Orden Civil en las Jornadas sobre participaciones preferentes que han tenido lugar en Santiago de Compostela el 4 de diciembre de 2013, se fijó: *El dies a quo del cómputo del plazo del ejercicio de la acción de anulabilidad no comienza desde la suscripción del contrato, pues el art. 1301 habla de consumación y no de perfección, que son conceptos doctrinal y jurisprudencialmente diversos. Al hallarnos en contratos de compraventa perpetua, existiendo de forma continuada en el tiempo obligaciones pendientes de cumplimiento, para la determinación del dies a quo del comienzo del cómputo del plazo del ejercicio de la acción correspondiente debe acudirse principalmente a lo dispuesto en el art. 1969 CC y, en tanto, fijar el comienzo del plazo desde que se tiene conocimiento del error.*

Por todo lo expuesto [REDACTED] la excepción de caducidad de la acción alegada por la parte demanda, pues nos encontramos ante contratos de tracto sucesivo, cuyos efectos todavía no han concluido, ya que los efectos de las órdenes de compra se prolongan en el tiempo, desplegando sus efectos hacia el futuro (algunas incluso con carácter perpetuo). De ahí que no se pueda estimar que la acción ejercitada por los demandantes se hallase caducada al tiempo de interposición de la demanda.

**TERCERO. Participaciones preferentes.** Como ya se ha expuesto la parte actora ejercitó dos acciones distintas, por un lado la de nulidad de la orden de suscripción de participaciones

preferentes de fecha de 22 de Mayo de 2009 y por otro lado, una acción de nulidad de suscripción de la oferta pública de acciones de fecha 6 de Julio de 2011 por importe de 15.000 euros. Ambas se analizarán en fundamentos de derecho distintos, comenzando por el examen de la primera de ellas.

Con carácter previo ha de determinarse, a la vista de las alegaciones realizada por la parte demandada, cuál es la **posición de Bankia en la contratación** de las participaciones preferentes. La parte demandada alegó que actuó como mera intermediaria y comercializadora de las participaciones preferentes, cumpliendo con las órdenes de suscripción de valores suscritas por la parte demandante, limitándose Bankia a entregar el importe total a la entidad emisora de las participaciones preferentes (Caja Madrid Finance Preferred SA) y los títulos a la parte demandante. Esta circunstancia ya se razonó en el Auto de fecha 14 de Enero de 2014 dictado por este mismo Juzgado en el que se inadmitió la solicitud de intervención como demandada en presente proceso de Caja Madrid Finance Preferred SA. Se mantienen los razonamientos ofrecidos en esta resolución por a cuyo contenido me remito, en la que se determinó que a la vista de la documental obrante en Autos, Caja Madrid Finance Preferred SA se trata de una *filial* de la entidad demandada principal.

Ha de destacarse que, aunque formalmente existiera una diferenciación entre Caja Madrid -Bankia- entidad que emitía las participaciones preferentes vendidas a la demandante en el presente proceso y, Caja Madrid Finance Preferred, entidad que intermedió en su adquisición (pues ambas tenían personalidad jurídica, en un caso en cuanto sociedad anónima, y en el otro en cuanto caja de ahorros) la aplicación de la doctrina del **levantamiento del velo** lleva a concluir que era, en realidad, Caja Madrid (Bankia) la que emitió y colocó en el mercado las participaciones preferentes objeto del presente proceso, y ello por dos razones; en primer lugar por cuanto la demandada principal es quien recibió el importe de la inversión, de conformidad con la DA II.1.b) de la Ley 13/1985 de 25 de Mayo de Coeficientes de Inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros; en segundo lugar, pues consta que la emisora era una mera sociedad instrumental de la caja de ahorros habiéndose constituido con la única finalidad de fortalecer los recursos propios de la entidad de ahorros.

• Sentado lo anterior, en primer lugar, resulta conveniente analizar el **régimen legal de las participaciones preferentes**. De acuerdo con la definición ofrecida por el Banco de España, las participaciones preferentes *"son un instrumento financiero emitido por una sociedad que no otorga derechos políticos al inversor, ofrece una retribución fija condicionada a la obtención de beneficios, y cuya duración es perpetua, aunque*



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

el emisor suele reservarse el derecho a amortizarlas a partir de los cinco años, previa autorización del supervisor (en el caso de las entidades de crédito, el Banco de España)."

La Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) define las participaciones preferentes como "valores emitidos por una sociedad que no confieren participación en su capital ni derecho de voto. Tienen carácter perpetuo y su rentabilidad generalmente de carácter variable, no está garantizada. Se trata de un instrumento complejo y de riesgo elevado que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido. Con independencia de su carácter perpetuo, el emisor, tratándose de una entidad de crédito suele reservarse el derecho a amortizarlas a partir de los cinco años, previa autorización del Banco de España."

Debe destacarse que la Ley 9/2012 de 14 Noviembre de reestructuración [redacted] resolución de entidades de crédito considera a las participaciones [redacted] en su Exposición de Motivos como un instrumento híbrido y producto complejo para el cliente minorista, considerando éste de acuerdo con el artículo 78 bis de la LMV todos aquellos clientes que no sean profesionales. [redacted]

La Ley 13/1985 de 25 de Mayo de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros, tras la modificación operada por la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, establece en su artículo 7 que A los efectos del presente Título, los recursos propios de las entidades de crédito y de los grupos consolidables de entidades de crédito [redacted] comprenden, entre otros, las participaciones preferentes.

La Ley 19/2003, de 4 de julio, [redacted] sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior, introdujo una Disposición [redacted] II en la Ley 13/1985 de 25 de Mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros, estableciendo [redacted] régimen [redacted] y fiscal de las participaciones preferentes. La redacción vigente al tiempo de realizarse la contratación (Mayo de 2009) era la siguiente: Las participaciones preferentes a que se refiere el artículo séptimo de esta ley tendrán que cumplir los siguientes requisitos:

- a) Ser emitidas por una entidad de crédito o por una entidad residente en España o en un territorio de la Unión Europea, que no tenga la condición de paraíso fiscal, y cuyos derechos de voto correspondan en su totalidad directa o indirectamente a una entidad de crédito dominante de un grupo o subgrupo consolidable de entidades de crédito y cuya actividad u



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

- objeto exclusivos sea la emisión de participaciones preferentes.
- b) En los supuestos de emisiones realizadas por una entidad filial, los recursos obtenidos deberán estar depositados en su totalidad, descontados los gastos de emisión y gestión, y de forma permanente en la entidad de crédito dominante o en otra entidad del grupo o subgrupo consolidable. El depósito así constituido deberá ser aplicado por la entidad depositaria a la compensación de pérdidas, tanto en su liquidación como en el saneamiento general de aquella o de su grupo o subgrupo consolidable, una vez agotadas las reservas y reducido a cero el capital ordinario. En estos supuestos las participaciones deberán contar con la garantía solidaria e irrevocable de la entidad de crédito dominante o de la entidad depositaria.
- c) Tener derecho a percibir una remuneración predeterminada de carácter no acumulativo. El devengo de esta remuneración estará condicionado a la existencia de beneficios distribuibles en la entidad de crédito dominante o en el grupo o subgrupo consolidable.
- d) No otorgar a los titulares políticos, salvo en los supuestos excepcionales que se establezcan en las respectivas condiciones de emisión.
- e) No otorgar derechos de suscripción preferente respecto de futuras nuevas emisiones.
- f) Tener carácter perpetuo, aunque se pueda acordar la amortización anticipada a partir del quinto año desde su fecha de desembolso, previa autorización del Banco de España.
- g) Cotizar en mercados secundarios organizados.
- h) En los supuestos de liquidación o disolución, u otros que den lugar a la aplicación de las prioridades contempladas en el Código de Comercio, la entidad de crédito emisora o de la dominante del grupo o subgrupo consolidable de las entidades de crédito, las participaciones preferentes darán derecho a obtener exclusivamente el reembolso de su valor nominal junto con la remuneración devengada y no satisfecha y se situarán, a efectos del orden de liquidación de créditos, inmediatamente detrás de todos los acreedores, subordinados o no, de la entidad de crédito emisora o de la dominante del grupo o subgrupo consolidable, delante de los accionistas ordinarios y, en su caso, de los cuotapartícipes.
- i) En el momento de realizar una emisión, el importe nominal en circulación no podrá ser superior al 30 por ciento de los recursos propios básicos del grupo o subgrupo consolidable, incluido el importe de la propia emisión, sin perjuicio de las limitaciones adicionales que puedan establecerse a efectos de solvencia. Si dicho porcentaje se sobrepasara una vez realizada la emisión, la entidad de crédito deberá presentar ante el Banco de España para su autorización un plan para retornar al cumplimiento de dicho porcentaje. El Banco de España podrá modificar el indicado porcentaje.



Por último ha de destacarse que el artículo 2 de la Ley del Mercado de Valores dispone que *Quedan comprendidos en el ámbito de la presente Ley los siguientes instrumentos financieros: 1.h Las participaciones preferentes.*

• En segundo lugar, debe analizarse la obligación que recae sobre las entidades bancarias de **suministrar información** a los clientes. Se hace necesario distinguir dos periodos distintos que vienen diferenciados por la entrada en vigor de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, norma de transposición de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de Abril de 2004, sobre Mercados de Instrumentos Financieros, conocida por sus siglas en inglés como MiFID, entre cuyos objetivos se encuentra reforzar la protección a los inversores. En el presente caso y, a [REDACTED] vista de la fecha de suscripción del contrato de depósito y administración de valores así como [REDACTED] la orden de suscripción, se tendrán en cuenta los deberes [REDACTED] exigidos en [REDACTED] de información con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 47/2007.

Así, ha de destacarse que la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, de transposición de la [REDACTED] sobre Mercados de Instrumentos Financieros (MiFID) [REDACTED] el artículo 79 de la Ley 24/1988, de 28 de julio de Mercado de Valores (LMV) recogiendo una obligación genérica de diligencia y transparencia e introdujo el artículo 79 bis en el mismo texto imponiendo obligaciones específicas de información.

Así este artículo 79 bis de la LMV de acuerdo con la redacción existente al tiempo de producirse la segunda y tercera contratación (Octubre [REDACTED] 09 [REDACTED] noviembre de 2011) establecía que *Las entidades que presten servicios de inversión deberán mantener, en todo momento, [REDACTED] adecuadamente informados a sus clientes.*

2. Toda información [REDACTED] dirigida a [REDACTED], incluida la de carácter publicitario, deberá ser imparcial, clara y no engañosa. Las comunicaciones publicitarias deberán ser identificables con claridad [REDACTED] no t [REDACTED]

3. A los clientes, incluidos los clientes potenciales, se les proporcionará, de manera comprensible, información adecuada sobre la entidad y los servicios que presta; sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión; sobre los centros de ejecución de órdenes y sobre los gastos y costes asociados de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa. A tales efectos se considerará cliente potencial a aquella persona que haya tenido un contacto



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

directo con la entidad para la prestación de un servicio de inversión, a iniciativa de cualquiera de las partes.

La información a la que se refiere el párrafo anterior podrá facilitarse en un formato normalizado.

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.

4. El cliente deberá recibir de la entidad informes adecuados sobre el servicio prestado. Cuando proceda dichos informes incluirán los costes de las operaciones y servicios realizados por cuenta del cliente.

5. Las entidades que presten servicios de inversión deberán asegurarse en todo momento de que disponen de toda la información necesaria sobre sus con arreglo a lo que establecen los apartados siguientes.

6. 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; 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 e instrumentos financieros al posible cliente. En el caso de clientes profesionales la entidad no tendrá que obtener información sobre los conocimientos y experiencia del cliente.

7. Cuando se presten servicios de los previstos en el apartado anterior, la empresa de servicios de inversión deberá solicitar al cliente, incluido en su caso los clientes potenciales, que facilite por escrito sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente.

Cuando, en base a esa información, la entidad considere que el producto o el servicio de inversión no sea adecuado para el cliente, se lo advertirá. Asimismo, cuando el cliente no proporcione la información indicada en este apartado o ésta sea insuficiente, la entidad le advertirá de que dicha decisión le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él.



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

Las advertencias previstas en este apartado se podrán realizar en un formato normalizado.

8. Cuando la entidad preste el servicio de ejecución o recepción y transmisión de órdenes de clientes, con o sin prestación de servicios auxiliares, no tendrá que seguir el procedimiento descrito en el apartado anterior siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

a) Que la orden se refiera a acciones admitidas a negociación en un mercado regulado o en un mercado equivalente de un tercer país; a instrumentos del mercado monetario; a obligaciones u otras formas de deuda titulizadas, salvo que incorporen un derivado implícito; a instituciones de inversión colectiva armonizadas a nivel europeo y a otros instrumentos financieros no complejos. Se considerarán mercados equivalentes de terceros países aquellos que cumplan unos requisitos equivalentes a los establecidos en el Título IV. La Comisión Europea publicará una lista de los mercados que deban considerarse equivalentes que se actualizará periódicamente.

Tendrán la consideración de instrumentos financieros no complejos, además de los que se mencionan expresamente en el párrafo anterior, aquellos que concurren las siguientes condiciones: i) que existan posibilidades frecuentes de venta, reembolso u otro tipo de liquidación de dicho instrumento financiero a precios públicamente disponibles para los miembros en el mercado y que sean precios de mercado o precios ofrecidos, o validados, por sistemas de evaluación independientes del emisor; ii) que no impliquen pérdidas reales o potenciales para el cliente que excedan del coste de adquisición del instrumento; iii) que exista a disposición del público información suficiente sobre sus características. Esta información deberá ser comprensible de modo que permita a un cliente minorista medio emitir un juicio fundado para decidir si realiza una operación en ese instrumento.

No se considerarán instrumentos financieros no complejos: i) los valores que den derecho a adquirir o a vender otros valores negociables o que den lugar a su liquidación en efectivo, determinada por los tipos de valores negociables, divisas, tipos de interés o rendimientos, materias primas u otros índices o medidas; ii) los instrumentos financieros señalados en los apartados 2 a 8 del artículo 2 de esta Ley;

b) que el servicio se preste a iniciativa del cliente;

c) que la entidad haya informado al cliente con claridad de que no está obligada a evaluar la adecuación del instrumento ofrecido o del servicio prestado y que, por tanto, el cliente no goza de la protección establecida en el apartado anterior. Dicha advertencia podrá realizarse en un formato normalizado;



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

d) que la entidad cumpla lo dispuesto en la letra d) del apartado 1 del artículo 70 y en el artículo 70 ter.1.d).

Además debe tenerse en cuenta el RD 217/2008 de 15 Febrero de régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y demás entidades que prestan servicios de inversión y modificación del Reglamento de la Ley 35/2003 de 4 Nov., aprobado por RD 1309/2005 de 4 Noviembre, en cuyos artículos 72, 73 y 74 se establece la obligación por parte de las entidades financieras de evaluar la idoneidad y la conveniencia del producto para el cliente.

Así el artículo 72 del citado RD 217/2008 establece que A los efectos de lo dispuesto en el artículo 79 bis.6 de la Ley 24/1988, de 28 de julio las entidades que presten el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras deberán obtener de sus clientes, incluidos los potenciales, la información necesaria para que puedan comprender los datos esenciales de sus clientes y para que puedan disponer de una base razonable para pensar, teniendo en cuenta debidamente la naturaleza y el alcance del servicio prestado, que la transacción es específica que debe recomendarse, o que debe realizarse. Asimismo, para que pueda prestarse el servicio de gestión de cartera, cumple las siguientes condiciones:

a) Responde a los objetivos de inversión del cliente en cuestión. En este sentido, se incluirá, cuando proceda, información sobre el horizonte temporal deseado para la inversión, sus preferencias en relación a la asunción de riesgos, su perfil de riesgos, y las finalidades de la inversión.

b) Es de tal naturaleza que el cliente puede, desde el punto de vista financiero, asumir cualquier riesgo de inversión que sea coherente con sus objetivos de inversión. Cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones a un cliente profesional de los enumerados en las letras a) a d) del artículo 79 bis.3 de la Ley 24/1988, de 28 de julio), la entidad podrá asumir que el cliente puede soportar financieramente cualquier riesgo de inversión a los efectos de lo dispuesto en esta letra.

Asimismo, la información relativa a la situación financiera del cliente incluirá, cuando proceda, información sobre el origen y el nivel de sus ingresos periódicos, sus activos, incluyendo sus activos líquidos, inversiones y bienes inmuebles, así como sus compromisos financieros periódicos.

c) Es de tal naturaleza que el cliente cuenta con la experiencia y los conocimientos necesarios para comprender los riesgos que implica la transacción o la gestión de su cartera. En el caso de clientes profesionales, la entidad tendrá derecho a asumir que el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios a efectos de lo dispuesto en esta letra en cuanto a los productos, servicios y transacciones para los que esté clasificado como cliente

profesional. Cuando la entidad no obtenga la información señalada en las letras anteriores, no podrá recomendar servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente ni gestionar su cartera.

El artículo 73 en relación a la evaluación de la conveniencia establece que A los efectos de lo dispuesto en el artículo 79 bis.7 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, las entidades que prestan servicios de inversión distintos de los previstos en el artículo anterior deberán determinar si el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado. En este sentido, la entidad podrá asumir que sus clientes profesionales tienen la experiencia y conocimientos necesarios para comprender los riesgos inherentes a esos servicios de inversión y productos concretos, o a los tipos de servicios y operaciones para los que esté clasificado como cliente profesional.

El artículo 74 como disposición común a las evaluaciones de idoneidad y de conveniencia establece que A los efectos de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, la información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos siguientes a continuación, en la medida en que resulten apropiados a la naturaleza del cliente, a la naturaleza y alcance del servicio a prestar y al tipo de producto o transacción previstos, incluyendo la complejidad y los riesgos inherentes:

- a) Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que esté familiarizado el cliente.
- b) La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente con instrumentos financieros y el período durante el que se hayan realizado.
- c) El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes.

2. En ningún caso, las entidades incitarán a sus clientes para que no les faciliten la información prevista en los apart. 6 y 7 del art.79 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio.

3. Asimismo, las entidades tendrán derecho a confiar en la información suministrada por sus clientes, salvo cuando sepan, o deban saber, que la misma está manifiestamente desfasada, o bien es inexacta o incompleta.

Por tanto y, a la vista de la regulación legal, se aprecia que a las entidades que intermediaran en el mercado de valores prestando servicios de inversión, la Ley les impone dos tipos de obligaciones de información: a) obtener del cliente la información necesaria para evaluar si el servicio o producto es o no adecuado para éste y para determinar si tiene los conocimientos necesarios para comprender sus riesgos ; b)



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

proporcionarle la información necesaria para que pueda decidir si contrata o no el servicio o producto.

La obligación de informar al cliente no se satisface con el mero ofrecimiento de información sino que se requiere que le sea materialmente y efectivamente proporcionada (lo que, por ejemplo, supone que en el caso de información que conste en documentos no basta con que la entidad le indicara al cliente que los tiene a su disposición sino que requiere de su entrega efectiva), y se sujeta a requisitos de forma, de tiempo, y de contenido. De *forma*, en cuanto no solo se requiere que sea clara, precisa, correcta y suficiente (es decir, toda la necesaria, y solo la necesaria, expuesta en un lenguaje entendible por una persona no iniciada en los mercados de valores). De *tiempo*, pues ha de ser proporcionada ya en la fase precontractual. Y de *contenido*, en cuanto ha de referir las características del instrumento financiero señalando, especialmente, sus riesgos (que en el caso de las participaciones preferentes, [redacted] analizará en el fundamento siguiente, son la perpetuidad, riesgo de pérdida de capital, riesgo de [redacted] quidez, y riesgo de [redacted] rentabilidad)

La prestación de [redacted] t[redacted] como finalidad la adopción de la decisión de [redacted] fundada, conociendo realmente el instrumento financiero sobre el que se contrata, es decir, que el cliente pueda conformar su voluntad contractual conociendo qué puede ganar, pero también en qué supuestos puede sufrir una pérdida.

• En tercer lugar y, dado que la Ley impuso siempre a las entidades financieras [redacted] obligación de información a los clientes debe analizarse, a continuación, cuáles son las **consecuencias de la falta de [redacted] formación** y de este examen se ha ocupado la reciente *Sentencia del Tribunal Supremo 354/2014 de 20 de Enero de 2014* que hace referencia a la incidencia del incumplimiento de [redacted] deberes de [redacted] que se imponen a las entidades financieras como consecuencia de la normativa Mifid en la válida formación del contrato, aunque también se considera extensible a [redacted] deberes de [redacted] información que recaían sobre las mismas con anterioridad a la normativa comunitaria pues como ya se ha expuesto, las leyes ya los recogían.

Establece la Sentencia del TS que el *incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error.*

El TS entiende que el hecho de que la ley imponga a la entidad financiera el deber de suministrar una información

comprensible y adecuada a los clientes minoristas denota que esta información es imprescindible para prestar válidamente su consentimiento. Añade que conviene 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 minorista que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera del deber de informar previsto en el art. 79 bis.3 LMV, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información.

Al mismo tiempo, la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en qué consiste el error, le es excusable al cliente.

**CUARTO.- Valoración de la prueba.** En el presente caso, es necesario valorar si, a la vista de la normativa aplicable en el momento de contratación, la entidad bancaria ha cumplido la obligación legal de información que le era exigible, debiendo realizarse con carácter previo dos precisiones al respecto:

1. La **carga de la prueba** del correcto asesoramiento e información recae sobre el profesional financiero (entidad bancaria), lo cual evidencia la extrema dificultad que supondría para el cliente de la entidad acreditar un hecho negativo como es la ausencia de información. (STS 14 de Noviembre de 2005). Esta afirmación resulta de la aplicación de las normas de distribución de la carga de la prueba y, en particular, principio de facilidad probatoria, correspondiéndole pues a Bankia SA justificar cumplidamente que proporcionó la información necesaria y legalmente exigida y que el Sr. [REDACTED] y la Sra. [REDACTED] emitiesen una válida declaración de voluntad negocial.
2. Las **pruebas practicadas** en el acto del juicio para acreditar este extremo consistieron en prueba documental y en la prueba testifical de la persona que desempeñaba el cargo de subdirectora en la sucursal en la que se contrataron los productos financieros y, que intervino en su comercialización, respondiendo al nombre de doña [REDACTED]. Debe destacarse que los documentos aportados al proceso por ambas partes no fueron impugnados en cuanto a su autenticidad de forma que gozan de pleno valor probatorio en el presente proceso de conformidad con el artículo 326 y 319



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

de la LEC, haciendo prueba plena del hecho que en los mismos se documenta.

Una vez analizado si la entidad bancaria cumplió con las obligaciones legales de información será necesario valorar si ésta resultó suficiente para la formación de la voluntad negocial del Sr. [REDACTED] y la Sra. [REDACTED] o si existió un error en la formación de la misma.

La contratación por el Sr. [REDACTED] y la Sra. [REDACTED] de las participaciones preferentes se produce el 22 de Mayo de 2009, describiéndose el valor como PARTICIP. PREFERENTES CAJA MADRID 2009. La parte actora manifestó en su escrito de demanda que *no sólo fueron mal e insuficientemente informados de las características del producto, sino que no se tuvo en cuenta que éste era totalmente incompatible con el perfil de los actores (perfil conservador y ahorrador), lo que la demandada conocía perfectamente desde hacía muchos años.*

Como ya se ha expuesto, las obligaciones de información que recaían sobre la entidad financiera [REDACTED] eran impuestas por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, norma de transposición de la Directiva 2004/39/CE [REDACTED] Europeo y del Consejo de 21 de Abril de [REDACTED] sobre Mercados de Instrumentos Financieros (MiFID) y por el RD 217/2008 de 15 Febrero de régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y demás entidades que prestan servicios de inversión, además de por la Ley del Mercado de Valores. Esta obligación de información tendría que centrarse, además de las características generales del producto, en los riesgos principales que presenta y que, de acuerdo con la normativa expuesta en el fundamento [REDACTED] no segundo son:

1. Riesgo de no obtener rentabilidad, pues la remuneración está condicionada directamente a la obtención de beneficios distribuibles por la entidad de crédito
2. Cotizan en mercados secundarios [REDACTED], esto es el mercado AIAF como mercado autorizado de renta fija. De ello se deduce un riesgo de no obtener liquidez, pues la venta de los valores solo [REDACTED] si otro comprador adquiere esos valores, es decir, si se "casan" las órdenes de compra y venta.
3. Son valores perpetuos o sin vencimiento, ya que no atribuyen derecho a la restitución de su valor nominal, salvo en caso de liquidación de la entidad emisora y en este caso el titular de las participaciones se sitúa por detrás de todos los acreedores, subordinados o no, de la entidad lo que supone, por tanto, un riesgo de perder la totalidad de su inversión.

• La primera consideración que debe hacerse es sobre el **tipo de cliente** ante el que nos encontramos. La normativa MIFID





distingue entre clientes profesionales y minoristas, siendo a éstos a quienes otorga el mayor grado de protección. Clientes profesionales serán aquellos a quienes se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos (artículo 78 bis.2 LMV), mientras que se consideran minoristas a todos aquellos que no sean profesionales (artículo 78 bis.4 LMV).

De las pruebas aportadas al presente proceso no permiten tener como acreditado que los demandantes poseyeran la experiencia, conocimientos y cualificación necesaria para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos, por tanto, no podrían ser catalogados como clientes profesionales a los efectos de la legislación del mercado de valores (condición de cliente profesional que la demandada ni siquiera alegó de forma expresa); por el contrario la ausencia de conocimientos específicos del mercado de valores así como la acreditación de que la relación con la entidad demandada ha venido desarrollándose a lo largo de los años con una finalidad esencialmente de ahorro llevaba necesariamente a concluir que los demandantes ostentaban la condición de clientes minoristas. En consecuencia, las obligaciones de información de la entidad de crédito exigían que ésta le proporcionase a los demandantes todas las explicaciones que fueran necesarias para que pudieran comprender las características y riesgos de los valores que pretendía colocarles, pues, como ya se ha visto, el régimen de información establecido en la Ley 24/1988 del Mercado de Valores exigía de las entidades que participasen en actividades relacionadas con el mercado de valores que deben informar a sus clientes de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas, con conocimiento de causa. Además en los Documentos núm. 4 y 5 aportados con la demanda consta la condición de los demandantes de "minoristas" "otorgándole de este modo el nivel de protección correspondiente".

En suma, la entidad demandada venía obligada a informar al Sr. [REDACTED] y la Sra. [REDACTED] de una manera suficientemente detallada y clara, teniendo en cuenta su falta de conocimientos específicos del mercado de valores, de manera que pudiera comprender no sólo los rendimientos (cuánto habría de invertir y cuáles habrían de ser los beneficios que tuvieran con la inversión) sino también los riesgos (de iliquidez, de rentabilidad, y de pérdida de capital) de las participaciones preferentes de manera previa a adquirir las mismas, de forma que pudiera haber otorgado su consentimiento contractual con conocimiento de causa. Y, a tal efecto, ha de advertirse que sería irrelevante el hecho de cuál fuera la persona que había iniciado la negociación para adquirir los valores de que ahora tratamos, pues como también hemos visto la ley no establece obligaciones de información diversas en



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

función de si la entidad que participa en el mercado de valores inició o no las negociaciones para colocar los mismos.

• Con carácter previo al análisis de la información suministrada por la entidad, ha de destacarse que por el mero hecho de que la orden de suscripción de participaciones cuya nulidad se solicita **proceda del canje de participaciones emitidas con anterioridad**, como parece deducirse del documento núm.2 aportado con la demandada, no implica necesariamente que los actores deban ser conocedores de las características y riesgos del producto al tiempo de la suscripción de 2009 (entre otras SAP Asturias Sección 4ª de 26 de Septiembre de 2011). Desde la fecha de la primera contratación no se materializó ninguno de los riesgos inherentes a ellas, por lo que nada lleva a pensar que por el mero hecho de haber sido propietarios de un producto deban conocerlos ahora, máxime cuando la entidad bancaria demandada no desplegó actividad probatoria alguna con la finalidad de acreditar cuál fue la información suministrada en la primera contratación y si ésta resultó suficiente para que los clientes conocieran en aquel momento la realidad del producto estimando necesario ofrecer información en la contratación del año 2009. Con todo ello se quiere decir que el mero hecho de haber contratado con anterioridad ciertas condiciones preferentes, la entidad demandada no está exenta de acreditar que en la actualidad los demandantes conocían los riesgos y características del producto.

De las pruebas practicadas se infiere que la entidad demandada procedió a proporcionar información a los demandantes en el año 2009 por dos medios distintos: información verbal e información escrita.

- En cuanto a la **información verbal** suministrada por la entidad al tiempo de producirse la contratación, ha de tenerse en cuenta la declaración testifical practicada en el acto del juicio de **doña [redacted]** (subdirectora de la sucursal en la que se llevó a cabo la contratación) En su declaración manifestó que no recordaba con exactitud si [redacted] si [redacted] la encargada de comercializar el producto aunque probablemente se hubiese ocupado de ello, pues los actores siempre acudían a ella para renovar o suscribir algún producto, o incluso reconoció que ella misma les llamaba por teléfono. Manifestó que la información que se trasladaba era la misma a todos los clientes y consistía en que *las participaciones preferentes eran productos que no tenían vencimiento, que se le daba una rentabilidad muy elevada y que se podían canjear en cualquier momento pues se podían vender a un precio de mercado en un mercado secundario interno que existía dentro de la entidad, y debido a la alta rentabilidad y a la trayectoria en los años que se venía comercializando las participaciones preferentes, en el mismo día o en el día*



siguiente se solían vender. Declaró que creía que no se informaba al cliente de que en supuesto de crisis o insolvencia, pudiesen perder el capital. Manifestó también que no era consciente de los riesgos de los productos pues había total y plena confianza en el mismo, y siempre se vendía como un producto seguro y de buena rentabilidad. A preguntas de la Letrada de la parte demandada recordó que los actores habían renovado las participaciones preferentes y que en 2009, se le hizo el canje por otra emisión que ya tenía.

La testigo manifestó en relación a la información suministrada por escrito que no recordaba si ese mismo día se llevaron al documentación pues en algunas ocasiones se le informaba del producto y pasaban a firmar en un momento posterior. Esta afirmación permite cuestionar si la totalidad de la información se suministraba con anterioridad a la contratación del producto. Por último, en cuanto al test Mifid sostuvo que se realizó con todos los clientes, y que el cliente lo firmaba por encontrarse conforme.

Se le otorgar pleno valor probatorio a esta declaración testifical, pues el testigo prestado por doña [REDACTED] se considera como testigo neutral ya que a pesar de la relación laboral que le unía con la entidad bancaria demandada, ofreció datos que claramente podrían perjudicar a la misma. A las preguntas generales de la Ley declaró que la relación que le une con los demandantes es una mera relación profesional por lo que unido a su manifestada falta de interés en el resultado del pleito hace presuponer que su testimonio es imparcial y goza de credibilidad subjetiva. Además, en el plan de credibilidad objetiva, ha de destacarse que prestó un relato con consistencia interna así como consistencia externa pues aportó datos que se vieron corroborados por la prueba documental obrante en Autos, y cuando no recordaba algún dato lo ponía claramente de manifiesto.

- En cuanto a la **información escrita**, se aportó al proceso la orden de suscripción [REDACTED] [REDACTED] de suscrita por el Sr. [REDACTED] y la Sra. [REDACTED] firmado solo por el primer, información de las condiciones de prestación de servicios de inversión firmado por ambos contratantes, y tríptico informativo firmado por el Sr. [REDACTED] (Documento núm. 2, 3, 4 y 5 del escrito demanda).
- En la orden de suscripción por canje se indican las características de la suscripción, haciendo constar la descripción del valor, nominal, número de títulos, entre otros datos. En cuanto a los riesgos únicamente destaca que su vencimiento es perpetuo. En el citado documento aparece, antes de las firmas, la siguiente inscripción: *El ordenante declara que ha recibido información sobre el instrumento*



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

*financiero al que se refiere esta orden. Asimismo declara que con fecha 22/5/2009 ha realizado el test de conveniencia, facilitando la información necesaria para evaluar, según sus conocimientos y experiencia inversora en relación con el producto, la adecuación o no de la inversión, resultando conveniente para realizar la misma. Al omitirse en la orden de suscripción toda referencia a los concretos riesgos, esta cláusula prerredactada, por sí sola, carece de toda eficacia.*

- En cuanto al tríptico informativo, debe hacerse constar que advierte que es un producto complejo y de carácter perpetuo, definiendo qué significa el término preferente. En cuanto a los riesgos, hace referencia al riesgo de no percepción de remuneración y al riesgo de orden de prelación. No obstante en cuanto al *riesgo de pérdida de capital*, no lo identifica como tal, sino que hace referencia al riesgo de absorción de pérdidas, dificultando con la terminología empleada la identificación inicial y relevante de este concreto e importante riesgo. Además se advierte de la posibilidad de pérdida para sus titulares de principal invertido pero no advierte de la posibilidad de pérdida total. En cuanto a su carácter *perpetuo* se omite la forma del riesgo, en el mismo epígrafe se hace referencia a la posibilidad de amortizarlas transcurridos cinco años desde la fecha de desembolso, dato que parece excepcionar el carácter de perpetuidad del valor, induciendo por tanto a error. Se informa del riesgo de vender las participaciones por un precio menor al que pagó para adquirirlas y al riesgo de que el inversor pueda vender las participaciones con carácter inmediato, al no existir garantías de que vaya a producirse una negociación activa en el mercado, pero en el tríptico informativo toda referencia al riesgo de que la citada liquidez no pudiera conseguirse por la inexistencia de órdenes de compra de los concretos valores que se adquirirían pues si bien indica la forma de llevarla a cabo señalándose que derivará de su cotización en el mercado AIA (fija), omite toda referencia al riesgo de que la citada liquidez no pudiera conseguirse por la inexistencia de órdenes de compra de los concretos valores admitidos. En definitiva, en ninguno de tales documentos puede considerarse que la entidad de crédito hubiese cumplido con su obligación de proporcionar información completa, clara, precisa y comprensible sobre los concretos riesgos del producto.

En atención a lo expuesto puede concluirse que la información suministrada por la entidad bancaria a los demandantes no fue completa, suficiente, clara y precisa. Además ha de valorarse que la información que se transmitió verbalmente era contradictoria con la que se hacía constar en el tríptico, pues como ya se ha apuntado si bien el tríptico describía los riesgos de la emisión aunque con carácter parcial, la empleada del banco que declaró en calidad de testigo manifestó



que la información que se proporcionaba con carácter general a los clientes era la de ser un *producto seguro* y de *alta rentabilidad*, por lo que se omitiría los riesgos del mismo y se destacarían las características favorables del producto. Sin embargo, más allá de las expectativas favorables de los empleados de la demandada en la fecha de contratación, la información debe comprender las características de los valores adquiridos y los riesgos que comportan en todas las hipótesis, y no solo las más favorables. Además basándose en la relación de confianza entre los clientes y la entidad bancaria, haría esperable que, de tener el producto algún riesgo, el empleado se lo transmitiese. La propia testigo reconoció que tenían una relación de confianza. Esta relación de confianza justificaría, además, que, en ausencia de explicación verbal de riesgo alguno, apareciera ya innecesaria para los clientes la lectura reflexiva del tríptico de [REDACTED] nera previa a la adquisición de los valores. Por todo lo expuesto ha de concluirse que ha existido un incumplimiento por la entidad bancaria del deber de informar sobre [REDACTED] concretos riesgos que llevaban aparejados la contratación de estos valores.

Además ha de tenerse en cuenta [REDACTED] atendiendo al momento de contratación, que [REDACTED] exigía a la entidad bancaria la elaboración de un test de idoneidad y/o de conveniencia en función de si existió un servicio de asesoramiento. Como ha reconocido la STS de 20 de Enero de 2014 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sentencia de 20 de Mayo de 2013, caso Genil) *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 consejo de [REDACTED] 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"*. Se aprecia, a la vista de la prueba practicada que, sí existió una labor de asesoramiento por parte de la entidad bancaria a los [REDACTED]. La testigo así lo reconoció en el acto de juicio, llegando incluso a afirmar que llamaba personalmente a sus clientes para ofrecerles productos que consideraba [REDACTED] resultar ventajosos.

La STS de 20 de Enero de 2014 establece que *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"*.

La parte actora aportó como prueba documental (Doc. Núm.4) un test de *conveniencia para el producto de participaciones preferentes Caja Madrid 09* a fecha de 22 de Mayo de 2009. No se ha acreditado por la entidad demandada que este mismo test se hubiera elaborado a la Sra. [REDACTED] ni que se hubiese realizado el test de idoneidad a ambos o a alguno de ellos. Como señalaba la sentencia del T.S. 84/2014, *la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo.*

•Una vez constatada la deficiente información que la entidad financiera suministró a los demandantes, el siguiente paso en el análisis será determinar si, aun así, esta información resultó suficiente para que el Sr. [REDACTED] y la Sra. [REDACTED] pudiera comprender las características del producto financiero que contrataba, siendo necesario en este momento considerar los siguientes aspectos [REDACTED] el perfil de los actores:

1. En primer lugar debe destacarse que se trata de dos personas de avanzada edad [REDACTED] con una **formación académica** básica, pues [REDACTED] de manifiesto en el escrito de demanda poseen estudios primarios, dato que no fue discutido por la demandada. No ha resultado acreditado en el acto del juicio que posea estudios o conocimientos económicos o financieros mínimos que le facilitasen la comprensión de la información que le fue suministrada.
2. De acuerdo con el artículo 38 y 39 del Real Decreto 1310/2005 tiene la consideración de **inversor o cliente minorista**. Doña [REDACTED] manifestó en el acto de juicio que eran clientes con una edad avanzada, conservadores, que solían contratar plazos fijos y que no tenían productos de riesgo.
3. De la prueba practicada en el acto del juicio no consta acreditado que [REDACTED] el Sr. [REDACTED] al tiempo de la contratación de las participaciones preferentes, sufriese un deterioro cognitivo. La propia testigo manifestó que **"notó despistado"** [REDACTED] al tiempo de la contratación de las acciones, pero afirmó que nunca vendería un producto a una persona que no es capaz de entenderlo. No obstante, a pesar incluso de esta manifestación y de la más documental aportada por la parte actora en el acto de la Audiencia Previa, ha de recordarse ordenamiento jurídico la capacidad para contratar, se presume.

A la vista de los perfiles personales, académicos y profesionales así como de la nula experiencia en la contratación de productos de riesgo puede concluirse que el Sr. [REDACTED] y la Sra. [REDACTED] sin una información adecuada a la realidad y, expuesta correctamente, difícilmente pudo



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

comprender la realidad del producto complejo que estaba contratando.

A la vista del deficiente cumplimiento del deber legal de información que recaía sobre Caja Madrid (Bankia), atendiendo al perfil e inexperiencia de los demandantes en la contratación de este tipo de productos y basándome en que la parte demandada no ha acreditado que la actora conociera el contenido de la información no suministrada, se concluye que la actora no pudo conocer con exactitud la naturaleza, características y riesgos de la operación impidiéndoles, pues, formar de manera adecuada su consentimiento en la contratación de este producto financiero complejo.

Se aprecia pues la existencia de error como vicio del consentimiento de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.266 del Código Civil pues los demandantes creyeron que contrataba productos seguros que no entrañaban riesgo para su capital, concluyendo el Tribunal en su Sentencia de 20 de Enero de 2014 que *hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de información inexacta, es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la celebración del contrato es equivocada o errónea.*

Se entiende que concurren todos los elementos que la Jurisprudencia ha exigido para apreciar el error en la formación del consentimiento contractual pues:

- Supuso una representación equivocada de obligaciones principales del contrato y características de alto riesgo del mismo.
- El error fue esencial, se proyectó 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. Los demandantes confiaban en que su dinero estaría asegurado.
- El error fue excusable pues como reconoció la sentencia del Tribunal Supremo *la existencia de los deberes de información que pesan sobre la entidad financiera inciden directamente sobre la concurrencia del requisito de excusabilidad del error.*

Por todo lo expuesto y, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1300 del CC que establece que *los contratos en que concurren los requisitos que expresa el artículo 1.261 pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley*, procede declarar la **nulidad** de la orden de suscripción por canje de participaciones preferentes 22 de Mayo de 2009, acordándose de conformidad con el artículo 1.303 del Código Civil la *recíproca restitución de*



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses.

La consecuencia legal de la declaración de nulidad es la prevista en el artículo 1.303 del Código Civil que 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, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes.* En base a lo expuesto:

- Bankia estará obligada a devolver el principal invertido a la Sra. [REDACTED] y el Sr. [REDACTED] y los frutos que el capital le ha generado, que se traduce en el interés legal devengado desde el instante en que se materializó la correspondiente orden de compra [REDACTED] participaciones preferentes de fecha 22 de Mayo de 2009 para lograr un justo reintegro patrimonial.
- La Sra. [REDACTED] y el Sr. [REDACTED] estarán obligados a restituir a la entidad financiera todos los rendimientos percibidos durante el período de vigencia de las participaciones preferentes con los intereses legales desde la fecha de percepción [REDACTED] año de los rendimientos.

No cabe admitir, finalmente, la alegación efectuada por la demandada respecto a que el hecho de ejercitar la acción de nulidad cuando se han percibido los cupones supone ir contra la **doctrina de los actos propios**. Como se indica en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 26 de junio de 2012 el hecho de haber recibido las cantidades derivadas del abono de cupones no comporta que haya aceptado su rentabilidad, ya [REDACTED] error es anterior "surgió inicialmente, cuando se celebró el contrato y subsistió durante el desarrollo del mismo, extendiéndose a sus consecuencias y derivaciones, como a la percepción de los beneficios". La sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 de septiembre de 200 [REDACTED] señala que [REDACTED] los actos propios prohíben que su autor vaya contra actos que definan su posición o situación jurídica o tiendan a crear modificar o extinguir algún derecho [REDACTED] supuesto que sean válidos y eficaces en Derecho, por lo que no procede su alegación cuando están viciados por error, ya que aquel conocimiento viciado, es notoriamente incompatible con la exigida intención manifiesta". La sentencia del TS de fecha 16 de septiembre de 2004 rechaza expresamente que pueda predicarse la doctrina de los actos propios "en los supuestos en que hay error, ignorancia, conocimiento equivocado o mera tolerancia".

**QUINTO.- Oferta Pública de Acciones.** A continuación se analizará la acción de nulidad de suscripción de la oferta pública de acciones de fecha 6 de Julio de 2010 por importe de





ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

15.000 euros, debiendo tenerse en cuenta igualmente los deberes de información previsto en el fundamento de derecho anterior.

En este caso la parte demandante ejercita la acción de nulidad basándose en la existencia de vicios en el consentimiento provocado por el error invencible sufrido a consecuencia del engaño de la demandada, quien con la oferta pública de acciones, pretendía financiarse ocultando su verdadera solvencia y suministrando información financiera falsa. La parte demandada si bien solicitó la desestimación íntegra de la demanda, no formuló alegaciones como base de su oposición ni negó los hechos alegados por la contraria en su escrito de contestación a la demandada.

Al margen de la falta de oposición, en el caso de autos, concurre un hecho que sí permite la declaración del vicio del consentimiento pretendido por la actora y con ello la estimación de la demanda, toda vez que la información sobre la solvencia de la entidad Bankia facilitada por los empleados de la misma de forma previa a la salida al mercado de la referida entidad en julio de 2011, fue notoriamente incorrecta.

La testigo, Doña [redacted] manifestó en el acto de juicio que recordaba ser ella la empleada que se encargó de la comercialización de las acciones y que si bien, en ningún caso garantizó a sus clientes la obtención de beneficios, sí transmitió la solidez de la empresa, porque en el momento de la contratación ella así lo creía y los números y la trayectoria de la entidad así lo reflejaban. Manifestó que le informó a los actores que las acciones salían a una cotización muy baja, que eran [redacted] que no subirían de forma inmediata, que eran productos para "tener ahí durante tiempo". Manifestó que un cliente [redacted] no podría prever la situación en la que desembocó la entidad pues si lo hubiese sabido no lo hubiese contratado.

De la documental aportada a autos se deduce que, la entidad Bankia salió a bolsa el 20 de julio de 2011. La parte actora aportó como prueba documental el [redacted] la oferta pública de suscripción y admisión de negociación de acciones de Bankia en el que se hace constar todos los riesgos asociados a este producto e incluye como única información financiera consolidada los estados financieros intermedios resumidos consolidados y auditados de Grupo Bankia para el trimestre cerrado a 31 de marzo de 2011 y el balance de situación consolidado a 1 de enero de 2011 a los solos efectos comparativos (sorprendentemente se permitió su salida a bolsa sin tener las cuentas auditadas)

Como analizó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Mataró en Sentencia de Junio de 2014, es un hecho notorio que la cotización fue suspendida por la CNMV el 25 de



mayo de 2012 a petición de la propia entidad solicitando ese mismo día el Consejo de Administración al Estado una inyección de dinero público para el grupo del Banco Financiero y ahorro, matriz de Bankia en la que se integra ésta.



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

Es decir, que de la publicidad efectuada por la entidad previa al mes de julio de 2011 para la suscripción por los ciudadanos de las acciones de la misma, cuyos beneficios al cierre del ejercicio del 2011 se afirmaba eran superiores a los 300 mil millones de euros, se pasa el 25 de mayo de 2012 (fecha en la que se aprueba la reformulación de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2011) a unas pérdidas de 2.979 millones de euros, precisando la inyección del dinero público del Estado para evitar la declaración del concurso de acreedores de la entidad, dada su quiebra técnica y con ella, su disolución

En el periodo intermedio que oscila desde el mes de julio de 2011 (salida a bolsa) hasta la [redacted] de dinero público a la demandada (mayo de 2012) Bankia estaba en situación técnica de declaración de concurso de acreedores (causa de la necesidad del rescate) hasta el punto de que la auditora Deloitte encargada de [redacted] las cuentas de la demandada, se negó a suscribir y [redacted] las cuentas de la misma por cuanto el Banco Financiero y de Ahorro (matriz de Bankia).

En definitiva, ha de destacarse que la entidad financiera en la fase de comercialización de las acciones trasladó a los clientes una información patrimonial y de solvencia económica que no era la real, contraviniendo la normativa expuesta en el fundamento de derecho tercero en cuanto a la necesidad de facilitar al consumidor la información veraz y objetiva y actuar con diligencia y transparencia, de forma que si los actores hubiesen conocido el estado verdadero de la entidad, con toda seguridad, no hubiesen efectuado la contratación.

Se aprecia, pues, [redacted] el Sr. [redacted] la Sra. [redacted] padecieron un error sobre el estado patrimonial y solvencia de la entidad demandada, constituyendo la causa de la suscripción de las acciones, consiguientemente [redacted] error no puede en ningún caso imputarse a la parte demandante y no es excusable, ya que no podría exigírsele a un ciudadano medio que efectuase actividades de comprobación o verificación de la solvencia de la entidad.

Además de lo expuesto ha de destacarse también que la entidad demandada no cumplió con su obligación de elaborar el test de conveniencia de forma adecuada ni el test de idoneidad. Consta solo que se le realizó a Don [redacted] el test de conveniencia, sin embargo aparece firmando por Doña [redacted] no pudiendo ofrecer una explicación la testigo que únicamente contestó a preguntas de la Letrada de la parte actora que, pudiera ser porque le hubiese dicho a los clientes que firmasen en



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

determinados lugares. Se entiende que la parte demandada ha incumplido con la obligación legal que le venía impuesta.

En definitiva, se aprecia la existencia de error como vicio del consentimiento de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.266 del Código Civil, concluyendo el Tribunal Supremo en su Sentencia de 20 de Enero de 2014 que *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*. Por todo lo expuesto y, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1300 del CC procede declarar la **nulidad** de la orden de suscripción de acciones de fecha 6 de Julio de 2011 por importe de 15.000 euros, acordándose de conformidad con el artículo 1.303 del Código Civil que :

- Bankia devuelva el principal invertido a la Sra. [REDACTED] y al Sr. [REDACTED] más el interés legal devengado desde el instante en que se materializó [REDACTED] correspondiente orden de compra en fecha 6 de Julio de 2011,
- La Sra. [REDACTED] y el Sr. [REDACTED] estarán obligados a restituir a la entidad financiera todos los rendimientos percibidos durante [REDACTED] con los intereses legales desde la fecha de [REDACTED] recepción de cada uno de los rendimientos.

**SEXTO.- Costas.** En materia de costas el artículo 394.1 de la LEC establece que *en los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho*. Por tanto, procede imponer las costas a la entidad Bankia SA. [REDACTED]

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación [REDACTED]

**ALLO**

Que **ESTIMANDO** la demanda presentada por el Procurador de los Tribunales Don Pablo Acosta Padín, en nombre y representación de Don [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] y Doña [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] contra la entidad bancaria Bankia S.A. **declaro la nulidad por vicio del consentimiento en la contratación** de la:

1. Orden de suscripción de participaciones preferentes de fecha 22 de Mayo de 2009 por un importe de 18.000 euros y
2. Orden de suscripción de acciones de Bankia de fecha 6 de Julio de 2011 por importe de 15.000 euros.



Se acuerda que Don [REDACTED] y Doña [REDACTED] y, la entidad Bankia S.A. se restituyan recíprocamente las prestaciones que fueron objeto de los contratos, junto con los intereses legales que correspondan devengados desde la fechas de los respectivos abonos, de conformidad con lo explicado en el fundamento de derecho cuarto y quinto, con imposición de las costas causadas a la parte demandada.

Se aplicarán los intereses del artículo 576 de la LEC.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que no es firme y contra ella cabe interponer recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, que no producirá efectos suspensivos, y que se preparará ante este Juzgado en el plazo de 20 días contados desde el día siguiente a la notificación de esta resolución.

Así lo acuerda, manda y firma M. [REDACTED] Rodríguez, Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Vigo.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Sra. Juez que la suscribe, habiéndose celebrando Audiencia Pública en el día de su fecha. Doy fe.