

**Juzgado Primera Instancia 20 Barcelona**  
**Gran Via de les Corts Catalanes, 111**  
**Barcelona**

**Procedimiento Procedimiento ordinario XXXXXXXXX**

**Parte demandante XXXXXXXX y XXXXXXXX**  
**Procurador PEDRO MORATAL SENDRA**  
**Parte demandada BANKIA, S.A.**  
**Procurador SANTIAGO PUIG DE LA BELLACASA**

### **SENTENCIA**

En la ciudad de Barcelona a 28 de junio de 2013

La Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. ISABEL GIMENEZ GARCIA, MAGISTRADO-JUEZ SUSTITUTO del Juzgado de Primera Instancia número 20 de los de Barcelona, habiendo visto los presentes autos de juicio ordinario promovidos por D. XXXXXXXX y D<sup>a</sup>. XXXXXXXX representados por el PROCURADOR D. PEDRO MORATAL SENDRA y asistida por el LETRADO D<sup>a</sup>. MONTSERRAT SERRANO BARTOLOME contra BANKIA, S.A. representada por el PROCURADOR D. SANTIAGO PUIG DE LA BELLACASA y asistida por LETRADO D. XXXXXXXX.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO**.- Por la representación del actor se presentó demanda de juicio ordinario, arreglada a las prescripciones legales alegando que:

- En 11/06/2009 los actores suscribieron 120 títulos de participaciones preferentes pertenecientes a la primera emisión de Caja Madrid Preferre 04 de 05 de junio de 2009 , por valor nominal de 12.000€.
- En 05/05/2010 los actores suscribieron 9 títulos de obligaciones subordinadas 2010-1, por valor nominal de 9.000€.
- El 30/07/2010 Caja Madrid firmó un contrato de integración con otras seis Cajas de Ahorro y el 03/12/2010 se constituyó Banco Financiero y de Ahorros (BFA), acordándose el 05/04/2011 el proyecto de segregación por el cual transmitieron a BANKIA todo el negocio bancario.
- D. XXXXXXXX tiene estudios primarios, habiendo trabajado de labrador y después tejedor, encontrándose jubilado en la actualidad mientras que D<sup>a</sup>. XXXXXXXX es analfabeta y siempre ha trabajado como ama de casa.
- D<sup>a</sup>. XXXXXXXX tiene aversión al riesgo y su hijo, D. XXXXXXXX, en el momento de la contratación, tenía 14 años
- Los actores tenían sus ahorros en imposiciones a plazo y fue un empleado de la entidad de la que eran clientes desde el año 1985 quien les ofreció el producto diciéndoles que era un producto seguro y que podrían disponer del dinero cuando quisieran.
- Debido a la confianza que tenían en la entidad y de la información facilitada, se firmaron las correspondientes órdenes.
- El SR. XXXXXXXX firmó el test de conveniencia premarcado por la propia entidad.

- No se facilitó ninguna información sobre el producto que hiciera sospechar que el producto ofrecido no cumpliera las condiciones de seguridad y liquidez.
- El producto objeto de litigio es de especial complejidad y atipicidad.
- La especial complejidad del producto y a la falta de experiencia y conocimientos del cliente hizo que los actores incurrieran en un error que vicia su consentimiento al resultar:
  - a) No imputable al cliente, sin experiencia alguna en la contratación de inversiones.
  - b) Esencial, al no ser informados sobre que la inversión no estaba garantizada ni era un producto con plena disponibilidad, al depender su valor de las fluctuaciones de un Mercado Secundario.

Tras exponer los fundamentos de derecho que consideró oportunos y que se dan por reproducidos suplicó que se dicte sentencia por la que se declare:

A) Se declare la nulidad de los contratos de adquisición de PARTICIPACIONES PREFERENTES SERIE II DE CAJA MADRID FINANCE PREFERRED, S.A. de fecha 11/06/2009 y de OBLIGACIONES SUBORDINADAS 2010-1 de fecha 05/05/2010 de CAJA MADRID.

Se condene a la demandada a la restitución del importe invertido por los actores en la cantidad fijada en 21.000 euros, más los intereses legales devengados desde la fecha de ejecución de compra y cargo a cuenta, minorándose en las remuneraciones recibidas por los actores.

B) Subsidiariamente se declaren resueltos los contratos.

Se condene a la demandada a abonar a los actores en concepto de indemnización la cantidad de 21.000 euros, más los intereses legales devengados desde la fecha de ejecución de compra y cargo a cuenta, minorándose en las remuneraciones recibidas por los actores.

**SEGUNDO**.- Repartida la demanda a este Juzgado se emplazó al demandado compareciendo, alegando:

- Excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario por falta de llada al proceso de CAJA MADRID FINANCE PREFERRED, S.A. y de BANCO FINANCIERO Y DE AHORRO, S.A.
- Inexistencia de error del consentimiento.
- Cumplimiento por la demandada de la información legalmente establecida en relación al producto.
- La demandada no asumió labor de asesoramiento.
- Perfil inversor de los demandantes.

Tras exponer los fundamentos de derecho que consideró oportunos y que se dan por reproducidos suplicó se dictara sentencia por la que se absuelva a la demandada, con expresa condena al pago de las costas a la actora.

**TERCERO**.- Convocándose a las partes a la audiencia previa al juicio prevista por la Ley, comparecieron ambas partes; tras resolverse sobre la excepción alegada por la demandada de falta de litisconsorcio pasivo necesario por falta de llamada al proceso de CAJA MADRID FINANCE PREFERRED, S.A. y de BANCO FINANCIERO Y DE AHORRO, S.A., no apreciándola (lo que se documentó conforme el art. 210 LEC, siendo recurrida dicha resolución cuya reposición fue desestimada) y tras fijar los hechos controvertidos, se propuso la prueba y se acordó practicar la propuesta y declarada pertinente, señalándose la fecha del juicio.

**CUARTO**.- Compareciendo las partes en el juicio por la actora se hizo conocer un hecho nuevo: el canje de las preferentes y obligaciones subordinadas objeto del litigio por acciones de BANKIA, solicitándose por la actora la nulidad de dicho canje. Se practicaron las pruebas admitidas, a saber: documental, interrogatorio de parte y testifical, con el resultado que obra en

autos. Practicadas las pruebas las partes formularon sus conclusiones sobre los hechos controvertidos, exponiendo los argumentos jurídicos, tras lo que quedaron las actuaciones para sentencia.

**QUINTO**.- En la tramitación del procedimiento se han observado las prescripciones legales.

### **FUNDAMENTOS JURIDICOS**

**PRIMERO**.- Acción.

Se ejercita en el presente pleito por la parte actora, acción para la declaración de nulidad de PARTICIPACIONES PREFERENTES SERIE II DE CAJA MADRID FINANCE PREFERRED, S.A. de fecha 11/06/2009 y de OBLIGACIONES SUBORDINADAS 2010-1 de fecha 05/05/2010 de CAJA MADRID, y subsidiariamente la de resolución contractual.

**SEGUNDO**.- Producto objeto de la litis.

Las participaciones preferentes – conforme la definición de la CNMV -:

“Son 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.

Su remuneración el primer año suele ser fija. A partir del segundo normalmente está referenciada al Euribor (o a algún otro tipo de referencia) más un determinado diferencial. Esta remuneración está condicionada a que la entidad emisora de las participaciones obtenga beneficios suficientes.

Se trata de un instrumento complejo y de riesgo elevado que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido.

Las participaciones preferentes presentan similitudes y diferencias tanto con la renta fija como con la renta variable. Por su estructura son similares a la deuda subordinada, pero a efectos contables se consideran valores representativos del capital social del emisor, que otorgan a sus titulares unos derechos diferentes de los de las acciones ordinarias (ya que carecen de derechos políticos, salvo supuestos excepcionales, y del derecho de suscripción preferente)(...)”.

Mientras que las obligaciones subordinadas se tratan de un producto estructurado, complejo, con rendimiento explícito, emitidos habitualmente por la entidad de crédito en los que el cobro de los intereses puede estar condicionado a la existencia de un determinado nivel de beneficios y elevado riesgo.

Es decir que dichos productos tienen un riesgo elevado, ya que se trata de valores que no tienen liquidez inmediata, para los cuales no existe garantía sobre el capital invertido, es decir, que la persona que las adquiere puede tener pérdidas; no se previéndose ningún tipo de compromiso de recompra por parte del emisor (el banco o caja), además respecto las preferentes tienen carácter perpetuo – es decir, sin una fecha de amortización prevista –, a pesar de que en algunos contratos existe una opción de amortización anticipada para la entidad emisora, potestativa para ésta.

La problemática respecto a estos productos se generó como consecuencia de la no devolución por algunas entidades bancarias y financieras del capital invertido tras la solicitud de los clientes del reembolso, circunstancia que ha creado una alarma social entre los adquirentes de

participaciones preferentes y obligaciones subordinadas.

**TERCERO**.- Contrato entre la demandante y la demandada.

Para centrar el tipo de contrato en el que se enmarca la litis, debemos admitir lo expuesto por la APGirona, Sección 1ª de 30 de mayo de 2012 que establece que " las diferencias entre los contratos de gestión y asesoramiento de carteras de inversión y los contratos de depósito y administración de valores, en referencia a las obligaciones que se derivan en uno u otro caso respecto de la entidad que los suscribe, y así resulta de las Sentencias de 19 de abril de 2011 (Roj SAP V 1883/2011) y de 1 de julio de 2011 (Roj SAP V 4314/2011) que los contratos de depósito y administración de valores suponen " la mera obligación por parte de la entidad bancaria de gestionar y administrar -en sentido amplio- los valores que el cliente aporta al Banco o de los que encarga a éste su adquisición, con lo que su obligación queda limitada a la información, no abarcando el asesoramiento."

De la Sentencia de la Sección 5 de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 2 de septiembre de 2011 (Roj: SAP IB 1753/2011) resulta un completo análisis de los contratos de depósito y administración de valores y el derecho de información relativo a los clientes, estableciéndose en la misma la diferencia entre "administración y gestión directa de valores " - de carácter conservativo, en la que se encuadrarían los contratos de depósito y administración de valores - y la "administración y gestión indirecta " en la que, además de la llamada "administración conservativa" se trata de la obtención de rendimientos económicos extraordinarios, rentabilidad de la gestión y plusvalía, implicando conocimientos técnicos a los que el inversor no puede hacer frente, por lo que se precisa de profesionales altamente cualificados que obtengan la mayor seguridad, rentabilidad y liquidez de la inversiones realizadas con diversificación de riesgos, con la finalidad de obtención de rendimientos extraordinarios resultado de una política de inversiones adecuada a la composición de la cartera.

Por ende, procede el concreto examen del contenido de los contratos suscritos por las partes, en relación con los actos anteriores, coetáneos y posteriores a la suscripción de los contratos, con la finalidad de determinar en cada supuesto enjuiciado si ha mediado o no el incumplimiento de la entidad financiera de los deberes que le incumben conforme a la normativa aplicable, tomando igualmente en consideración el perfil de la otra parte contratante y la voluntad plasmada por la misma en el proceso negociador.

En efecto, debe de comenzarse por analizar si el contrato suscrito por el demandante con la entidad bancaria demandada es de simple administración de valores, o además, puede considerarse como un contrato de gestión de los mismos o que comporte obligación de asesoramiento.

Tras la entrada en vigor de la Ley 47/2.007 y la modificación del artículo 63 de la LMV, se distingue entre servicios de inversión y servicios auxiliares, y, entre los primeros, en el apartado g) se recoge el de "asesoramiento en materia de inversión", entendiéndose por tal "la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de servicios de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros. No se considerará que constituya asesoramiento, a los efectos de lo previsto en este apartado, las recomendaciones de carácter genérico y no personalizadas que se puedan realizar en el ámbito de la comercialización de valores e instrumentos financieros. Dichas recomendaciones tendrán el valor de comunicaciones de

carácter comercial", y en el apartado d), "La gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión con arreglo a los mandatos conferidos por los cliente.", y entre los segundos, esto es, servicios auxiliares, en el apartado 2.a), "la custodia y administración por cuenta del cliente de los instrumentos previstos en el artículo 2".

Pues bien, en el caso que nos ocupa, no existe deber de asesoramiento por razón del tipo de producto contratado, mas sí existe el deber de información.

#### **CUARTO**.- Normativa.

El producto ofertado y definitivamente contratado fueron PARTICIPACIONES PREFERENTES SERIE II DE CAJA MADRID FINANCE PREFERRED, S.A. de fecha 11/06/2009 y de OBLIGACIONES SUBORDINADAS 2010-1 de fecha 05/05/2010 de CAJA MADRID: instrumentos financiero sujeto a la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, que transpone al derecho español el régimen de la Directiva 2004/39/CE, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo (en adelante Directiva Mifid).

El art. 1 LMV establece: La presente Ley tiene por objeto la regulación de los sistemas españoles de negociación de instrumentos financieros, estableciendo a tal fin los principios de su organización y funcionamiento y las normas relativas a los instrumentos financieros objeto de su negociación y a los emisores de esos instrumentos; la prestación en España de servicios de inversión y el establecimiento del régimen de supervisión, inspección y sanción.

Añadiendo en su art. 2.2 lo siguiente: Quedan comprendidos en el ámbito de la presente Ley los siguientes instrumentos financieros (...): 2. Contratos de opciones, futuros, permutas, acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de instrumentos financieros derivados relacionados con valores, divisas, tipos de interés o rendimientos, u otros instrumentos financieros derivados, índices financieros o medidas financieras que puedan liquidarse en especie o en efectivo.

Este tipo de instrumentos financieros se encuentran igualmente incluidos en el ámbito de la Directiva Mifid conforme el art. 4,1,17 y su anexo I, C, apartado 4, en el que se relacionan: Contratos de opciones, futuros, permutas («swaps»), acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de derivados relacionados con valores, divisas, tipos de interés o rendimientos, u otros instrumentos derivados, índices financieros o medidas financieras que puedan liquidarse en especie o en efectivo.

#### **QUINTO**.- Derecho de información.

El derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básica para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad tanto es lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar a los sujetos que intervienen en él (el cliente bancario), principalmente, a través tanto de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación contractual exigible.

En este sentido debemos citar el art. 48.2 de la L.D.I.E.C. 26/1.988 de 29 de julio y su

desarrollo pero la que real y efectivamente conviene al caso es la de Ley 24/1.988 de 28 de julio del Mercado de Valores al venir considerada por el Banco de España y la C.M.V. incurso la operación litigiosa dentro de su ámbito (mercado secundario de valores, futuros y opciones y operaciones financieras art. 2 L.M.C.).

El art. 79 de la L.M.V., en su redacción primitiva, establecía como regla cardinal del comportamiento de las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente cuidando de los intereses del cliente como propios (letras I.A. y I.C.), el R.D. 629/1.993 concretó, aún más, desarrollando, en su anexo, un código de conducta, presidida por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que aquí interesa, adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (art. 4 del Anexo 1), como frente al cliente (art. 5) proporcionándole toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquél de la decisión de inversión "haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva"(art.5.3)

Dicho Decreto fue derogado pero la Ley 47/2.007 de 19 de Diciembre por la que se modifica la Ley del mercado de valores continuó con el desarrollo normativo de protección del cliente introduciendo la distinción entre clientes profesionales y minoristas, a los fines de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros (art. 78bis); reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el art. 79 bis regulando exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, incluidos los potenciales; entre otros extremos, sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece a los fines de que el cliente pueda "tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa" debiendo incluir la información las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias, no sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencia financiera y aquellos objetivos(art.79, bis nº 3, 4 y 7).

El R.D. 217/2.008 de 15 de Febrero sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión no ha hecho más que insistir, entre otros aspectos, en este deber de fidelidad y adecuada información al cliente, tanto en fase precontractual como contractual (arts. 60 y ss, en especial sobre la información relativa a los instrumentos financieros).

Actualmente, como se ha dicho, el deber de información de las entidades financieras sobre este tipo de productos bancarios se regula por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en su arts. 78 y ss., y por los arts. 60 y s.s. del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre. Todas estas normas son el resultado de la trasposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva MIFID (Markets in Financial Instruments Directive) -Directiva 2004/39 de 21 de abril de 2004, Directiva 2006/73 de 10 de agosto de 2006 y Reglamento 1287/2006 de 10 de agosto de 2006, y este último, por el que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a las obligaciones de las empresas de inversión de llevar un registro, la información sobre las operaciones, la transparencia del mercado, la admisión a negociación de instrumentos financieros, y términos definidos a efectos de dicha Directiva, es aplicable directamente, aunque la legislación europea no hubiera sido traspuesta al ordenamiento jurídico español en el momento de suscribirse el contrato cuya nulidad se predica.

Pues bien, el producto adquirido es un producto financiero complejo, por lo que la entidad está obligada a realizar el conocido como el test de idoneidad, en los términos en los que se describe en el art. 79bis.7 LMV (art. 73 Real Decreto 217/2008), que a su vez traspone el art. 19.5 Directiva Mifid.

El art. 73 del Real Decreto 217/2008, que desarrolla el precepto anterior, establece: Evaluación de la conveniencia A los efectos de lo dispuesto en el art. 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 art. 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.

#### **SEXTO**.- Perfil minorista.

Debemos preguntarnos qué tipo de clientes son los actores, los actores mantienen que deben considerarse minoristas.

Además debemos tener en cuenta que la propia entidad ha calificado al demandado de minorista (documento 7 aportado por la demandada).

Pues bien, no habiendo quedado acreditado que los actores tuvieran conocimientos financieros ni que se dedicaran a realizar inversiones de riesgo, sin que pueda presumirse la experiencia, conocimientos y cualificación para valorar los riesgos del producto ofertado, procede considerar a los actores cliente minorista.

Teniendo en cuenta el perfil del cliente, debemos ahora entrar a valorar si la información proporcionada por la entidad demandada fue o no suficiente.

#### **SÉPTIMO**.- Hechos probados.

Llegado a este punto, procede examinar la documental obrante en autos con los números un documento número 1 aportado por la demandada, a la que hace referencia la demandada aseverando que de la misma se desprende toda la información necesaria previa para la contratación del producto.

Pues bien, examinada dicha documentación:

- 1) En cuanto a los documentos a los que hace mención la demandada:
  - a) El documento 3 se trata de la orden de suscripción de las preferentes y el 4 de información sobre las mismas firmado por D. XXXXXXXXX (no por D<sup>a</sup>. XXXXXXXXX) – una información “resumen” - en la que no consta de forma clara que el producto lo sea de riesgo y que la disponibilidad del producto esté condicionada. Por otro lado, dicha información debemos relacionarla con el test MIFID - sólo de D. XXXXXXXXX, no de D<sup>a</sup>. XXXXXXXXX - que no responde a la realidad de los conocimientos del demandado (como quedó acreditada en la vista del juicio del interrogatorio de D. XXXXXXXXX y de la testifical de D. XXXXXXXXX, empleado de la entidad).

c) El documento 7 consta firmado por D. XXXXXXXXX (no por D<sup>a</sup>. XXXXXXXXX) y se trata de información sobre los servicios de inversión tras ser calificado minorista.

b) El documento 8 se trata de la orden de suscripción de la subordinadas y el 9 de información sobre las obligaciones subordinadas, lo que debemos relacionar con el test MIFID – sólo de D. XXXXXXXXX - que no responde a la realidad de los conocimientos del demandado (como quedó acreditada en la vista del juicio del interrogatorio de D. XXXXXXXXX y de la testifical de D. XXXXXXXXX, empleado de la entidad).

En todo caso, debemos recordar que es obligación de la entidad la entrega del folleto a quien suscribe, lo que no ha quedado acreditado.

Considero que debe resaltarse la terminología de dichos resúmenes:

A) Preferentes:

1. Se advierte que se trata de un producto “complejo” y “de carácter perpetuo” (punto 1), se explica que “el pago de la Remuneración estará condicionado a la obtención del beneficio distribuible ...), se advierte de “Aunque se vaya a solicitar la admisión a negociación de las Participaciones Preferentes Serie II en el AIAF MERCADO DE RENTA FIJA, no es posible asegurar que el inversor pueda venderlas con carácter inmediato ya que no existen garantías de que vaya a producirse una negociación activa en el mercado”.

2. Principales características de la emisión: GARANTE CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE MADRID, se explica como se adjudicarán, cotización en AIAF de Renta Fija y respecto la liquidez se dice que “a pesar de que no se garantiza una liquidez rápida y fluida los valores cotizarán en AIAF de Renta Fija (...)”

B) Obligaciones subordinadas:

1. Se advierte – en una advertencia de la CNMV – que los informes de valoración presentados no incorporan en su totalidad los efectos de las turbulencias observadas en los mercados financieros los últimos días. Por ello, la rentabilidad que ofrece este producto puede ser inferior(...). Por tanto si el suscriptor quisiera vender estos valores en el mercado secundario podrá perder parte de su inversión inicial.

2. Se trata de un producto “complejo” y se explica que se compone de interés fijo y otro variable, se advierte de “Aunque se vaya a solicitar la admisión a negociación de las Obligaciones subordinadas 2010-I en el AIAF MERCADO DE RENTA FIJA, no es posible asegurar que el inversor pueda venderlas con carácter inmediato ya que no existen garantías de que vaya a producirse una negociación activa en el mercado”.

Pues bien, no ha quedado acreditado que se entregara el folleto ni documentos en los que se pusiera de manifiesto la información entendible para un minorista sobre los riesgos respecto a los productos concertados, siendo la demandada quién debería haber acreditado que por la actora se obtuvo la información necesaria para conocer el producto antes de su adquisición, mas no ha quedado acreditado que la demandada hubiera informado suficientemente a la actora ni que hubiere entregado a la actora dicha información con tiempo suficiente como para conocer los riesgos de la operación antes de la adquisición del producto.

Por ende, debemos concluir al respecto que no ha quedado acreditado que fueran informados, los actores de las condiciones para el reembolso del producto.

La demandada en su contestación a la demanda alega que se los mismos actores habían adquirido en su día otras preferentes y que tenían conocimientos suficientes como para conocer



qué tipo de producto estaban concertando, así como los reemplazos liquidativos y los riesgos que se corrían. Pues bien el hecho de que respecto a dichas emisiones no existieran problemas para la recuperación del capital invertido, ayudó al error en los demandantes de que se trataba de un producto seguro.

De la documental aportada ya hemos dicho que no se desprende que, los actores, conocieran antes de su contratación que el producto no garantizaba el capital invertido ni tampoco que la liquidación dependiera del mercado, es más en el presente caso hay que hace énfasis en que la adquisición de los productos objeto del presente procedimiento fue consecuencia de un canje (canje propiciado por la propia entidad) y fueron los propios empleados de la entidad quienes llamaron a los clientes para dicho canje sin informar que se había abierto una ventana de dos días el 18/06/2009 en la que podía cancelarse el producto (testifical del SR. XXXXXXXXX).

Por otro lado, de la testifical de D. XXXXXXXXX quedó acreditado de la comercialización del producto como el producto estrella de la entidad, que los propios empleados lo comercializaban en la creencia de que sólo tenía bondades que no riesgos para los clientes.

Por tanto, podemos aseverar que no puede considerarse suficiente la información facilitada al cliente al adquirir el producto respecto a la liquidación y los riesgos.

#### **OCTAVO**.- Error invalidante

Acreditado el incumplimiento de la obligación de informar, debemos estar a lo previsto en el artículo 1.266 CC, por el cual y para que el error invalide el consentimiento el mismo debe recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo.

En el presente pleito se dan las condiciones del error propio invalidante del contrato, según la STS 26/06/2000, ya que:

- 1) El error recae sobre la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración, de modo que se revele paladinamente su esencialidad; y no es imputable a quien lo padece.
- 2) Existe un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado.
- 3) Y es excusable en el sentido que es inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular - la excusabilidad ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, tanto del que ha padecido el error, como las del otro contratante, pues la función básica del requisito es impedir que el ordenamiento proteja a quien padece el error, cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente. Doctrina jurisprudencial sobre el error contenida en las SSTs 14 y 18/02/94; 11/05/1998; 04/01/1982; 28/09/1996 -.

Pues bien, siguiendo a la Audiencia Provincial de Girona, en ST de fecha 29/06/2012 la doctrina general de la contratación del Código Civil, se ve alterada por la regulación especial del contrato analizado y, en concreto, decíamos que, "según la jurisprudencia, para que el error pueda invalidar un negocio, es preciso que el mismo no sea imputable a quien lo padece, y tal cosa sucede cuando quien lo invoca podría haberlo eliminado empleando una diligencia normal adecuada a las circunstancias, es decir, una diligencia media teniendo en cuenta la condición de las personas, pues de acuerdo con los postulados de la buena fe, el

requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien no merece dicha protección por su conducta negligente (sentencias de 17 de febrero del 2005, 24 de enero de 2003, 12 de julio de 2002 y 30 de septiembre de 1999, entre otras), señalándose en la penúltima de las citadas que "la doctrina y la jurisprudencia, viene reiteradamente exigiendo que el error alegado no sea inexcusable, habiéndose pronunciado por su no admisión, si

este recae sobre las condiciones jurídicas de la cosa y en el contrato intervino un letrado, o se hubiera podido evitar el error con una normal diligencia.

Si nos atuviéramos a dicha doctrina, el contrato suscrito por ambas partes litigantes debería ser declarado válido y eficaz, sin embargo, tales principios que rigen la contratación civil en general han venido siendo sustituidos por una legislación especial que en atención a una de las partes contratantes o a la naturaleza jurídica

del contrato, o a ambas, exige de una de las partes contratantes un determinado comportamiento frente a la otra o le restringen su autonomía de la voluntad, siendo exponentes de dicha legislación la relativa a la protección de consumidores y usuarios, la de crédito al consumo, la reguladora de las condiciones generales de la contratación y la del mercado de valores,".

A la vista del contenido del contrato cabe afirmar que el régimen jurídico aplicable a este supuesto, tal como se recoge en el fundamento anterior, es el régimen especial previsto en la Ley del Mercado de Valores de 28 de julio de 1988 que, tras la modificación realizada por la Ley 4/2007. La norma especial citada, tal como señala la sentencia de 1 esta misma Sala de septiembre de 2011, tiene por objeto modular los principios generales de la contratación civil en relación con la prestación

del consentimiento en los contratos sometidos a la misma. La modificación operada en la norma en el año 2007 incorpora al derecho interno español las Directivas comunitarias, concretamente la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del

Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, la Directiva 2006/73/CE de la Comisión, de 10 de agosto de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de inversión y términos definidos a efectos de dicha Directiva y la Directiva 2006/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito.

El mercado financiero es sin duda complejo y así debe calificarse también la contratación que en el mismo se desarrolla. Concretamente requiere para el inversor conocimientos técnicos y experiencia, de los que a menudo carece. Por otra parte la entidad financiera se encuentra en una situación ventajosa frente al cliente, en tanto tiene más información sobre los aspectos técnicos del mercado, lo que le permite hacer previsiones sobre la evolución de éstos y de los productos financieros que ofrece con mucha más precisión que los clientes a los que, las más de las veces, asesora sobre la contratación de uno u otro producto. Asimismo conviene señalar que no es extraño, precisamente por la complejidad de los productos y la falta de conocimientos de los clientes, que las decisiones sobre contratación aparezcan frecuentemente vinculadas a la existencia de una relación especial de confianza entre el particular y la entidad financiera con la que ha venido contratando de forma habitual. Estas son las circunstancias por las que la legislación especial impone a las entidades financieras la obligación reforzada de informar a sus clientes de forma transparente. Este es el único medio que permite garantizar que el contratante se convierta en un sujeto informado, de tal forma que pueda realizar de modo eficiente sus elecciones.

Desde ese punto de vista, en contra del criterio que sostiene la apelante, y sin desconocer que la

cuestión no es pacífica, esta Sala ha entendido y así lo ha señalado en múltiples sentencias (por todas la ya citada de 1 de septiembre de 2011) que el cumplimiento por parte de la entidad financiera de las obligaciones que en materia de información impone la ley se constituye en presupuesto de la válida prestación del consentimiento por el particular, de modo que, la falta de cumplimiento de las normas citadas puede llegar a afectar de modo dramático y radical a la validez del contrato suscrito .

Tal como se recoge en el fundamento anterior, en el presente supuesto la entidad financiera apelante no realizó convenientemente el test de conveniencia, ni el de idoneidad, de tal forma que las apeladas no tuvieron oportunidad de conocer los riesgos derivados del contrato y la adecuación o no del mismo a sus objetivos de inversión o financieros.

De lo anteriormente expuesto y, conforme lo previsto en los artículos 1.300 y siguientes CC y conforme a la doctrina sobre nulidad, procede declarar la nulidad de las órdenes de compra de PARTICIPACIONES PREFERENTES SERIE II DE CAJA MADRID FINANCE PREFERRED, S.A. de fecha 11/06/2009 y de OBLIGACIONES SUBORDINADAS 2010-1 de fecha 05/05/2010 de CAJA MADRID, habida cuenta que la información que se denuncia lo era esencial, y es que la decisión sobre el reembolso de la inversión dependía de dicha información, información que no fue facilitada por la demandada a la actora de forma previa a la compra del producto.

Declarada la nulidad de la orden de compra de PARTICIPACIONES PREFERENTES SERIE II DE CAJA MADRID FINANCE PREFERRED, S.A. de fecha 11/06/2009 y de OBLIGACIONES SUBORDINADAS 2010-1 de fecha 05/05/2010 de CAJA MADRID, procede declarar la ineficacia de su canje por las acciones de BANKIA así como la restitución de aportación en su día efectuada por los actores, debiéndose restar las cantidades percibidas por los actores en concepto de intereses.

**NOVENO.**- Intereses.

Conforme los arts. 1.101 y 1108 del CC procede el pago de los intereses legales de la cantidad invertida desde el momento que la misma fue efectuada.

**DÉCIMO.**- Costas.

La aplicación del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, respecto a las costas.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación al caso

### **FALLO**

Que estimando la demanda interpuesta por XXXXXXXX y XXXXXXXX representados por el PROCURADOR PEDRO MORATAL SENDRA y asistidos por el LETRADO MONTSERRAT SERRANO BARTOLOMÉ contra BANKIA, S.A., debo declarar la nulidad de la orden de compra de los productos denominados PARTICIPACIONES PREFERENTES SERIE II DE CAJA MADRID FINANCE PREFERRED, S.A. de fecha 11/06/2009 y de OBLIGACIONES SUBORDINADAS 2010-1 de fecha 05/05/2010 de CAJA MADRID así como la ineficacia del canje de dichas participaciones y obligaciones subordinadas por las acciones de BANKIA, por vicio invalidante del consentimiento, con la consecuencia de la restitución de aportación en su día efectuada por los actores, debiéndose restar las cantidades

percibidas por los actores en concepto de intereses; con más los intereses y expresa condena en costas a la demandada.

Contra la presente sentencia, cabe interponer ante este Juzgado recurso de apelación que deberá interponerse en el plazo de 20 días siguientes a su notificación.

**PUBLICACION:**La anterior sentencia ha sido leída, dada y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez sustituto que la suscribe, hallándose celebrando audiencia publica en el día de su fecha. Doy fe.

#### **DILIGENCIA INFORMATIVA DE RECURSOS**

Contra la resolución que antecede cabe interponer recurso de apelación dentro de los veinte días siguientes al de su notificación. Para interponerlo será necesaria la constitución de un depósito de **CINCUENTA (50.-)** euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la cuenta de depósitos y consignaciones que este juzgado tiene abierta en el BANESTO, del siguiente modo: **A)** Si se trata de INGRESO, podrá realizarlo en cualquier oficina de BANESTO rellenando el impreso previsto al efecto, indicando la cuenta del expediente (0553 0000 04 1288 12), en efectivo o en cheque emitido por entidad bancaria a favor de Banesto o de este Juzgado (nunca al portador); **B)** Por TRANSFERENCIA, en cuyo caso el importe se remitirá a:

Cuenta: 0030 1846 42 0005001274  
Beneficiario: Juzgado de 1ª Instancia nº 20 de Barcelona  
Concepto: 0553 0000 04 1288 12

Están exentos de constituir el depósito para recurrir quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.