

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N°6 PAMPLONA/IRUÑA

N° Procedimiento n° 900/2013

S E N T E N C I A N° 210/2014

En Pamplona/Iruña, a 5 de noviembre de 2014.

Vistos por el Ilmo./a **D./Dña FERNANDO PONCELA GARCIA**, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia N° 6 de Pamplona/Iruña y su Partido, los presentes autos de Procedimiento Ordinario n° 0000900/2013, seguidos ante este Juzgado a instancia de D./Dña. SMS, representado/a por la Procuradora D./Dña. JUANA M^a LAITA MERINO y asistido/a por la Letrada D./Dña. M^a ELENA MELERO ECHAURI, contra D./Dña. BANKIA S.A. representado/a por el Procurador D./Dña. CARLOS HERMIDA SANTOS y defendido/a por la Letrada D./Dña. ANA MIRAVALLS PLASENCIA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que la meritada representación de la parte actora, formuló demanda de procedimiento monitorio arreglada a las prescripciones legales, en las que solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho, que se dictara sentencia por la que se declare;

1).- La nulidad del contrato depósito y administración de valores y suscripción de participaciones preferentes y obligaciones subordinadas celebrados entre las partes, en fecha 22/05/2009, 4/05/2010 y 5/05/2010 (obrantes como Documentos n° 23, 23 bis, 24 y 25 de la Demanda), reintegrando al demandante la cantidad de 520.000 euros, descontando de dicha cantidad los beneficios obtenidos (cupones abonados).

La nulidad de los contratos de préstamo con pignoración de las obligaciones subordinadas obrantes a los documentos n° 26 y 27, respectivamente, con devolución de las cantidades entregadas en concepto de cuotas.

2).- Subsidiariamente, la resolución de dichos contratos y la indemnización de daños por importe de 520.000 euros, descontando de dicha cantidad los beneficios obtenidos.

3).- En ambos casos, se condene a la demandada al pago de los intereses, desde la fecha de los contratos o subsidiariamente desde la fecha de reclamación por conducto notarial.

4).- Todo ello con imposición de las costas del juicio a la entidad demandada, incluso para el caso de que se allanase a la Demanda, habiendo tenido oportunidad previa, de atender a la reclamación formulada por el actor, por vía notarial.

SEGUNDO.- Acordada la celebración del Juicio, éste tuvo lugar el día 28 de Octubre de 2014, habiendo comparecido las partes, quienes, tras practicarse la prueba admitida, alegaron lo que estimaron pertinente.

TERCERO.- Que en la sustanciación del presente juicio se han observado las prescripciones legales y demás de pertinente aplicación al supuesto de autos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente litigio se ejercita por la parte actora una acción de nulidad relativa de los contratos de suscripción de participaciones preferentes y de los contratos de préstamo

con pignoración de las obligaciones subordinadas y de reclamación de cantidad en concepto de daños y perjuicios, derivados de error en el consentimiento, como consecuencia de la incorrecta información que supuestamente la actora suministró al demandante sobre los productos que le vendió, al amparo de lo dispuesto en los artículos 1.261.1º, 1.265, 1.266, 1.269, 1.300, 1.100 y 1.101 y 1.301 del Código Civil, en relación con el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el Régimen Jurídico de las Empresas de Servicios de Inversión, que modifica el Real Decreto 1309/2003, de 4 de noviembre de Instituciones de Inversión Colectiva y que resulta de la transposición a nuestro ordenamiento mediante el Real Decreto 47/2007, de la directiva MIFID, en los artículos 2, 78 bis, 79, 79 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en los artículos 1, 4 y 5 del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo y en el artículo 60.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, en cuanto a la información precontractual exigible y de ineludible suministro a los clientes.

Frente a esta pretensión, la entidad financiera demandada, se opuso exponiendo los argumentos que tuvo por pertinentes. También alegó que la acción de anulabilidad ejercitada por la parte actora, habría caducado de conformidad con lo previsto en el artículo 1.301 del Código Civil, al haber transcurrido cuatro años desde que se formalizó la compra del producto.

Igualmente alegó la suficiente información proporcionada a la actora tanto antes como después de la suscripción del producto bancario.

SEGUNDO.- Respecto a la alegación de caducidad de la acción amparada en el artículo 1.301 del Código Civil, la doctrina jurisprudencial mantiene de manera reiterada que el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato, de la acción de anulabilidad, es un plazo de prescripción y no de caducidad, por lo que debe ser la parte demandada la que de manera expresa interponga esa excepción de prescripción. De ahí, que no habiendo sido alegada por la parte demandada, no cabe que el Juzgador, de oficio, entre a examinar si se ha producido o no, esa excepción.

Además, dado el carácter perpetuo de las participaciones preferentes, en las que no se prevé la existencia de una fecha de vencimiento o de amortización de la inversión, no se puede fijar en un momento determinado la consumación del contrato, porque no se ha producido todavía el cumplimiento recíproco de la totalidad de las prestaciones pactadas. De ahí que, incluso aunque se tratara de contratos anulables, tampoco cabría hablar ni de prescripción ni de caducidad de la acción ejercitada por la parte actora. Teniendo en cuenta que el plazo de prescripción de la acción de anulabilidad prevista en el artículo 1.301 del Código Civil empezará a correr en los casos de error o dolo, desde la consumación del contrato, y que esta consumación todavía no se ha producido, pues no hay que confundir consumación del contrato, con perfección del mismo, es evidente que no cabe iniciar todavía el cómputo del plazo de previsto en dicho precepto.

TERCERO.- Resuelta la anterior cuestión, es preciso decir que no se plantea controversia alguna entre las partes, en relación a que el Sr. SMS, -en virtud de Sentencia dictada por la Audiencia Nacional, el 21 de diciembre de 2.005, que decidió condenar a la Diputación General de Aragón y al Ministerio de Medio Ambiente (Confederación Hidrográfica del Ebro), por el arrasamiento del “Camping Virgen de las Nieves de Biescas” acaecido el 7 de agosto de 1.996-, recibió en total en concepto de indemnización por el fallecimiento de sus padres y dos hermanos menores, la suma de 777.575,64 euros (Documentos nº 5 y 8 a 10 de la Demanda)., Tampoco se discute que el demandante, a través de la entidad demandada, el 22 de mayo de 2.009, suscribió la Orden de Compra de Participaciones Preferentes Caja Madrid 2009, con nº de código de valor AFR26364, invirtiendo en ello 35.000 euros (Documento nº 23 de la Demanda), el 4 de mayo de 2.010 suscribió la Orden de Compra de Participaciones Preferentes Caja Madrid 2009, con nº de código de valor [...], invirtiendo en ello 160.000 euros (Documento nº 24 de la Demanda), y finalmente, el 5 de mayo de 2.010

suscribió la Orden de Compra de Obligaciones Subordinadas Caja Madrid 2010.1, con nº de código de valor [...], invirtiendo en ello 325.000 euros (Documento nº 25 de la Demanda).

Como es sabido, estas participaciones preferentes, son valores que no otorgan derechos políticos sobre la entidad emisora a sus suscriptores y tienen carácter subordinado porque, a efectos de prelación de créditos, se sitúan detrás de todos los acreedores comunes o por créditos ordinarios.

Además, son perpetuas pues su vencimiento no tiene lugar sino hasta la liquidación de la entidad emisora, sin perjuicio de su reembolso o adquisición en cartera, mediante mecanismos financieros de garantía equivalentes a los establecidos para las participaciones o acciones en las sociedades de capital.

Se trata por ello de un producto complejo de riesgo elevado, pues su rentabilidad no está garantizada, ya que depende de que la entidad emisora perciba dividendos, lo que implica para los clientes mayores dificultades para conocer el resultado de sus inversiones y para proceder a su venta y para sus vendedores, la obligación de extremar la información que se debe proporcionar a los clientes sobre las características y riesgos del producto que se pretende vender.

A su vez, las obligaciones subordinadas, son un producto complejo muy similar a las participaciones preferentes, de las que se diferencia en la prelación de cobro respecto de las preferentes y por la existencia de un plazo de vencimiento. En ambos casos nos encontramos con productos con más volatilidad que los activos de renta fija tradicional.

Por otro lado, el actor, el 30 de mayo de 2.011, suscribió con la entidad CAJA MADRID, un contrato de préstamo por importe de 280.000 euros, con la finalidad de adquisición de primera vivienda usada y luego, el 26 de abril de 2.012, suscribió con la entidad BANKIA, un contrato de crédito al consumo por importe de 45.000 euros, pignorando en ambos casos, las obligaciones subordinadas adquiridas, como garantía del cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de ellos, tal y como acreditan los Documentos nº 26 y 27 de la Demanda.

Cuando el actor suscribió el 4 y el 5 de mayo de 2.010, la segunda orden de compra de las participaciones preferentes y la orden de compra de las obligaciones subordinadas de Caja Madrid, firmó también, los respectivos tests de conveniencia, obrante como Documento nº 24 y 25 de la Demanda.

También suscribió el 22 de mayo de 2.009, el Documento nº 5 de la Contestación a la Demanda, en el que el actor manifestó que había sido informado de que el instrumento financiero referenciado presentaba un riesgo elevado, en particular, la posibilidad de incurrir en pérdidas en el nominal invertido y de que no existe garantía de negociación rápida y fluida en el mercado en el caso de que decidiera vender el instrumento financiero referenciado. Asimismo reconocía haber sido informado de que el pago de la remuneración está condicionado a la obtención de beneficios distribuibles por parte del emisor o de su grupo y de que si en un periodo de tiempo determinado no se pagara remuneración, ésta no se sumaría a los cupones de periodos posteriores, así como de que el calificativo “preferente”, no significa que sus titulares tengan la condición de acreedores privilegiados, pues en el orden de recuperación de créditos se situarían únicamente por delante de las acciones ordinarias.

Igualmente firmó, la ficha de la emisión de participaciones preferentes y la información sobre la emisión de las obligaciones subordinadas, obrantes como Documentos nº 7 y 8 de la Contestación a la Demanda. No obstante, se ignora la fecha en que se produjeron esas firmas y si fue en ambos casos, con anterioridad a la suscripción de los productos objeto de litigio, al no estar fechado ni un documento, ni otro.

Tal y como acreditan los justificantes de rendimientos de valores, obrante como Documento nº 12 de la Contestación a la Demanda, la parte actora obtuvo una rentabilidad de las participaciones preferentes de 29.176,53 euros y una rentabilidad de las obligaciones subordinadas de 44.698,63 euros, mientras fue titular de las mismas.

En virtud de la resolución de la Comisión Rectora del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB), publicada en BOE de 18/04/2013, este organismo decidió implementar acciones de gestión de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada en ejecución del Plan de resolución de BANKIA, para lo que planteó la obligación de la entidad emisora de recomprar las participaciones preferentes o deuda subordinada, para su inmediata aplicación a la suscripción y desembolso de las nuevas acciones emitidas por la entidad BANKIA, o en su caso a la constitución de un depósito bancario indisponible. Con arreglo a esta resolución, los tenedores de participaciones preferentes y de obligaciones subordinadas de esta entidad, podían canjearlas en acciones de la misma o instrumentos equivalentes de capital.

A la vista de dicha posibilidad, el 23 de mayo de 2013, el demandante canjeó de manera obligatoria las participaciones preferentes y obligaciones subordinadas adquiridas por medio de la demandada, por las nuevas acciones de la misma, tal y como demuestran los Documentos nº 29 y 30 de la Demanda.

En dicha fecha, el valor efectivo de los títulos que la parte actora adquirió como canje de las participaciones preferentes y obligaciones subordinadas, fue en total de 418.154,08 euros. En resumen, la parte actora realmente adquirió con el canje, unas acciones de la demandada valoradas en 418.154,08 euros.

Es decir, la actora obtuvo con la inversión de 520.000 euros, en dichas participaciones preferentes y obligaciones subordinadas, una rentabilidad de -27.970,76 euros ($520.000 - 418.154,08 + 44.698,63 + 29.176,53$).

Del examen de la prueba obrante en autos, solo cabe deducir que se proporcionó al actor una información genérica sobre el producto que la demandada les vendió, cuando no errónea. Ni siquiera consta acreditado que se les proporcionara, con carácter previo a las inversiones y a pesar de la naturaleza compleja y arriesgada de las mismas, una información escrita sobre sus características, funcionamiento y riesgos, como la reflejada en los folletos obrantes como Documentos nº 7 y 8 de la Contestación a la Demanda, al no estar fechados los mismos. Ni siquiera la información aportada por estos, es todo lo detallada que exigiría la condición del actor como inversor minorista. De hecho, las órdenes de compra obrantes como Documentos nº 23, 24 y 25 de la Demanda, ninguna referencia realizan a la entrega de tales folletos informativos, por lo que es evidente que no les fueron entregados con carácter previo a la contratación. Tampoco está acreditado que se informara a la parte actora sobre la posibilidad de perder toda la rentabilidad que se pudiera esperar de la inversión, ni sobre la situación económica de la entidad emisora de dichos productos. Por último, no está probado que la persona que le vendió esos productos, con carácter previo a la suscripción de los mismos, interrogara con detalle al demandante sobre su situación financiera, experiencia inversora en productos como los que son objeto de litigio y sobre los objetivos pretendidos con las inversiones ofertadas. Tampoco consta acreditado que el actor estuviera familiarizado con dichos productos de inversión, es decir, que conocieran perfectamente sus características y dinámica, máxime cuando en el primer caso no consta que se les hiciera el pertinente test de conveniencia y en los dos siguientes casos, las preguntas que se formulan en los test obrantes como Documentos nº 24 y 25 de la Demanda, son tan genéricas, que no permiten a la entidad comercializadora, obtener del cliente la información necesaria que exige la legislación vigente. Por todo ello, la demandada desconocía cual era el perfil inversor del demandante y cual era

su experiencia previa en el tipo de productos como los que firmó, y a pesar de ello, permitió que suscribiera dichas inversiones, que en absoluto está acreditado que se ajustaban a su perfil inversor.

La parte demandada pudo haber propuesto en la Audiencia Previa que se interrogara al actor y/o al empleado que le vendió tales productos, para saber el nivel de información que aquel recibió antes de suscribir dichos contratos, para saber si el mismo fue suficiente para contratar con conocimiento de causa o para saber si se le entregaron con carácter previo a la contratación los folletos informativos antes mencionados, pero nada de ello hizo y por tanto, sobre ella deben recaer las consecuencias jurídicas derivadas de esa carencia probatoria.

Ya establece el artículo 1.261 del Código Civil que, para que haya contrato se precisa la concurrencia de un consentimiento de los contratantes, un objeto cierto que sea materia de contrato y una causa de la obligación que se establezca. A su vez 1.265 del mismo texto legal señala que será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo y el artículo 1.300 del Código Civil establece que los contratos en que concurren los requisitos que expresa el artículo 1.261, antes citado, 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.

El Tribunal Supremo, interpretando el artículo 1.266 del Código Civil, viene exigiendo para apreciar el error como vicio de la voluntad negocial, invalidante del consentimiento, los siguientes requisitos; 1º.- que sea esencial o sustancial, es decir, que recaiga sobre las condiciones de la cosa que hubieran dado motivo a la celebración del contrato, o, en otros términos, que la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen; 2º.- que sea excusable, es decir, no imputable al que sufre el error y no susceptible de ser superado mediante el empleo de la diligencia media, según las condiciones de las personas y las exigencias de la buena fe, con el fin de que el ordenamiento no proteja al que ha sufrido el error, cuando éste no merezca dicha protección por su conducta negligente.

En el presente caso, en que se ha instado en el suplico de la Demanda, la nulidad de la relación contractual que ligaba a las partes litigantes, es decir, la orden de compra de participaciones preferentes y obligaciones subordinadas, obrantes como Documentos nº 23, 24 y 25 de la Demanda, se puede decir, que concurren todos los requisitos para apreciar en su caso, la nulidad de las mismas, por vicio en el consentimiento del demandante.

En principio, el hecho de que el demandante haya firmado los contratos u órdenes de compra objeto de litigio, hace pensar que los suscribió con plena conciencia de lo que firmaba y de su trascendencia jurídica. No obstante, una vez examinada la prueba obrante en autos, con arreglo a las reglas de la sana lógica, sólo cabe concluir que la entidad demandada con la que trató el demandante, no cumplió con el deber informativo a que estaba obligada con arreglo al principio de buena fe contractual y a la normativa a que luego se aludirá. También cabe concluir que el demandante suscribió los referidos contrato u órdenes de compra, con una idea muy equivocada sobre lo que realmente estaba pactando, motivada por la información errónea e incompleta que se le proporcionó y que suministraban las propias órdenes de compra, como resulta de la alusión que se hace en los test de conveniencia obrantes como Documentos nº 24 y 25 de la Demanda, a que dichas participaciones preferentes y obligaciones subordinada, son productos de renta fija, cuando esto no es así exactamente.

Del texto de los contratos u órdenes de compra obrantes como Documento nº 23, 24 y 25 de la Demanda, no se puede averiguar el funcionamiento de las referidas inversiones, por lo parco de la información que al respecto suministran los ejemplares de los referidos contratos. Por ello, la escasa información proporcionada en las órdenes de inversión o contrato, puede inducir al contratante a confusión, respecto al plazo temporal máximo de la inversión, pues ninguna mención hacen al carácter perpetuo de las participaciones preferentes. Además, tampoco consta que en las explicaciones verbales

que la persona que vendió el producto, seguramente proporcionó a la parte demandante, sobre el riesgo derivado de la contratación, se aludiera a los supuestos más gravosos para la parte demandante, si dicho riesgo se materializaba, como por ejemplo, la pérdida de todo el capital invertido. No consta que se informara al actor sobre el hecho de que iba a permanecer ligado a la entidad emisora hasta la extinción de esta entidad, ni sobre el hecho de que estarían entre los últimos en recuperar el capital de la inversión, si esta empresa quebrara.

Se privó así a la parte actora de la posibilidad de conocer la verdadera entidad de los perjuicios que podría tener de suscribir tales contratos. Es decir, nos encontramos con que la información proporcionada al demandante fue deficiente, a pesar de que la persona que le vendió los productos bancarios, debía saber que éstos eran unos productos complejos y de máximo riesgo, y que la escasa información que se proporcionaba en las órdenes de compra o contratos, era notoriamente insuficiente para conocer la naturaleza y características de los productos que se le vendió e incluso engañosa. Ni siquiera se informó detalladamente al inversor sobre la situación económica de la entidad emisora de los valores.

Escamoteando esta información a su cliente, la mercantil demandada abusó de la confianza e inexperiencia de éste en productos como el vendido y permitió que la parte actora suscribiera los contratos u órdenes de compra, engañado por dicha confianza y confiado en que los productos que quería comprar tenían unas características y riesgos muy diferentes a los que él estaba dispuesta a asumir. Nada indicaba a la persona que vendió los productos, que el demandante estuviera familiarizado con la legislación bancaria, ni con productos como los que son objeto de este litigio. Cuántas veces las empresas o las personas ahorradoras efectúan sus inversiones confiados en los consejos que al respecto les hacen los empleados de las entidades financieras, encargados de vender los productos de inversión a los clientes.

Actuando de esta manera, la entidad demandada incumplió las obligaciones que le imponían los artículos 73 y 74 del RD 217/2008, de 15 de febrero, -vigente en el momento de suscribir el contrato-, por cuanto, no consta que recabara de su cliente la información que le exigía dicho texto legal, necesaria para conocer la experiencia inversora del citado cliente y los objetivos de su inversión. Pero como ya se ha dicho anteriormente, no sólo incumplió esas obligaciones, sino que actuó de manera contraria a la buena fe contractual, al abusar de la confianza e ignorancia de un cliente, para inducirle a suscribir unos contratos u órdenes de compra de valores, que en absoluto se ajustaban a las necesidades y deseos de dicho cliente.

Es cierto que los Juzgados de Primera Instancia carecen de jurisdicción para limitarse a declarar la conformidad o no de la conducta de la demandada con las buenas prácticas y usos bancarios, dado que tal supervisión corresponde al Banco de España o a la Comisión del Mercado de Valores, pero sí tienen competencia plena para analizar si dicha entidad bancaria ha ceñido su conducta a la buena fe contractual, exigida por el artículo 7 del Código Civil y, -si la conducta del banco en relación al cliente está determinada mediante una normativa-, para analizar si el banco la ha infringido o no, como medio para examinar la existencia de un posible error invalidante del consentimiento necesario para la contratación, o para concretar la existencia de unos posibles daños y perjuicios derivados de esa infracción.

Por otro lado, los contratos y órdenes de compra que suscribió el actor, -que son claramente unos contratos de adhesión, por cuanto éste no intervinieron en absoluto en su redacción y sin que existiera una real negociación en plano de igualdad entre las partes contratantes-, están redactados, careciendo de los datos esenciales para que la parte demandante pudiera conocer en toda su dimensión el riesgo que estaba asumiendo y las características de su inversión y proporcionando una información

errónea sobre la naturaleza de la misma. Francamente, están redactados de tal manera que se hace necesaria una muy amplia explicación complementaria, para comprenderlo en toda su dimensión.

Dicha redacción es contraria a lo prescrito en el artículo 79 bis de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modificó la Ley del Mercado de Valores, e infringe igualmente el artículo 5.5 de la Ley 7/1998, de 13 de abril de Condiciones Generales de la Contratación, que exigen concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa en los contratos. Además con arreglo al artículo 1.288 del Código Civil, dicha oscuridad nunca podrá favorecer a quien la redactó y se deberá interpretar siempre a favor del que se adhiere a un contrato de adhesión. El demandante no es una empresa dedicada a la banca, ni a la especulación financiera.

Incluso en la hipótesis de que se hubieran entregado al actor los folletos informativos, obrantes como Documentos nº 7 y 8 de la Contestación a la Demanda, el contenido y lenguaje técnico empleado en los mismos hace precisa una explicación detallada por parte del empleado que venda tales productos sobre el significado y trascendencia práctica de tales términos, que en absoluto está acreditado, se proporcionara al Sr. SMS.

La persona de la demandada, que le vendió las participaciones preferentes y las obligaciones subordinadas, en cumplimiento de la normativa antes citada y del principio de buena fe contractual, debió actuar con la diligencia debida y tratar a dicho cliente con una mayor transparencia y cuidado, velando por los intereses de este cliente y no sólo por los del banco. Debió extremar la información a aportar a los clientes sobre las inversiones que iban a hacer, extenderse en las explicaciones del clausulado, detallar la entidad de los riesgos a asumir, planteando mediante los correspondientes ejemplos o cálculos, los diversos escenarios en que se podrían materializar dichos riesgos. Tal información era tanto más obligada, si se tiene en cuenta que era la demandada quien verdaderamente estaba en condiciones de saber la naturaleza y características de tales inversiones. No obstante, dicha persona se limitó a proporcionar una información insuficiente, sesgada y dirigida a inducirle a suscribir las órdenes de compra obrantes como Documentos nº 23, 24 y 25 de la Demanda, incumpliendo así la obligación de informar, que constituye un requisito previo de inexcusable cumplimiento cuando se va a contratar unos productos financieros complejos, como los contratos objeto de litigio.

De esta manera el error de la parte demandante recayó sobre las características esenciales de dichos contratos y fue totalmente excusable.

De hecho, ni tan siquiera se le informó sobre el coste aproximado que podría suponer la cancelación anticipada de los mencionados contratos por parte de los clientes. Ni de la lectura de los referidos Documentos nº 23, 24 y 25, se puede obtener esa información, al no aportar la información necesaria para que el cliente pueda calcular aproximadamente el coste de dicha cancelación. No cabe duda, que dicha cláusula si bien accesoria al contrato, es importante para conformar la voluntad negocial.

En otro orden de cosas, es cierto que en las referidas órdenes de compra, se dice que el ordenante declara que ha recibido información sobre el instrumento financiero al que se refieren las órdenes y que dicho instrumento resulta adecuado o conveniente a su conocimiento y experiencia inversora en relación con el producto, y a sus objetivos de inversión y situación financiera.

Sin embargo, dados los genéricos términos de este párrafo, no se puede considerar acreditado que una cliente como el demandante, carente de experiencia previa suficiente en contratos como el que es objeto de litigio, suscribiera los contratos u órdenes de compra con conciencia y conocimiento de la dinámica de tales contratos y de la entidad de los riesgos a asumir y tampoco se puede considerar que mediante dicho párrafo, la mercantil demandada cumpliera con su obligación de información previa.

Ni tan siquiera se detallan cuales son las concretas características del tipo de inversión que los clientes, supuestamente, manifiestan conocer y no hay más que ver los citados test de conveniencia obrantes como Documentos nº 24 y 25 de la Demanda, y las preguntas que en los mismos se hacen al cliente, para darse cuenta la incapacidad de conocer mediante las mismas, dado su carácter totalmente genérico, el perfil inversor del actor, su capacidad de comprensión de los contratos objeto de litigio, y los objetivos pretendidos por el mismo, con dichas inversiones.

No se puede alegar que la demandada cumplió con las obligaciones que sobre ella pesaban en cuanto comercializadora de los contratos que suscribió la parte actora, sólo porque fueron firmados por dicho actor y porque dispuso de la posibilidad de interrogar al empleado de la demandada sobre aquellos aspectos que no tuviera claros. Dado que no se le aportó información esencial para su comprensión, las preguntas que formulara, no podían ser las adecuadas para comprender esos contratos u órdenes de compra.

En el presente caso, como ya se ha dicho, es evidente que se abusó de la confianza que la parte actora otorgó a BANKIA, quebrantando así el acuerdo tácito que existe entre clientes y bancos, consistente en que el cliente firma contratos prácticamente ininteligibles, o en ocasiones no del todo comprensibles, a cambio de que el banco no le engañe sometiéndole a un clausulado, que atente notoriamente contra sus intereses.

Por tanto, la demandada incumplió su obligación de informar a la demandante de las características que presentaban los contratos u órdenes de compra, que le presentó a la firma, induciendo con ello a la parte actora, a suscribirlos.

De ahí, que la demandada incumplió con los contratos que le ligaban a la parte actora, que son los que se derivan de la comercialización de los contratos u órdenes de compra, obrantes como Documento nº 23, 24 y 25 de la Demanda. No en vano, en la cabecera de los mismos la entidad demandada aparece identificada de una manera bien visible, por lo que se convierte en directamente responsable de los avatares de dichos contratos u órdenes de compra. El incumplimiento de la demandada se deriva de que no informó al demandante, como era su obligación, de las características esenciales de las mencionadas inversiones. No se trata de asesorar al cliente, de aconsejarle, sino de informarle sobre las características de unos productos y sobre la situación económica del emisor de esos productos, para que el cliente tenga todos los elementos de juicio suficientes para realizar o no, dichas inversiones.

Correspondía a la entidad demandada acreditar que la información suministrada al cliente, al tiempo de suscribir esos contratos, había sido correcta, pero nada de ello ha acreditado. Antes bien, está totalmente acreditado todo lo contrario, por lo que la actora incurrió en error invalidante del consentimiento, en el sentido exigido por el Código Civil. De hecho, la demandada proporcionó al actor una gestora personal, para acercarle las mejores recomendaciones de inversión, según acredita el Documento nº 19 de la Demanda, pero de las manifestaciones en el plenario de la Sra. NOL, que fue la persona designada como tal gestora, se deduce que la misma nunca contactó con el Sr. SMS, ni le asesoró en sus inversiones, ni intervino en la venta de los productos objeto de litigio.

Difícilmente los empleados de la demandada podían suministrar a los clientes, en la comercialización de productos como los que son objeto de litigio, la información necesaria para que aquellos suscribieran dichos contratos con conocimiento suficiente sobre los riesgos que se podrían derivar de dicha firma, si tal y como se señala en la ampliación al Informe Pericial, hecha por la Sra. NBI, las “Instrucciones de Comercialización de preferentes”, que la demandada proporcionaba a sus empleados, no cumplen la normativa MiFID, ya que la información recogida en dicho argumentario no

es ni suficiente, ni exacta, ni imparcial respecto del producto, al obviar los riesgos asumidos y ocultar o minimizar advertencias importantes en relación al producto ofertado.

Como consecuencia de la suscripción de las participaciones preferentes y obligaciones subordinadas, llevada a cabo por la actuación antijurídica y culpable de la demandada en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, los demandantes han sufrido un perjuicio económico que se materializa en 446.124,84 euros, es decir, el importe total del capital invertido en tales productos, menos el importe de los respectivos rendimientos (520.000 - 44.698,63 - 29.176,53), es decir la cantidad que resulta de restar al capital total de la inversión, el rendimiento obtenido con la misma.

Por todo ello, de conformidad con los artículos 1.261.1, 1.265, 1.266, 1.301, 1.306.2º, 1.100, 1.101 y 1.124 del Código Civil, en relación con los artículos 73 y 74 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el Régimen Jurídico de las Empresas de Servicios de Inversión, que modifica el Real Decreto 1309/2003, de 4 de noviembre de Instituciones de Inversión Colectiva y que resulta de la transposición a nuestro ordenamiento mediante el Real Decreto 47/2007, de la directiva 2004/39/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los mercados de instrumentos financieros (Directiva MIFID), con los artículos 78 bis y 79 bis de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, del Mercado de Valores, por la que se modificó la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y con los artículos 80 y 87 del Real Decreto Legislativo 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, procede declarar la nulidad radical de la relación contractual existente entre las partes hoy litigantes, en concreto de la Orden de Compra de Participaciones Preferentes Caja Madrid 2009, con nº de código de valor AFR26364, de fecha 22 de mayo de 2.009, por importe de 35.000 euros (Documento nº 23 de la Demanda), de la Orden de Compra de Participaciones Preferentes Caja Madrid 2009, con nº de código de valor AFR26364, de fecha 4 de mayo de 2.009, por importe de 160.000 euros (Documento nº 24 de la Demanda) y de la Orden de Compra de Obligaciones Subordinadas Caja Madrid 2010.1, con nº de código de valor AFRB6840, de fecha 5 de mayo de 2.010, por importe de 325.000 euros (Documento nº 25 de la Demanda) y condenar a la entidad demandada a abonar al actor la suma de 446.124,84 euros, en concepto de daños y perjuicios. Como consecuencia de ello y en congruencia con tal declaración, también procede declarar la nulidad del posterior canje de las participaciones preferentes y obligaciones subordinadas, por acciones de BANKIA.

Respecto de la pretensión relativa a que se declare la nulidad de los contratos de préstamo con pignoración de las obligaciones subordinadas obrantes a los documentos nº 26 y 27 y a que se condene a la demandada a devolver al actor las cantidades abonadas en concepto de cuotas, no se ha apreciado razón alguna, -tampoco se expone en la Demanda otro motivo que el que dicha contratación ahora resulte económicamente perjudicial para el prestatario-, por la que hubiera de acordarse la nulidad de estos dos contratos de préstamo. Por ello, no siendo la mera inconveniencia económica motivo suficiente para acordar la nulidad del referido préstamo y crédito al consumo contratados, procede desestimar esta pretensión, absolviendo a la parte demandada del resto de pedimentos contra ella formulados.

TERCERO.- De conformidad con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y habiendo sido estimada parcialmente la Demanda, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Vistos los citados artículos y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Que debo ESTIMAR y ESTIMO PARCIALMENTE la Demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Laita, en nombre y representación de SMS, frente a la mercantil BANKIA-CAJA MADRID, en el sentido de declarar la nulidad radical de la Orden de Compra de Participaciones Preferentes Caja Madrid 2009, con nº de código de valor [...], de fecha 22 de mayo de 2.009, por importe de 35.000 euros (Documento nº 23 de la Demanda), de la Orden de Compra de Participaciones Preferentes Caja Madrid 2009, con nº de código de valor [...], de fecha 4 de mayo de 2.009, por importe de 160.000 euros (Documento nº 24 de la Demanda) y de la Orden de Compra de Obligaciones Subordinadas Caja Madrid 2010.1, con nº de código de valor [...], de fecha 5 de mayo de 2.010, por importe de 325.000 euros (Documento nº 25 de la Demanda), así como del posterior canje de participaciones preferentes y obligaciones subordinadas por acciones de BANKIA, de condenar a la entidad demandada a abonar a los actores la suma de 446.124,84 euros, en concepto de daños y perjuicios y en el sentido de no declarar la nulidad de los contratos de préstamo con pignoración de las obligaciones subordinadas obrantes a los documentos nº 26 y 27, absolviendo a la demandada del resto de pedimentos contra ella formulados. Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe interponer recurso de apelación en ambos efectos en este Juzgado para ante la Ilma. Audiencia Provincial de Navarra, en el plazo de **VEINTE DIAS** desde su notificación.

Así, por ésta mi Sentencia de la que se expedirá testimonio para su unión a los autos, lo acuerdo, mando y firmo.

E/ DEPÓSITO PARA RECURRIR: Deberá acreditarse en el momento del anuncio haber consignado en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano abierta en Banco Santander 3173000004090013 la suma de 50 EUROS con apercibimiento que de no verificarlo no se admitirá a trámite el recurso pretendido; salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente de alguno de los anteriores.

Diligencia.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo.

Sr. Magistrado-Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, doy fe en Pamplona/Iruña.