



**FECHA NOTIFICACIÓN**

18 MAR 2014

**JUZGADO PRIMERA INSTANCIA Nº6  
COLMENAR VIEJO  
ORDINARIO 535/13**

INSTITUTO ESPAÑOL DE PROCURADORES DE MADRID	
RECIBO	FECHA DE NOTIFICACIÓN
17 MAR 2014	18 MAR 2014
JUZGADO PRIMERA INSTANCIA Nº6 COLMENAR VIEJO	
ORDINARIO 535/13	

**Demandante.-  
Procurador.- Sra. Alonso Ruiz  
Demandado.- BANKIA SA  
Procurador.- Sr.**



**SENTENCIA**



En Colmenar Viejo, a doce de marzo de dos mil catorce.

Vistos por Doña. Raquel Sánchez Escobar, Magistrada-Juez de Primera Instancia nº6 de esta ciudad y de su partido los presentes autos de juicio ordinario nº535/13 sobre nulidad de contrato de participaciones preferentes, promovido por Sra. Alonso Ruiz procurador de los tribunales en nombre y representación de doña contra **BANKIA SA** representado por la procurador Sr.

**ANTECEDENTES DE HECHO.**

**PRIMERO.** En fecha 1 de agosto de 2013 se presentó demanda en los hechos siguientes:

La actora es titular de participaciones preferentes y deuda subordinada Caja Madrid por importe de 93.400 euros.

Las citadas Participaciones Preferentes has sido canjeadas por acciones de Bankia , mediante recompra obligatoria y posterior entrega de las citadas acciones, operación que no ha sido autorizada ni aceptada por la actora.

Doña                   contrató tales productos financieros por consejo de su gestor D.                   , que es quien siempre indicaba a la actora en qué productos financieros debía invertir su dinero .

La orden de compra no está firmada por la actora.

La actora no recuerda que se le hiciera, ni firmara, ningún test de Conveniencia.

Doña                   tiene 55 años , nunca ha trabajado , pese a que se encuentra inscrita como demandante de empleo, careciendo de ingresos. Es una persona ahorradora y de perfil conservador , nunca ha invertido en productos de riesgo , desconoce en general y no comprende la naturaleza de los productos financieros como el que es objeto de autos, desconoce el significado de términos como “ deuda perpetua” “deuda subordinada” o “participaciones preferentes”.

La actora contrató movida por la información suministrada de que era un producto totalmente seguro con la garantía de Caja Madrid como si fuera un plazo fijo y que reportaría una rentabilidad algo mayor que los depósitos

La demandante acudió en mayo de 2009 a su sucursal del banco demandado, al objeto de vender unas participaciones preferentes correspondientes a la emisión anterior a 2004 , que había recibido de su madre. Sin embargo su asesor, Sr. , la convenció para que las canjeara por participaciones preferentes ( correo electrónico de 13 de mayo de 2013).

En mayo de 2010, abusando nuevamente de la confianza existente entre el gestor y la actora, le remitió el correo de 3 de mayo de 2010 , dada la confianza la actora le solicitó que ejecutara la orden de compra.

**SEGUNDO.** Admitida a trámite la demanda por decreto de 27 de septiembre de 2013 se emplaza a la demandada para que conteste a la misma, lo que realiza en tiempo y forma.

Se convoca a las partes para la audiencia previa que tuvo lugar el día 28 de febrero de 2014.

En fecha 6 de febrero de 2014 se dictó auto admitiendo la intervención de CAJA MADRID FINANCE PREFERRED SA como parte demandada.

**TERCERO.** En el acto de la audiencia se intentó un acuerdo o transacción de las partes que pusiera fin al proceso.

En el acto de la Audiencia Previa la parte demandado no mantuvo las excepciones planteadas en la contestación.

Se acuerda el recibimiento a prueba proponiendo: testifical y documental.

**CUARTO.** Las partes renunciaron a la prueba testifical propuesta y quedaron los autos vistos para dictar sentencia de conformidad con el artículo 429.8 de la LEC.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO.

ES COPIA

#### **PRIMERO.- Alegaciones de las partes.**

Las presentes actuaciones se fundan en los siguientes hechos y fundamentos alegados por ambas partes:

La actora es titular de participaciones preferentes y deuda subordinada Caja Madrid por importe de 93.400 euros.

Las citadas Participaciones Preferentes has sido canjeadas por acciones de Bankia, mediante recompra obligatoria y posterior entrega de las citadas acciones, operación que no ha sido autorizada ni aceptada por la actora.

El folleto informativo se informa de una serie e riesgos de la inversión , por lo que la actora antes de suscribir conocía el funcionamiento del producto.

## **SEGUNDO.- Régimen jurídico de las Participaciones Preferentes.**

La participación preferente tiene su fuente normativa en la disposición adicional segunda de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión , Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros, introducida en ésta por la Ley 19/2003, de 4 de julio, y modificada por el art. 1.10 de la Ley 6/2011, de 11 de abril (BOE de 12 de abril), por la que se transpone a nuestro Derecho la Directiva 2009/111/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, en función, especialmente, de determinar las condiciones para admitir como recursos propios de las entidades de crédito a los que denomina instrumentos de capital híbridos, entre los que se incluye la participación preferente.

ES COPIA

La participación preferente es un valor negociable de imprecisa naturaleza. Inicialmente parece responder a un valor de deuda, por lo que, de partida, encajaría en la naturaleza propia de las obligaciones ex arts. 401 y ss. LSC, ya que éstas se caracterizan porque «reconocen o crean una deuda» contra su emisor; además, su regulación legal las califica como «instrumentos de deuda». Sin embargo, atendido su régimen legal y su tratamiento contable, resulta que la participación preferente se halla mucho más próxima a las acciones y demás valores participativos que a las obligaciones y demás valores de deuda.

La función financiera legalmente impuesta a la participación preferente muestra que no es un valor de deuda o de captación de recursos financieros ajenos sujetos a restitución a unas condiciones de vencimiento; del mismo modo, su contenido legal revela que los derechos típicos que los valores de deuda atribuyen a sus titulares son en ella inexistentes y que la participación preferente es, realmente, una clase especial de acción legalmente regulada.

La función financiera legal de la participación preferente es la misma que la del capital social y demás elementos componentes del patrimonio neto: computar como recursos propios de la entidad de crédito emisora. Ello comporta un tratamiento jurídico y contable que la alejan del propio de los valores de deuda. El dinero invertido en participaciones preferentes está sujeto ministerio legis y de forma permanente a la cobertura de las pérdidas del emisor, lo que acarrea el riesgo de la pérdida total de la inversión. Por ello, la función financiera legal de la participación preferente es incompatible con la propia de las obligaciones y demás valores de deuda porque éstos incorporan una deuda jurídicamente real



Administración  
de Justicia



Doña [redacted] : contrató tales productos financieros por consejo de su gestor D. [redacted], que es quién siempre indicaba a la actora en qué productos financieros debía invertir su dinero.

La orden de compra no está firmada por la actora.

La actora no recuerda que se le hiciera, ni firmara, ningún test de Conveniencia.

Doña [redacted] tiene 55 años , nunca ha trabajado , pese a que se encuentra inscrita como demandante de empleo, careciendo de ingresos. Es una persona ahorradora y de perfil conservador , nunca ha invertido en productos de riesgo , desconoce en general y no comprende la naturaleza de los productos financieros como el que es objeto de autos, desconoce el significado de términos como “ deuda perpetua” “deuda subordinada” o “participaciones preferentes”.

La actora contrató movida por la información suministrada de que era un producto totalmente seguro con la garantía de Caja Madrid como si fuera un plazo fijo y que reportaría una rentabilidad algo mayor que los depósitos

La demandante acudió en mayo de 2009 a su sucursal del banco demandado, al objeto de vender unas participaciones preferentes correspondientes a la emisión anterior a 2004 , que había recibido de su madre. Sin embargo su asesor, Sr. [redacted] , la convenció para que las canjeara por participaciones preferentes ( correo electrónico de 13 de mayo de 2013).

En mayo de 2010, abusando nuevamente de la confianza existente entre el gestor y la actora, le remitió el correo de 3 de mayo de 2010, dada la confianza la actora le solicitó que ejecutara la orden de compra.

ES COPIA

La parte demandada se opondrá alegando que la actora ya había contratado con anterioridad participaciones preferentes, concretamente Participaciones Preferentes Endesa y Participaciones Preferentes Caja Madrid 2004, y ha estado percibiendo los cupones o, si se prefiere intereses, correspondientes a las participaciones y obligaciones subordinadas, sin manifestar queja o desacuerdo.

Debía conocer la diferencia entre productos a plazo y estos otros productos, según resulta de sus declaraciones fiscales.

Nunca se prestaron servicios de asesoramiento financiero. Solo consta órdenes de inversión firmadas por la actora y los respectivos contratos de depósito y administración de valores. No hay ningún contrato de asesoramiento , ni recomendación personalizada de inversión. En este caso no se hizo Test de idoneidad por no existir contrato de asesoramiento .

El producto fue debidamente explicado a la parte actora, advirtiéndole de las ventajas del producto, y también de los riesgos asociados de forma adecuada, suficiente y comprensible.



Madrid

del emisor y tienen el tratamiento contable de recursos ajenos sujetos a restitución o pasivo. En cambio, el nominal de la participación preferente no es una deuda del emisor -a pesar, se insiste, de ser legalmente calificada como instrumento de deuda, calificación en cierto modo incorrecta y engañosa-. Y no lo es porque no atribuye a su titular derecho de crédito alguno que le faculte para exigir su pago a la entidad emisora. La disposición adicional segunda de la Ley 13/1985 obliga a que el dinero captado mediante participaciones preferentes ha de estar invertido en su totalidad (...) y de forma permanente, en la entidad de crédito dominante de la filial emisora, de manera que queden directamente afectos a los riesgos y situación financiera de dicha entidad de crédito dominante y de la de su grupo o subgrupo consolidable.

En consecuencia, la liquidez de la participación preferente solo puede producirse mediante su venta en el mercado secundario de valores en el que ésta cotice. Este hecho determina que el dinero invertido en ella deviene prácticamente irrecuperable ante los hechos que, legalmente, determinan la desactivación de su sistema de rentabilidad: bien porque el pago de la misma acarree que la entidad de crédito dejase de cumplir sus obligaciones en materia de recursos propios o porque no haya obtenido beneficios ni disponga de reservas repartibles; o bien, tras la Ley 6/2011, porque así lo decida el órgano de administración de la entidad de crédito. Nótese, por ello, que la desactivación del sistema de rentabilidad de la participación preferente y el consiguiente impago de la misma es signo de crisis de la entidad de crédito «deudora» cuyo efecto correlativo en los miedosos mercados de valores es la desaparición de la liquidez de la inversión y la pérdida de su seguridad o posibilidad real de recuperar el dinero invertido.

ES COPIA

En otros términos, el único incentivo del mercado ~~secundario de participaciones~~ preferentes consiste en el pago regular de sus intereses o sistema de rentabilidad. Su desactivación elimina la rentabilidad y la liquidez de la inversión así como su seguridad. La participación preferente deja de ser un valor para convertirse en instrumento de inversión de máximo riesgo carente de liquidez, rentabilidad y seguridad.

Ello revela que la participación preferente es un valor de riesgo equiparable a las acciones o, en su caso, al de las cuotas participativas de cajas de ahorros o de las aportaciones de los socios de las cooperativas de crédito. El riesgo que asume el inversor en participaciones preferentes es el mismo que el de los accionistas, pero sin sus facultades.

Las anteriores circunstancias y notas características hacen, en una primera aproximación general, dudar seriamente de que las participaciones preferentes sean un instrumento apto como producto de inversión para clientes minoristas.

**TERCERO.- Características del producto y sus consecuencias en su regulación.**

De un lado, que la participación preferente es un valor de máximo riesgo . Del otro, que debe integrarse dentro de la categoría de los valores complejos del art. 79 bis 8.a) de la Ley del Mercado de Valores. Este precepto considera no complejos a dos categoría de valores. En primer lugar, a los valores típicamente desprovistos de riesgo y a las acciones cotizadas como valores ordinarios éstas cuyo riesgo es de «general conocimiento». En segundo lugar, como categoría genérica, el referido precepto considera valores no complejos a aquellos en los que concurren las siguientes tres condiciones: a. 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. b. Que no impliquen pérdidas reales o potenciales para el cliente que excedan del coste de adquisición del instrumento. c. 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.

Por ello, la participación preferente es calificable como valor complejo porque no aparece en la lista legal explícita de valores ~~no complejos y porque no cumple ninguno de los tres referidos requisitos.~~

ES COPIA

Los artículos 38 y 39 del RD 1310/2005 contienen ~~la distinción entre tres clases~~ de inversores en valores negociables: el inversor o cliente minorista, el inversor iniciado o experto y el inversor cualificado. El primero, el minorista, es caracterizado por defecto o exclusión: lo es quien o es experto o cualificado. El minorista es merecedor de mejor protección jurídica que la procurada por el principio de autotutela previo acceso a una información reglada sobre el emisor y los valores que rige el mercado primario. La simple disposición de la información reglada y su registro en la Comisión Nacional del Mercado de Valores no desactiva la responsabilidad del emisor y demás sujetos intervinientes, pues no produce el efecto de capacitar a todo inversor para evaluar la naturaleza y riesgos ni para valorar la situación financiera actual y previsible del emisor (y ello es lo que se predica precisamente en el preámbulo

de la Ley 6/2011, de 11 de abril ). Se da, así, lo que se ha venido llamando una situación objetiva de información asimétrica entre el emisor o comercializador y los inversores minoristas.

La superación por insuficiencia del sistema de información reglada como sistema de protección del inversor minorista -y, por tanto, se establece la necesidad de crear obligaciones de diligencia profesional-tomó definitivo impulso por la trasposición de la Directiva 2004/39/CE (conocida como MIFID) a nuestro derecho mediante la Ley 47/2007, de 19 de diciembre , que reformó la LMV al efecto, y por el RD 217/2008, de 15 de febrero.

Esta normativa impone que al colocar participaciones preferentes entre clientes minoristas, las entidades de crédito tienen el deber general de « comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios, y, en particular, observando las normas establecidas en este capítulo y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo » (art. 79 LMV). Entre tales obligaciones figura la esencial obligación de información (art. 79 bis LMV). La entidad debe « mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes ». Tal información debe ser « imparcial, clara y no engañosa » y debe versar « sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión (...) » en función de que la misma « les permita comprender la naturaleza y los riesgos (...) del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa ». El régimen de las obligaciones de la entidad en este orden es desarrollado por el RDL 217/2008, especialmente en sus arts. 60 y 64.

Descendiendo todavía más sobre las obligaciones concretas de información, el art. 79 bis LMV, especialmente en sus apartados 6 y 7, expresa que la empresa de servicios de inversión -entre las que se incluyen las entidades de crédito- que asesore, coloque, comercialice o preste cualquier clase de servicio de inversión sobre tales valores complejos debe cumplir las siguientes obligaciones:

a) Obligación de obtener 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 aquél, con la finalidad de poder recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan.

ES COPIA

b) Deber de abstenerse de recomendar servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente minorista cuando la entidad no obtenga la referida información.

c) Deber de solicitar al cliente minorista información sobre 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.

d) Obligación de advertir al cliente que el instrumento financiero no es adecuado para él si, sobre la base de esa información, la entidad así lo considera.

e) En caso de que el cliente no proporcione la información requerida o ésta sea insuficiente, la entidad tiene el deber de advertirle de que ello le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él.

#### CUARTO.- Validez del contrato, vicios del consentimiento.

ES COPIA

El artículo 1.266 del Código Civil exige que el error recaiga 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, y la jurisprudencia viene señalando de forma constante y reiterada que no sólo ha de ser esencial, sino también inexcusable, requisito este último que debe ser apreciado en atención a las circunstancias del caso y que se erige en una medida de protección para la otra parte contratante en cuanto pudiera ser perjudicial para sus intereses negociales una alegación posterior de haber sufrido error que lógicamente escapaba a sus previsiones por apartarse de los parámetros normales de precaución y diligencia en la conclusión de los negocios, pero que en absoluto puede beneficiar a quien lo ha provocado conscientemente en la otra parte (STS 13-2-2007). El error es inexcusable cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular, y, de acuerdo con los postulados del principio de la buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, pues la función básica de ese requisito es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida por la declaración (STS 4-1-1982).





A la hora de apreciar la excusabilidad del error la jurisprudencia utiliza el criterio de la imputabilidad a quien lo invoca y el de la diligencia que le era exigible, en la idea de que cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible, y que la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas, y así, es exigible mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto (SSTS 28-2-1974 y 18-4-1978), y por el contrario la diligencia exigible es menor cuando se trata de persona inexperta que entre en negociaciones con un experto (STS 4-1-1982), siendo preciso, por último, para apreciar esa diligencia exigible, valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta o no, aunque no haya incurrido en dolo o culpa. Pues bien, teniendo en cuenta, como señala la SAP Valencia (Secc. 9ª) 26-4-2006, reiterando otra del mismo Tribunal de 14-11-2005, en relación con la carga de la prueba del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, que algunos autores señalan, en el caso de productos de inversión complejos, que la carga de la prueba sobre la existencia de un adecuado asesoramiento debe pesar sobre el profesional financiero, respecto del cual la diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes, lo cual por otra parte es lógico por cuanto desde la perspectiva de estos últimos se trataría de probar un hecho negativo como es la ausencia de dicha información.

ES COPIA

Existe error cuando la parte se representa la realidad del contrato de forma equivocada, como consecuencia de lo cual no recibe lo que esperaba obtener del contrato, con la consiguiente lesión económica.

Por regla general, el error no anula el contrato, salvo cuando sea esencial y excusable. Sólo es esencial cuando recaiga sobre la cualidad que determinó la celebración del contrato. Solo es excusable cuando no haya podido ser evitado mediante el empleo de una diligencia media, teniendo en cuenta la condición de las personas.

Uno de los motivos por los que suele apreciarse la excusabilidad del error es cuando la parte no afectada por el mismo estaba obligada legalmente a suministrar determinada información y no lo hace o lo hace de modo inadecuado.

**QUINTO.- Hechos probados.**





De una valoración conjunta y ponderada de la prueba practicada resulta acreditado que la actora suscribió el 27 de mayo de 2009 Participaciones Preferentes 2009 por importe de 43.400 euros y el 5 de mayo de 2010 Obligaciones Subordinadas CM por importe de 50.000 euros.

Como único documento de las operaciones consta el documento 1 de la demanda- Orden de suscripción de Participaciones Preferentes 2009 - documento no firmado por la actora.

Con la contestación no se presenta más documentación que la información fiscal de la actora y documento 4- Descripción General de las características de la emisión Participaciones Preferentes ENDESA CAPITAL-. No ha quedado acreditado que la actora tuviera conocimiento de este último documento, ni que le fuera facilitado.

De los documentos 7, 8 y 9 resulta acreditado que la única información recibida por la actora fue la facilitada mediante correos electrónicos por

subdirector sucursal . También mediante este mecanismo se solicitaba la suscripción.

El documento 3a), presentado en la audiencia previa, acredita que las participaciones preferentes Endesa y CM 2004 las había percibido la actora por herencia de su madre.

#### **SEXTO.- La valoración de la conveniencia de los actores.**

ES COPIA

El art. 79 bis LMV, especialmente en sus apartados 6 y 7, expresa que la empresa de servicios de inversión -entre las que se incluyen las entidades de crédito- que asesore, coloque, comercialice o preste cualquier clase de servicio de inversión sobre tales valores complejos debe cumplir las siguientes obligaciones:

- a) Obligación de obtener 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 aquél, con la finalidad de poder recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan.
- b) Deber de abstenerse de recomendar servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente minorista cuando la entidad no obtenga la referida información.
- c) Deber de solicitar al cliente minorista información sobre 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.

d) Obligación de advertir al cliente que el instrumento financiero no es adecuado para él si, sobre la base de esa información, la entidad así lo considera.

e) En caso de que el cliente no proporcione la información requerida o ésta sea insuficiente, la entidad tiene el deber de advertirle de que ello le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él.

De los hechos probados resulta acreditado que la entidad no cumplió con la obligación de información hacia los cliente y desde luego no tuvieron en cuenta sus circunstancias que los incapacitaban para la inversión que iba a realizar y no evaluó si el servicio o producto de inversión es adecuado para estos clientes.

La doctrina ha señalado como la contratación en el mercado financiero, y dentro de ella deben comprenderse sin duda este tipo de contratos, es una contratación compleja, con un elevado nivel técnico, que para su comprensión por el inversor exige la posesión de conocimientos o experiencia previos, encontrándose las entidades financieras en una situación de superioridad frente a sus clientes. Por lo demás, los clientes confían en la entidad financiera con la que mantienen una relación duradera, lo que determina que se fíen de las recomendaciones efectuadas por el personal de la oficina, de tal modo que profesionalidad y confianza son los dos elementos característicos de la relación de clientela en el mercado financiero, y ello determina que a las entidades financieras les sea exigible un estricto deber de información. Así el cliente debe recibir de la entidad financiera una completa información sobre la naturaleza, objeto, coste y riesgos de la operación, y además de forma que le resulte comprensible, asegurándose la entidad de que el cliente entiende sobre todo los riesgos patrimoniales que puede llegar a asumir en el futuro.

ES COPIA

En este sentido, la jurisprudencia exige a las entidades bancarias que acrediten que actuaron diligentemente en la oferta de estos productos, informando de las características de los mismos y cuidando de los intereses del cliente, como si fueran propios. Así, y en relación a la carga de la prueba del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros y sobre todo en el caso de productos de inversión, como señala la Sentencia de la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia de 14 de noviembre de 2005, la diligencia en el asesoramiento no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los





intereses de sus clientes, invirtiéndose la carga de la prueba, teniendo en cuenta la condición profesional de la entidad financiera.

LMV establece en su artículo 79 bis y en relación al tipo de información que deben facilitar las entidades que presten servicios de inversión a sus clientes, que la misma debe ser imparcial, clara y no engañosa, que sea comprensible para los mismos, debiendo incluir la referente a instrumentos financieros orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos.

De tal modo que, conforme a dicho precepto se ha venido entendiendo que la información que resulta relevante ante un inversor minorista, cual es el caso de autos, no experto en este tipo de contratación, es la que proviene de la confianza que le inspira la relación de clientela que mantiene con el comercializador de los valores, sobre todo, teniendo en cuenta que se trata de una entidad de crédito con la que el mismo mantiene relaciones largas en el tiempo; de tal modo que la existencia de un "folleto informativo" por sí solo no exime de responsabilidad al emisor ni garantiza que la información transmitida por el mismo haya sido adecuada, ni su sola existencia otorga capacidad al inversor, cliente minorista no profesional, para evaluar la naturaleza del producto, sus riesgos o la situación financiera del emisor.

En cuanto al referido test de conveniencia (MIFID) a partir de la entrada en vigor de la Directiva 2004/39/CE es obligatorio que la entidad financiera que asesora acerca de las inversiones del cliente o efectúa recomendaciones realice dicho test cuando lo que se trate de adquirir por parte del cliente minorista sea un producto financiero complejo.

En las presentes actuaciones el test no fue realizado.

ES COPIA

El hecho de haber sido la actora titular de Participaciones Preferentes 2004, percibidas por la herencia de su madre, no puede concluirse que necesariamente conocieran la naturaleza de dicho producto, ni su comportamiento, ni el alto riesgo que ello representaba, dado el resultado satisfactorio de dicha operación anteriormente contratada, por lo que en el momento de adquirir las participaciones a la entidad demandada podía desconocer el riesgo real de dicha operación.

**SÉPTIMO-** Todo lo anterior lleva a la conclusión de afirmar que la demandada no proporcionó, como era su obligación, toda la información necesaria a la actora para que esta conociera y comprendieran la naturaleza y riesgo del producto contratado, y que fue la propia entidad quien les ofertó el producto, y



que la actora aceptó ante la creencia de obtener un rendimiento más alto de sus ahorros y con la posibilidad de disponer de él en cualquier momento; extremo este que la demandada parece entender como reprobable, pero que ningún reproche jurídico, ni moral merece, ni el hecho de haber cobrado los rendimientos durante el tiempo de vigencia de las obligaciones sana el contrato ni determina la validez y confirmación del mismo, en tanto cuando los contratos suscritos funcionaban de forma correcta y conforme a lo convenido, la actora no era consciente del error cometido al contratar los mismos.

**OCTAVO.-** Señalado lo anterior, y alegada por la demandada como causa de nulidad del contrato el error en la prestación del consentimiento, la demanda debe ser estimada por cuanto concurren los requisitos para que el error invalide el consentimiento prestado, esto es, ser esencial, en cuanto afecta a la obligación principal del contrato, al cálculo de su importe y a la característica de alto riesgo del mismo; sustancial, en cuanto afecta a un elemento nuclear del contrato y excusable, en tanto, la actora contrató movida por las manifestaciones de un empleado de la entidad bancaria en el que tenía plena confianza por ser hijo de un matrimonio con el que tenían gran amistad, y en cuyos conocimientos precisamente por su profesión se han de estimar superiores a los de la misma, tratándose además de un contrato complejo y difícil de analizar, siendo la actora cliente minorista, cliente por tanto que precisa de un plus respecto a la información, por lo que procede decretar la nulidad de las órdenes de compra y de los contratos anexos a las mismas.

ES COPIA

Las consecuencias de la declaración de nulidad del contrato por la existencia de vicio en alguno sus elementos, en este caso el consentimiento, determinan que conforme a lo establecido en el artículo 1.303 del Código Civil los contratantes deban restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con sus intereses, por lo que la demandada deberá devolver a la actora el capital nominal (67.000 euros) entregados como precio de compra de las obligaciones subordinadas por ella adquiridas, con más los intereses legales devengados desde la fecha de suscripción de la orden de compra, minorado por el total de rentas recibidas hasta la fecha, más el interés legal devengado desde su percepción, con restitución a la demandada de las acciones canjeadas.

La estimación de la pretensión de nulidad determina que no se entre a conocer de la pretensiones subsidiarias.

**NOVENO.- COSTAS** Al estimarse íntegramente la demanda procede imponer las costas a la parte demandada.



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

### FALLO

Que **ESTIMANDO** la demanda interpuesta por Sra. Alonso Ruiz procurador de los tribunales en nombre y representación de **doña**  
Sr. **BANKIA SA** representado por la procurador

#### Acuerdo:

Declarar la nulidad de los contratos de prestación de servicios de inversión y/o deposito o administración , así como de las suscripción de participaciones preferentes efectuado en 2009 y deuda subordinada suscrito en 2010 y posterior canje obligatorio, con la obligación de la demandada de devolver a la actora el capital nominal (93.400 euros) entregados como precio de compra de las participaciones y obligaciones por ella adquiridas, con más los intereses legales devengados desde la adquisición del producto, minorado por el total de intereses recibidos por la actora hasta la fecha ( 15.236,64 euros), más el interés legal devengado desde su percepción, con restitución a la demandada en su caso de las acciones canjeadas.

Con expresa condena en costas a la parte demandada.

Llévese testimonio de esta resolución a los autos.

Esta resolución no es firme y contra ella cabe recurso de apelación.

Así por esta mi sentencia, juzgando, lo pronuncio, mando y firmo.

Publicación.-Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Sra. Juez que la dicto estando en audiencia pública el mismo día de su fecha, doy fe..

ES COPIA