

S E N T E N C I A

En Madrid, a quince de abril de dos mil catorce. Don Ramón Badiola Díez, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 99; habiendo visto los precedentes autos de juicio ordinario seguidos con el número 172/2013 a instancia de don Santiago F P y doña Araceli M A contra la mercantil Bankia, S.A., compareciendo ambas partes representadas por Procurador y defendidas por Letrado.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por la representación procesal de don Santiago FP y doña Araceli M A se interpuso demanda de juicio ordinario contra la mercantil Bankia, S.A. en la que, y previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, suplicó al Juzgado que se dicte sentencia de conformidad con los pedimentos formulados en la demanda, con imposición de costas a dicha parte.

Segundo.- Admitida a trámite la demanda y emplazada la parte demandada al objeto de que compareciera en autos y contestara a la demanda, se personó en tiempo y forma y contestó a la demanda, oponiéndose a la pretensión ejercitada con base en los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes.

Tercero.- Convocadas ambas partes a la celebración de la audiencia previa prevista en el artículo 414 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, propusieron como medios de prueba los que estimaron oportunos para la acreditación de los hechos alegados, y admitida la prueba declarada pertinente se señaló día para la celebración del juicio.

Cuarto.- Celebrado el juicio con la asistencia de las partes, en dicho acto se practicaron las pruebas propuestas por las partes y declaradas pertinentes, y practicada la prueba los Letrados de las partes informaron oralmente sobre los hechos controvertidos y la prueba practicada, quedando los autos conclusos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Acción ejercitada en la demanda.

Se ejercita en la demanda por don Santiago F P y doña Araceli M A, como acción principal, la declaración de nulidad de la siguiente orden de suscripción de participaciones preferentes emitida por Cajamadrid Finance Preferred, S.A. y comercializada por Caja Madrid, hoy Bankia S.A.:

Fecha 23 de junio de 2010, adquisición por los demandantes de 1.300 títulos de participaciones preferentes, por importe de 130.000 euros.

Se fundamenta la acción de nulidad en la existencia de vicio en el consentimiento prestado para el otorgamiento del contrato por causa de error, con fundamento en los artículos 1261, 1265 y 1266 del Código Civil.

Segundo.- Naturaleza jurídica y régimen legal de las participaciones preferentes.

Las participaciones preferentes se encuentran reguladas en la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias – sección 7ª – de 29 de julio de 2013, que a su vez recoge la doctrina de la sentencia de fecha 18 de julio de 2013 de la sección 5ª de la misma Audiencia, realiza un interesante estudio del contrato objeto del presente litigio, que podemos resumir en las siguientes notas características de las participaciones preferentes:

a) se trata de un instrumento financiero en virtud del cual las entidades de crédito pueden constituir recursos propios, cumpliendo una función financiera de la propia entidad que las emite. De este

modo, el dinero que se invierte en participaciones preferentes no constituye un pasivo en el balance de la entidad.

b) no otorgan a sus titulares derechos políticos.

c) no atribuyen al titular de las mismas un derecho a la restitución de su valor nominal, por lo que es un valor de duración perpetua.

d) el pago de la remuneración al inversor está condicionado a la existencia de beneficios por parte de la entidad de crédito emisora.

e) la liquidación de las participaciones preferentes sólo puede producirse mediante su venta en el mercado secundario, dado que no cotizan en bolsa.

f) en caso de liquidación de la entidad emisora el titular de la inversión se coloca prácticamente al final del orden de prelación de los créditos, por detrás de todos los acreedores de la entidad, y sólo delante de los accionistas ordinarios.

Las anteriores notas distintivas de este producto de inversión determinan que la Comisión Nacional del Mercado de Valores los haya definido como “instrumentos complejos y de riesgo elevado, pues pueden generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido”.

En el ámbito de la Comunidad de Madrid, son numerosas las sentencias de los Juzgados de Primera Instancia y de la Audiencia Provincial de Madrid que han resuelto demandas interpuestas por consumidores contra Bankia, S.A. por el tema de la comercialización de las participaciones preferentes, pudiendo citarse las sentencias de la sección 10 de 31 de octubre de 2013, de la sección 14 de 9 de diciembre de 2013, de la sección 19 de 23 de diciembre de 2013, de la sección 10 de 15 de enero de 2014, de la sección 10 de 22 de enero de 2014, de la sección 18 de 27 de enero de 2014 y de la sección 10 de 13 de febrero de 2014.

Por este Juzgado se han dictado, asimismo, sentencias condenatorias contra Bankia en las fechas siguientes: sentencia de

29 de octubre de 2013 (autos 1293/2012), sentencia de 12 de marzo de 2014 (autos 1623/2012) y sentencia de 17 de marzo de 2014 (autos 801/2013).

Nota común a todas estas sentencias es la estimación de las acciones de nulidad ejercitadas por los consumidores en base a la existencia de una comercialización de estos productos que no se ha ajustado a los deberes exigibles a las entidades bancarias en la normativa sobre Mercado de Valores, teniendo en cuenta que se trata de productos complejos y en los que concurría un evidente riesgo en el momento en que fueron objeto de adquisición, lo cual ha provocado en los adquirentes un error esencial en orden a la verdadera naturaleza jurídica y riesgos derivados de la adquisición de estos productos, error determinante de nulidad.

Tercero.- El deber de información de las entidades comercializadoras de estos productos.

La complejidad de las participaciones preferentes en relación a otros contratos y productos bancarios determina que la entidad bancaria deba ser extremadamente diligente en la emisión y comercialización de estos productos, especialmente cuando los destinatarios tienen la condición de consumidores. De este modo, el deber de información sobre las características esenciales del producto y sus riesgos constituye una obligación contractual esencial cuya ausencia pudiera determinar la declaración de nulidad.

Resulta exhaustiva la normativa vigente sobre la materia, constituida fundamentalmente por la Ley 24/1998, de 28 de julio, del Mercado de Valores, cuyo artículo 78 bis distingue entre clientes profesionales y clientes minoristas, considerando a los primeros como “aquellos a quienes se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos”. Por su parte, el artículo 79 establece como obligaciones esenciales de los servicios de inversión “la 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”. Asimismo, el artículo 79 bis desarrolla de forma concreta la obligación de información que incumbe a las entidades de servicios de inversión, que se materializa en los puntos siguientes: A) la obligación de mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes. B) la información deberá ser imparcial, clara y no engañosa. C) obligación de proporcionar a los clientes, de manera comprensible, una información adecuada sobre la entidad y los servicios que presta; sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión; sobre los centros de ejecución de órdenes y sobre los gastos y costes asociados de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece, pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa. La información referente a los instrumentos financieros y a las estrategias de inversión deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias. D) cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, la entidad obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate; y sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquel, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan.

El Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, desarrolla en el artículo 72 la obligación de las entidades que presten el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, de obtener de sus clientes la información necesaria para que puedan comprender la naturaleza de la inversión y sus riesgos, lo que se describe como “evaluación de la idoneidad”, estableciendo que “cuando la entidad no obtenga la información específica no podrá recomendar servicios de inversión o instrumentos financieros

al cliente o posible cliente, ni gestionar su cartera”. El artículo 73 regula la denominada “evaluación de la conveniencia”, estableciendo que las entidades que presten servicios de inversión distintos de los previstos en el artículo anterior deberán determinar si el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado.

Recientemente, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014, desarrolla de forma muy exhaustiva esta cuestión, aún cuando el supuesto debatido era un swap, si bien las consideraciones son igualmente aplicables al producto de las preferentes. Aborda dicha sentencia la trascendental cuestión de determinar cuando se entiende que existe asesoramiento por parte de la entidad bancaria en la comercialización de estos productos, y llega el Tribunal Supremo, siguiendo la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48 S.L., interpretativa del artículo 4.4 de la Directiva 2004/39/CE, a considerar que existe dicha relación de asesoramiento cuando es la entidad bancaria comercializadora del producto la que recomienda su adquisición al cliente, aún cuando no exista un contrato específico de asesoramiento entre banco y cliente. Dicha cuestión es importante por cuanto, sigue razonando el Tribunal Supremo, la existencia de dicha relación de asesoramiento exige a la entidad bancaria la realización de los test de conveniencia y de idoneidad regulados en la normativa MIFID, que corresponde a las siglas en inglés de la Directiva anteriormente reseñada.

Cuarto.- Sobre la existencia de error determinante de la nulidad del contrato.

El consentimiento válidamente prestado es un requisito esencial de la validez de los contratos y el artículo 1265 del Código Civil declara la nulidad del consentimiento prestado por error, en los términos que establece el artículo 1266 del mismo código que en lo relativo al error sobre el objeto señala que: "Para que el error invalide el consentimiento, deberá 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".

De esta forma, el error se produce cuando la voluntad del contratante se ha formado anormalmente a partir de una creencia inexacta sobre el objeto esencial del contrato. Tal como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio 2000, "debe de recaer 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; que no sea imputable a quién lo padece; un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado, y que sea excusable, en el sentido de que sea inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular" (STS 14 y 18 febrero 1994 y 11 mayo 1998).

Más recientemente, la sentencia de 21 de noviembre de 2012 desarrolla la doctrina general sobre el error como vicio del consentimiento en los términos siguientes:

Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta - sentencias 114/1985, de 18 de febrero , 295/1994, de 29 de marzo , 756/1996, de 28 de septiembre , 434/1997, de 21 de mayo , 695/2010, de 12 de noviembre , entre muchas -. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.

Es lógico que un elemental respeto a la palabra dada - " pacta sunt servanda " - imponga la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y pueda quien lo sufrió quedar desvinculado. Al fin, el contrato constituye el instrumento jurídico por el que quienes lo celebran, en ejercicio de su libertad - autonomía de la voluntad -, deciden crear una relación jurídica entre ellos y someterla a una " lex privata " (ley privada) cuyo contenido determinan. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos - sentencia de 15 de febrero de 1977 -.

I. En primer término, para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración. Lo que exige que se muestre, para quien afirma

haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

II. Dispone el artículo 1266 del Código Civil que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer - además de sobre la persona, en determinados casos - sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo - sentencias de, 4 de enero de 1982 , 295/1994 , de 29 de marzo, entre otras muchas -, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato - artículo 1261, ordinal segundo, del Código Civil -. Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones - respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato - que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa.

III. Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias - pasadas, concurrentes o esperadas - y que es en consideración a ellas que el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses.

IV. Como se indicó, las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los

términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos - sentencias de 8 de enero de 1962 , 29 de diciembre de 1978 y 21 de mayo de 1997 , entre otras -. Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano.

V. Se expuso antes que el error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente segura, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre un futuro más o menos próximo con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia.

VI. Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia - sentencias de 4 de enero de 1982 , 756/1996, de 28 de septiembre , 726/2000, de 17 de julio, 315/2009, de 13 de mayo - exige tal cualidad, no mencionada en el artículo 1266, porque valora la conducta del ignorante o equivocado, negando protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida.

Quinto.- Valoración de la prueba en relación con la causa de nulidad invocada por los demandantes.

En los presentes autos, la valoración de la prueba practicada por el juzgador pone de manifiesto:

1º) que los demandantes tenían la condición de consumidores en el momento en que suscribieron las participaciones preferentes.

2º) que su perfil inversor puede calificarse como inversor minorista, desconocedor del funcionamiento de los mercados financieros y de

productos bancarios complejos, como es el caso de las participaciones preferentes.

3º) que la entidad bancaria demandada no se limitó a informar a los demandantes sobre las características de la inversión, sino que fueron asesorados sobre la conveniencia de la suscripción de las participaciones preferentes en orden a su alta rentabilidad, ocultando los riesgos que podían derivarse de su adquisición, tales como la pérdida del capital invertido, u otras características esenciales como su carácter perpetuo.

4º) que la entidad bancaria demandada no realizó a los demandantes el denominado test de idoneidad, exigido por la normativa MIFID.

5º) que el test de conveniencia fue asimismo confeccionado por la entidad demandada, marcándose las respuestas con una "x" por ordenador, sin que conste probado que le fuera convenientemente explicado a los demandantes lo que quería decir cada una de las preguntas que se contienen en dicho test.

6º) la información y la posterior suscripción de las participaciones preferentes se realizó sin conceder a los demandantes un periodo de tiempo suficiente para que pudiera reflexionar sobre la naturaleza y riesgos del producto de inversión que les era ofrecido por la entidad bancaria.

En definitiva, y conforme a lo anteriormente expuesto, considera el juzgador que en el caso presente la voluntad emitida por los demandantes en relación con la suscripción de las participaciones preferentes adolece de un vicio de consentimiento por causa de error, error que cabe caracterizar de esencial, habida cuenta que se les asesoró sobre la suscripción de un producto que les ofrecería una alta rentabilidad, pero se ocultó información relevante sobre la naturaleza y riesgos de este producto, lo que unido a la inmediatez entre el hecho de la prestación de información y la suscripción del producto determina que pueda darse como probado que en el momento en que suscribieron el producto los demandantes no eran realmente conocedores de la verdadera naturaleza de lo que

estaban contratando, esencialmente en lo que se refiere al carácter perpetuo de la inversión de capital y de los riesgos de pérdida del capital invertido.

Sexto.- Nulidad contractual.

En atención a lo anteriormente expuesto, se acuerda declarar la nulidad de la orden de suscripción de participaciones preferentes suscrita por los demandantes, que producirá como efecto, como se desprende del artículo 1303 del Código Civil, la devolución a los demandantes de la cantidad invertida, 130.000 euros, deduciendo de la misma los intereses abonados por la entidad demandada, que se liquidan en la suma de 18.224,83 euros, por lo que se fija la cantidad a devolver en 111.775,17 euros.

Séptimo.- Costas procesales.

En orden a las costas procesales, y estimada la demanda, procede la condena a la entidad bancaria demandada a su pago, conforme a lo prevenido en el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

F A L L O

Que estimando la demanda interpuesta a instancia de don Santiago F P y doña Araceli M A contra la mercantil Bankia, S.A., declaro la nulidad de la orden de suscripción de participaciones preferentes suscrita entre las partes, condenándose a la mercantil Bankia, S.A. a la restitución de la cantidad de 111.775,17 euros, así como los intereses del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ello con expresa condena a la parte demandada al pago de las costas procesales.

Notifíquese a las partes, con indicación de que podrán interponer recurso de apelación dentro de los veinte días siguientes, y ante este Juzgado, siendo exigible el depósito de la cantidad de 50 euros en la Cuenta de Consignaciones de este Juzgado como requisito necesario para la admisión a trámite del recurso.

Así por esta mi sentencia, de la que se extenderá certificación en los presentes autos, lo pronuncio, mando y firmo.

DILIGENCIA.- En la misma fecha, yo el Secretario doy fe de su publicación.