



Administración
de Justicia

178/13
(3)

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 10

MADRID

CAPITAN HAYA, 66, 2ª PLANTA
TELÉFONO:

28079 1 0132611 /2013 Procedimiento:
PROCEDIMIENTO ORDINARIO 1017 /2013

ILUSTRE COLEGIO PROCURADORES DE MADRID	
RECEPCIÓN	NOTIFICACIÓN
- 8 OCT 2014	- 9 OCT 2014
Artículo 151.2	L.E.C. 1/2000

S E N T E N C I A N° 185/14

En Madrid a seis de octubre de dos mil catorce.

Doña M , Magistrada Juez del
Juzgado de Primera Instancia NUM. 10 de Madrid , habiendo
visto los presentes autos de **JUICIO ORDINARIO 1017/2013**
seguidos ante este Juzgado, entre las siguientes partes: como
demandante José con Procuradora Yolanda

Letrado
y como demandado BANKIA SA con
Procurador José y Letrado

obre acción de nulidad de contrato y
reclamación de cantidad y subsidiaria de incumplimiento
contractual y de reclamación de cantidad por daños y
perjuicios y los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Procuradora Yolanda , en
nombre y representación de José se
formuló demanda de juicio ordinario contra BANKIA SA
fundándola en los hechos y fundamentos de derecho contenidos
en su escrito de demanda, que aquí se dan por reproducidos,
suplicando sucintamente que, previos los trámites legales, se
dictase sentencia en la que 1) se declare la nulidad de la
orden de compra de participaciones preferentes de fecha 29 de
mayo de 2009 por importe de 25.000 euros condenando a la
demandada a devolver a la actora la anterior suma con los
intereses legales desde la fecha de la compra y que la
titularidad de todos los títulos pasen a la demandada y 2)
subsidiariamente que se declare la resolución contractual pr
incumplimiento del contrato de depósito y administración de
valores y la responsabilidad contractual de la demandada e
indemnización por daños y perjuicios en reclamación de
25.000 euros con los intereses legales desde la fecha de
suscripción y al pago de las costas y como petición
subsidiaria segunda, a la anterior resolución pero con condena





a la indemnización de daños y perjuicios por la anterior suma minorada en la valoración que en el momento de pago tengan los títulos, descontando los intereses recibidos y más los intereses legales, todo ello con imposición de costas .

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se dio traslado de la misma y de los documentos aportados junto a ella a la demandada, personándose el procurador , José , que en nombre y representación de BANKIA SA contestó a la demanda oponiéndose a la misma y solicitando su desestimación con imposición a la demandante de las costas.

TERCERO.- Citadas las partes a la celebración de la audiencia previa esta tuvo lugar el día 30 de abril de 2014 en la forma que consta en la grabación audiovisual.

CUARTO.- El día señalado para la celebración del juicio, 6 de octubre de 2014 , se practicó la prueba de interrogatorio de parte actora y testifical con el resultado que obra en la grabación audiovisual y tras el trámite de conclusiones , quedaron las actuaciones concluidas para dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se ejercita en la demanda, de forma principal acción de nulidad por error en el consentimiento de la orden de suscripción de participaciones preferentes nº 852352830017 Caja Madrid 2009 , de fecha 25 de mayo de 2009 , por un total de 250 títulos y un importe de 25.000 euros , suscrita por el demandante .

En segundo lugar y de forma subsidiaria se ejercita una acción de incumplimiento contractual de las obligaciones de información y de indemnización de los daños causados.

SEGUNDO.- Se opone en primer lugar por la demandada, la caducidad de la acción de nulidad respecto de la orden de suscripción de participaciones preferentes al haberse realizado 25 de mayo de 2009 , y por lo tanto por el transcurso de más de cuatro años hasta que se presentó la demanda el 26 de julio de 2013 , todo ello al amparo de lo establecido en el artículo 1.301 del Código Civil.

La STS de 11 de junio de 2003, dispone que el artículo 1.301 del Código Civil establece que en los casos de error,





dolo o falsedad de la causa, el plazo de cuatro años empezará a correr, desde la consumación del contrato, norma a la que ha de estarse de acuerdo con el artículo 1969 del citado Código. Para determinar cuándo produce la consumación del contrato, (sentencia de 11 de julio de 1984) se ha de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad del contrato de compraventa, con mas precisión de anulabilidad, pretendida por intimidación, dolo o error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea con la realización de todas las obligaciones; este momento de la consumación no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes.

En el caso de los contratos sinalagmáticos , la consumación se ha de entender producida desde el momento en que cada una de las partes ha cumplido la totalidad de las obligaciones derivadas del mismo, debiéndose por tanto distinguir entre perfección y consumación del contrato, incluso aún alcanzar una tercera fase, denominada doctrinalmente como de agotamiento, cuando el contrato deja ya de producir todos los efectos que le son propios.

En este caso hacer coincidir la consumación con el cumplimiento recíproco de la totalidad de las prestaciones pactadas y por ello con el abono de las remuneraciones, sería hacer el contrato perpetuo. No obstante como indica la sentencia de la Audiencia de Palma de Mallorca (sección 5ª) de 21 de marzo de 2011, no se puede olvidar que una parte de las obligaciones contraídas, es el ejercicio del derecho de amortización de las participaciones por parte del emisor, una vez transcurridos 5 años desde la fecha de la emisión, que es precisamente cuando se constata el error del denunciante ya que de lo contrario la entidad bancaria podría colocar un producto financiero en el mercado haciendo creer a los inversores que reembolsaría su importe transcurridos cinco años, para luego no hacer uso de dicha facultad cuando ya la acción de anulabilidad se encontrara prescrita.

Siendo notorio que en el 2012 fue cuando se dejó de percibir los intereses y fue por ello consciente el demandante de que no podía recuperar el capital invertido, sin que se haya acreditado prueba alguna que indique que ya conocía antes que la amortización estaba condicionada por mas requisitos que el mero transcurso del plazo de cinco años. Por todo ello no es hasta ese posterior momento cuando el error del demandante se clarifica y a partir de entonces se les abre la posibilidad de ejercicio de la acción, por lo que no puede estimarse esta excepción al no haber transcurrido el plazo de caducidad.





TERCERO .- Entrando en el examen de la acción principal, se ejercita una acción de nulidad del contrato de orden de compra de participaciones preferentes por existir un vicio en el consentimiento del demandante.

La acción de nulidad tienen como base, la existencia de un error en el consentimiento del demandante provocado por la falta de información del producto suministrada por la demandada que determinaría la nulidad del contrato conforme a lo previsto en el artículo 1270 y 1300 del Código civil o por recaer en las condiciones sustanciales del contrato.

Se basa la nulidad en la existencia de un error invalidante del consentimiento puesto que el demandante, de 86 años, sin estudios habiendo trabajado como albañil en la construcción, no obstante su desconocimiento en productos de inversión, dada la confianza que tenía con los empleados de la sucursal nº 1988 de Caja Madrid, contrató las participaciones preferentes ignorando su naturaleza y creyendo que se trataba de un producto seguro y sin riesgo.

Para que el error en el consentimiento sea un vicio invalidante, es necesario que recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que hubieren dado lugar a su celebración, que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar, que no sea imputable a quien lo padece y que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado. Por último, y como complemento, el error debe ser inexcusable, es decir, que no pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular de acuerdo con los postulados de la buena fe.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 1265 del Código civil, es nulo el consentimiento prestado por error o dolo, disponiendo el artículo 1269 que hay dolo cuando con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que sin ellas, no hubiera hecho.

Para valorar la existencia del error se ha de tener en cuenta las características del producto que era objeto del contrato, las obligaciones de la entidad que lo oferta de informar sobre las mismas y el perfil del adquirente para poder comprender la naturaleza del producto que adquiriría.

Las participaciones preferentes son valores emitidos por una sociedad que no confieren participación en su capital ni derecho de voto. Se consideran valores representativos del capital social del emisor, que otorgan a sus titulares unos derechos diferentes de los de las acciones ordinarias (ya que carecen de derechos políticos, salvo supuestos excepcionales, y del derecho de suscripción preferente). Cotizan en mercados secundarios organizados.

Tienen carácter perpetuo y su rentabilidad, generalmente de carácter variable, no está garantizada ya que su





remuneración está condicionada a que la entidad emisora de las participaciones obtenga beneficios suficientes. Su naturaleza , según la califica la Comisión Nacional de Mercado de Valores es de un instrumento complejo y de riesgo elevado que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido.

Las participaciones preferentes se regulan 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 , que establece los requisitos para poder computar las participaciones preferentes como recursos propios.

Dentro de sus características, se ha de destacar que el carácter perpetuo de la suscripción (Apartado 1 letra f) de la DA1ª) implica que , aunque el emisor puede acordar la amortización anticipada a partir del quinto año desde su fecha de desembolso, previa autorización del Banco de España, esta solo se concede si no se ve afectada la situación financiera ni la solvencia de la entidad de crédito.

Las participaciones preferentes se caracterizan por ser valores que no tienen una liquidez inmediata a diferencia de los depósitos o las imposiciones a plazo fijo, sino que la recuperación del capital invertido pasa por su venta en el mercado secundario en el que cotiza. El mercado AIAF es un mercado bilateral y descentralizado en el que las partes acuerdan previamente los términos de la operación , por lo tanto no tienen liquidez inmediata ni existe garantía del capital invertido.

Por otro lado las participaciones preferentes tienen naturaleza perpetua , no tienen fecha de vencimiento aunque el emisor tienen la facultad de amortizar los valores a los cinco años, previa autorización del Banco de España. Conocer este dato es fundamental para conocer la naturaleza y riesgo del producto que se contrata.

Lo anterior implica que para conocer el carácter perpetuo de las participaciones preferentes no solo se ha de conocer la posibilidad de que no sean amortizadas en el plazo de cinco años sino que se ha de estar en disposición de hacer un seguimiento a la evolución del producto y de la situación y solvencia de la emisora, ya que de esto depende que se autorice su amortización, con suficiente fundamento como para consentir las consecuencias del mismo.

Junto con las características del producto objeto del contrato que se han expuesto, se ha de valorar también las obligaciones de información de la demandada.

El artículo 79 bis de la Ley reguladora del Mercado de Valores 24/1998 de 28 de julio , modificada por la Ley 47/2007 de





diciembre de 2007 , impone a las entidades que presten servicios de inversión, obligaciones de información sobre los instrumentos financieros a los clientes , incluso a los potenciales, impone el deber de información 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.

El artículo 63.1. g) de la Ley del Mercado de Valores considera servicios de inversión el asesoramiento en materia de inversión, entendiéndose por tal la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de servicios de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros. No se considerará que constituya asesoramiento, a los efectos de lo previsto en este apartado, las recomendaciones de carácter genérico y no personalizadas que se puedan realizar en el ámbito de la comercialización de valores e instrumentos financieros. Dichas recomendaciones tendrán el valor de comunicaciones de carácter comercial.

La sentencia del TS de 27 de enero de 2003, declara que:"...la entidad efectúa como labor profesional y remunerada, una gestión de intereses y por cuenta de tercero, en el marco de las normas del mercado de valores, establecidas para regular la actuación profesional de las empresas de servicios de inversión en dichos mercados, y, por ello, muy especialmente debe observar las "normas de conducta" (Título VII) que disciplinan su actuación, entre las que destacan, dentro del deber de diligencia, las de asegurarse que disponen de toda la información necesaria para sus clientes, manteniéndoles siempre adecuadamente informados y la de cuidar de los intereses de sus clientes, como si fueran propios, todo ello potenciado por un exquisito deber de lealtad..."

Las anteriores normas y obligaciones de la demanda existían aun cuando como se opone no existiera propiamente un contrato de asesoramiento financiero ni de gestión de cartera, aunque en este caso y a la vista de las manifestaciones del demandante en el sentido de que los empleados de la demandada siempre le insistían en que tenía que invertir en algo su dinero y que el demandante no consta que hubiera suscrito ningún otro producto de inversión ni producto financiero que no fueran depósitos, se ha de concluir que al informar y ofrecer las participaciones preferentes se estaba llevando a cabo una labor de asesoramiento, ya que de otro modo no parece probable que el demandante suscribiera esta inversión . Ahora se ha de valorar la información dada en concreto al demandante sobre las características del producto adquirido y especialmente en lo que se refiere al riesgo inherente al





carácter perpetuo de las participaciones preferentes , que es el de pérdida del capital invertido.

El demandante ha manifestado en la prueba de interrogatorio que no recuerda como le ofrecieron la suscripción, que siempre le decían en la sucursal que tenía que invertir al menos para que le rentara para poder pagar los recibos de su casa y que por eso lo hizo. Ha dicho que no recuerda la información que se le dio pero que el siempre decía que no quería nada con riesgo y le respondían que no había peligro alguno.

Se ha aportado la orden de suscripción y el test de conveniencia hecho al Sr Cuadrado Sánchez de la misma fecha que la orden.

No puede ser bastante con la firma de estos documentos para entender que ese consentimiento estaba bien informado. El test de conveniencia no es adecuado para llegar a concluir la idoneidad del producto, primero porque se hacen preguntas estereotipadas y no concretas sobre las participaciones preferentes y segundo porque no se precisan ni los conocimientos ni contrataciones previas del demandante que les lleve a justificar que tenía esos conocimientos .

El perfil del demandante era conservador, solo habían tenido depósitos, por lo que claramente era necesario un conocimiento mucho mas claro de los riesgos que se contrataban ya que la propia entidad había concluido que el producto no era conveniente.

La entidad demandante no ha podido indicar ni ha comparecido el testigo que efectuó la comercialización, ya que la testigo que si ha comparecido ha negado haberlo hecho. Por lo tanto, la entidad demandada no ha acreditado que el demandante tuviese los conocimientos y experiencia suficiente para conocer la naturaleza, funcionamiento, alcance y riesgos del producto.

Por todo lo expuesto hay que concluir que visto el perfil del demandante no era apto para ofertarle un producto complejo, no se le dio la información necesaria para comprender el riesgo de pérdida del capital invertido , no solo por la posible depreciación del valor en caso de venta, sino por las especiales características del mercado secundario en el que cotizan.

La carga de la prueba sobre la existencia de un adecuado asesoramiento recae sobre la entidad financiera a la que es exigible por su profesionalidad, no la diligencia media de un buen padre de familia sino la de un ordenado empresario y representante leal de los intereses de sus clientes . Por otro lado y conforme a la distribución de la carga de la prueba contenida en el artículo 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento



Civil , debe tenerse en cuenta la facilidad probatoria que tienen las partes en el litigio y por ello no puede exigirse probar un hecho negativo como es la ausencia de información. En este sentido no se ha acreditado que el demandante tuviera antecedentes de haber contratado productos financieros especulativos o de riesgo. No se acreditan ni por sus estudios que el ha dicho carecer, ni por la profesión, que pudieran tener conocimiento añadidos en productos financieros complejos ni funcionamiento de mercados secundarios superior al de la media de los ciudadanos. Por lo tanto ni el demandante tenía un perfil inversor adecuado para el producto ni conocimientos personales o antecedentes de inversión que justificaran que lo contratara . No consta que entendiera ni que se les informara suficientemente de la naturaleza del producto que contrataba y en concreto de su carácter perpetuo y que no garantizaba rescatar el capital invertido .

Por todo ello debe estimarse la nulidad del contrato de conformidad con lo previsto en el artículo 1.261 del Código civil , por omisión de información sustancial que impide la correcta formación del consentimiento.

QUINTO.- Se reclama en la demanda la devolución de la suma de 25.000 como principal mas los intereses legales desde la inversión 25 de mayo de 2009 .

De acuerdo con lo previsto en el artículo 1.303 del Código civil, declarada la nulidad de la obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubieran sido material del contrato con sus frutos y el precio con sus intereses, por lo que debe estimarse lo solicitado. La estimación de acción de nulidad, conlleva las consecuencias legales de reintegración de las prestaciones que ambas partes han satisfecho en virtud del mismo. Conforme a lo previsto en el artículo 1.303 del Código civil, procede la restitución al demandante de la suma invertida de 25.000 euros con los intereses legales de dicha suma desde la fecha de suscripción 25 de mayo de 2009 de las participaciones preferentes Caja Madrid 2009 .

A esta cantidad le deben ser descontados el importe de los intereses recibidos por la demandantes durante el contrato, o frutos de la cosa vendida, que no se han acreditado por lo que deberá cuantificarse el total en ejecución de sentencia mediante la certificación correspondiente de la demandada que indicará los rendimientos brutos percibidos por el demandante desde la fecha de la suscripción.

Deben ser los rendimientos brutos sin perjuicio de los derechos de devolución que puedan asistir al demandante, como sujeto pasivo, frente a la Administración tributaria . Ello al resultar de aplicación lo previsto en el artículo 14 del Real Decreto 520/2005 , de 13 de mayo, por el que se aprueba



el Reglamento general de desarrollo de la Ley General Tributaria 58/2003, de 17 de diciembre, que en materia de revisión en vía administrativa, considera entre los legitimados para instar el procedimiento de devolución, entre otros, a las personas que han soportado la retención o el ingreso a cuenta repercutido cuando consideren que la retención o el ingreso repercutido lo ha sido indebidamente (SAP Madrid , sección 10, de 13 de febrero de 2014)
Estos intereses obtenidos por el demandante deben ser restituidos a consecuencia de la nulidad declarada y en consecuencia descontados de la suma en la que se estima la demanda.

SEXTO.- Dada la estimación de la acción principal no procede entrar a enjuiciar las subsidiariamente ejercitadas .

SÉPTIMO.- En cuanto a las costas, de conformidad con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento civil , procede imponerlas a la parte demandada.

FALLO

Estimando la demanda formulada por la Procuradora Yolanda , en nombre y representación de José - , contra BANKIA SA :

Primero : declaro la nulidad de la orden de suscripción de participaciones preferentes nº 852352830017 Caja Madrid 2009 , de fecha 25 de mayo de 2009 , por un total de 250 títulos y un importe de 25.000 euros, suscrita por el demandante , con los efectos legales inherentes a dicha declaración; y

Segundo : condeno a la demandada BANKIA SA a restituir al demandante la suma de suma de 25.000 euros, en concepto de valor nominal del producto con los intereses legales del nominal desde la fecha de su suscripción indicada hasta su pago, menos el importe de los rendimientos brutos recibidos por el demandante, que se determinarán en fase de ejecución de sentencia mediante la correspondiente certificación de la entidad demandada;

Tercero : Condeno a la parte demandada en las costas del procedimiento.

Notifíquese la presente resolución a las partes poniendo en su conocimiento que contra la misma cabe recurso de apelación ante la Audiencia Provincial que se interpondrá ante este Juzgado en el plazo de VEINTE DÍAS contados desde el siguiente a la notificación de esta resolución, exponiendo





Administración
de Justicia

las alegaciones en que base la impugnación y citando la resolución apelada y los pronunciamiento que impugna, previo depósito de 50 euros que deberá consignar en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Juzgado nº 2438 de Banco Santander, de conformidad con lo establecido en la LO 1/2009 de 3 de noviembre por la que se modifica la LOPJ, y que deberá acreditar la parte recurrente mediante la presentación del resguardo, haciendo saber que no se admitirá ningún recurso cuyo depósito no esté constituido.

Así lo acuerda, manda y firma el Sr. |
Magistrado-Juez del Juzgado de 1ª Instancia
Número 10 de los de Madrid, de lo que doy fe.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Juez que la suscribe estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que yo, el Secretario, doy fe.



Madrid