

S E N T E N C I A N° 000137/2015

En Pamplona/Iruña, a 11 de septiembre del 2015.

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 nº 0000715/2014, seguidos ante este Juzgado a instancia de [REDACTED] representado/a por la Procuradora [REDACTED] y asistido/a por el Letrado [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] contra [REDACTED] representado/a por el Procurador D./Dña. **RICARDO DE LA SANTA MARQUEZ** y defendido/a por la Letrada [REDACTED]

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;

1).- Se declare la nulidad por incumplimiento de las normas imperativas y prohibitivas de la orden de compra de participaciones preferentes de 26 de mayo de 2.009, suscrito por [REDACTED] y como consecuencia de la misma, procede la recíproca devolución de las prestaciones habidas entre ellos.

Condene a BANKIA, S.A. a estar y pasar por dicha declaración y en consecuencia a abonar a [REDACTED] la cantidad de 12.000 euros, más el interés legal del dinero desde la fecha de su entrega a la entidad BANKIA.

2).- Alternativa y Subsidiariamente, y para el caso de no ser estimada la anterior acción de nulidad, declare la nulidad de la orden de compra por vicios (error en el consentimiento) de [REDACTED] y como consecuencia de la misma, procede la recíproca devolución de las prestaciones habidas entre ellos.

Condene a BANKIA, S.A. a estar y pasar por dicha declaración y en consecuencia a abonar a [REDACTED] la cantidad de 12.000 euros, más el interés legal del dinero desde la fecha de su entrega a la entidad BANKIA.

3).- Alternativa y Subsidiariamente, y para el caso de no ser estimada la anterior acción de nulidad, declare la resolución de la orden de compra referida, y como consecuencia de la misma, proceda a la recíproca devolución de las prestaciones habidas entre ellos.

Condene a BANKIA, S.A. a estar y pasar por dicha declaración y en consecuencia a abonar a [REDACTED] la cantidad de 12.000 euros, más el interés legal del dinero desde la fecha de su entrega a la entidad BANKIA.

4).- Alternativa y Subsidiariamente, y para el caso de no acogerse estas pretensiones, declare que BANKIA, S.A. ha sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones y como consecuencia le condene a indemnizar a [REDACTED] los daños y perjuicios causados, a pagarle la cantidad resultante de la diferencia entre 12.000 euros de la orden de compra de las participaciones preferentes y el valor de las acciones convertidas a la fecha de interposición de la Demanda.

5).- Todo ello con expresa condena en costa a la entidad demandada.

SEGUNDO.- Que admitida a trámite la demanda, y concretada en la Audiencia Previa la cantidad reclamada en 21.937,86 euros, se acordó la celebración del Juicio, que tuvo lugar el día 8 de Septiembre de 2015, habiendo comparecido las partes, quienes, tras practicarse la prueba admitida, alegaron lo que estimaron pertinente.

CUARTO.- 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 de un contrato u orden de compra de de 120 títulos de Participaciones Preferentes CAJA MADRID 2009, con nº de código valor AFR26364, por importe de 12.000 euros, de fecha 28 de mayo de 2.009 (Documento nº 3 de la Demanda), otra de resolución contractual, otra de nulidad por vicio de error en el consentimiento, otra por cumplimiento negligente de sus obligaciones, otra de resolución contractual y otra de reclamación de daños y perjuicios, alegando para ello incumplimiento por parte del Banco demandado de cláusulas imperativas o prohibitivas, al incumplir la normativa del Mercado de Valores y de Defensa de los Consumidores y Usuarios, falta de transparencia de la información suministrada, error en el consentimiento en el actor, y actuación dolosa o cuando menos negligente de la entidad demandada, en la comercialización del producto objeto de litigio, al amparo todo ello de lo establecido en los artículos 6.3, 1.265, 1.266, 1.269, 1.101, 1.103, 1.104 y 1.303 y siguientes del Código Civil; en las Leyes 17 y 19 del Fuero Nuevo de Navarra; en los artículos 5.1 y 77 y siguientes del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, en los artículos 78, 79 y 79 bis de la Ley del Mercado de Valores.

Frente a esta pretensión, la entidad financiera demandada, se opuso exponiendo los argumentos que tuvo por pertinentes.

SEGUNDO.- Respecto a la alegación de caducidad de la acción amparada en el artículo 1.301 del Código Civil, respecto de la orden de suscripción de participaciones preferentes, 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.

Por otro lado, este plazo es aplicable a los contratos anulables, pero no a los radicalmente nulos, como es el presente, en que el contrato fue celebrado en oposición a leyes imperativas, a las que se aludirá en el Fundamento de Derecho siguiente, cuya infracción da lugar a la ineficacia. En estos casos de inexistencia o de nulidad absoluta o radical del contrato, la acción es imprescriptible y puede ejercitarla cualquier perjudicado por los contratos en cuestión, llegando incluso a poder ser apreciada de oficio dicha nulidad por los Tribunales. Habiendo vulnerado la parte demandada, en la comercialización del producto, toda la legislación antes mencionada, mucha de ella de carácter imperativo, es evidente que la acción de nulidad ejercitada es imprescriptible.

Además, dado que la adquisición de Participaciones Preferentes no tienen fecha fijada de vencimiento, es evidente que el contrato todavía no se ha consumado en su totalidad, porque no se ha producido todavía el cumplimiento recíproco de la totalidad de las prestaciones pactadas. De ahí que, incluso aunque se tratara de un contrato anulable, 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 la Sra. [REDACTED] a través de la entidad demandada, el 28 de mayo de 2.009, adquirió 120 títulos de Participaciones Preferentes CAJA MADRID 2009, invirtiendo en ello 12.000 euros, tal y como acredita la Orden de Compra de Participaciones Preferentes CAJA MADRID 2009, con nº de código valor AFR26364 (Documento nº 3 de la Demanda).

Como es sabido, estas participaciones preferentes son valores que no otorgan derechos políticos sobre la entidad emisora a sus suscriptores, 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 de un producto complejo de riesgo elevado,

pues su rentabilidad no está garantizada, ya que depende de que la entidad emisora perciba dividendos.

Tal y como acreditan las liquidaciones reflejadas en el Documento nº 8 de la Contestación a la Demanda, la parte actora obtuvo una rentabilidad de las Participaciones Preferentes de 2.312,88 euros, mientras fue titular de las mismas.

El 21 de mayo de 2.013, la demandada, en ejecución de las medidas de gestión de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada incluidas en la resolución de la Comisión Rectora del FROB, de fecha 18 de abril de 2.013, unilateralmente canjeó los 120 títulos de Participaciones Preferentes de los demandantes, en acciones de BANKIA 05/13, con un valor nominal de 7.521,60 euros (Documento nº 8 de la Contestación a la Demandada. La demandante, el 10 de mayo, de 2.013, solicitó que se le admitiera en el proceso de arbitraje de consumo, a los solos efectos de que se le devolviera el total del importe invertido, por el nulo conocimiento del producto y por sentirse totalmente engañada (Documento nº 9 de la Contestación a la Demanda).

El mismo día que la Sra. [REDACTED] suscribiera con la demandada, la citada Orden de compra, -el 28 de mayo de 2.009, suscribió el Resumen de la Emisión de Participaciones Preferentes Serie II de CAJA MADRID, y un Documento titulado Instrumento financiero/Servicio de Inversión, obrantes como Documento nº 3 y 4 de la Contestación a la Demanda, y al día siguiente suscribió el test de conveniencia, obrante como Documento nº 2 de la Contestación a la Demanda

En este Documento nº 4 de la Contestación a la Demanda se indica que la actora manifiesta que; "...ha sido informado de que el instrumento financiero referenciado presenta un riesgo elevado. En particular, de 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 decida vender el instrumento financiero referenciado. Asimismo, se le ha 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 que si en un periodo determinado no se pagara remuneración, ésta no se sumará a los cupones de periodos posteriores. El cliente también ha sido informado 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 sitúan únicamente por detrás de las acciones ordinarias."

No obstante, del examen de la prueba obrante en autos, solo cabe deducir que no se proporcionó a la parte actora la información suficiente sobre las referidas Participaciones Preferentes, pues sólo se le proporcionó una información genérica sobre el producto que adquirió, cuando no errónea. A los clientes sólo se les transmitía, en algún caso por indicación de la propia entidad demandada, los aspectos más favorables de la inversión. Ni siquiera consta acreditado que se proporcionara a la demandante, con carácter previo a la inversión y a pesar de la naturaleza compleja y arriesgada de las mismas, una información escrita detallada sobre sus características, funcionamiento y riesgos, para que pudiera estudiarla y analizarla días antes de decidirse a hacerla. No consta que se le informara sobre la calificación que a la emisora de dichas Participaciones Preferentes otorgaban las entidades encargadas de ello, ni que se le informara o entregara documentación sobre la situación

económica de dicha emisora o sobre el rating de la emisión. De hecho, aunque los Documentos nº 3 y 4 de la Contestación a la Demanda tienen la misma fecha que el contrato u orden de compra objeto de litigio, ninguna prueba hay de que se los entregaran a la actora con carácter previo o siquiera coetáneo a la firma de dicha orden de compra.

Además, ya estableció la Sentencia del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo de fecha 12 de enero de 2.015, que no son válidas las menciones genéricas acerca de haber recibido información y aceptar el riesgo de la inversión, al entender que se trata de fórmulas predispuestas y estereotipadas que, de considerarse válidas, harían inútiles las previsiones normativas que exigen un alto estándar de diligencia en la obligación de información.

Del examen de la prueba obrante en autos, solo cabe deducir que se proporcionó a la parte actora una información genérica sobre el producto que la demandada le vendió, cuando no errónea. Ni siquiera consta acreditado que se le 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 el folleto obrante como Documento nº 3 de la Contestación a la Demanda. Antes bien, la entrega del mismo está fechada en el mismo día que la suscripción de la Orden de compra. Ni siquiera la información aportada por este, es todo lo detallada que exigiría la condición de la actora como inversora minorista. De hecho, la Orden de compra obrante como Documento nº 3 de la Demanda, ninguna referencia realiza a la entrega de tal folleto informativo, por lo que es evidente que no le fue entregado 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, ni sobre la existencia de un conflicto de intereses con la entidad vendedora, al ser ésta también la entidad emisora y asesora de dichos títulos, y por lo tanto, interesada en su venta, para obtener del cliente el beneficio correspondiente. Por último, no está probado que la persona que le vendió ese producto, con carácter previo a la suscripción de los mismos, interrogara con detalle a la parte demandante sobre su situación financiera, experiencia inversora en productos como el que es objeto de litigio y sobre los objetivos pretendidos con la inversión ofertada. Tampoco consta acreditado que la parte actora estuviera familiarizada con dicho productos de inversión, es decir, que conociera perfectamente sus características y dinámica, máxime cuando las preguntas que se formulan en el test de conveniencia, efectuado, obrante como Documento nº 2 de la Contestación a 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 de la parte demandante y cual era su experiencia previa en el tipo de productos como el que firmó, y a pesar de ello, permitió que suscribiera dicha inversión, 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 a la actora y/o al empleado que le vendió tal producto, para saber el nivel de información que aquel recibió antes de suscribir dicho contrato, para saber si el mismo fue suficiente para contratar con

conocimiento de causa o para saber si se le entregó con carácter previo a la contratación el folleto informativo antes mencionado, pero nada de ello hizo y por tanto, sobre ella deben recaer las consecuencias jurídicas derivadas de esa carencia probatoria.

Incluso aunque se entendiera que la actora, era una cliente con una previa experiencia inversora, o que acudiera acompañada de otra persona con más formación que ella, en su relación con los bancos, lo cierto es que no está acreditado ni que las entidades bancarias con las que efectuó otras inversiones le hubieran informado debidamente de las mismas, como para contratarlas con pleno conocimiento de lo que hacía, ni que esa otra persona, sea un experto en inversiones del tipo de la que es objeto de litigio. Ni tan siquiera está acreditado que se pueda reputar a la parte actora como una inversora profesional y no minorista.

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, obrante como Documentos nº 3 de la Demanda, se puede decir, que concurren todos los requisitos para apreciar en su caso, la nulidad de la misma, por vicio en el consentimiento de la demandante y por incumplimiento por parte de la vendedora de obligaciones contractuales y legales.

En principio, el hecho de que la parte demandante haya firmado el contrato u orden de compra objeto de litigio, hace pensar que lo 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 la parte 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 la parte demandante suscribió el referido contrato u orden 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 suministraba la propia orden de compra, como resulta de la alusión que se hace en el test de conveniencia obrante como Documentos nº 2 de la Contestación a la Demanda, a que dichas participaciones preferentes, son productos de renta fija, cuando esto no es así exactamente.

Del texto del contrato u orden de compra obrante como Documento nº 3 de la Demanda, no se puede averiguar el funcionamiento de la referida inversión, por lo parco de la información que al respecto suministra el ejemplar del referido contrato. Por ello, la escasa información proporcionada en la orden de inversión o contrato, puede inducir al contratante a confusión, respecto al plazo temporal máximo de la inversión, pues ninguna mención hace 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 a la actora sobre el hecho de que iba a permanecer ligada a la entidad emisora hasta la extinción de esta entidad, ni sobre el hecho de que estaría 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 a la parte demandante fue deficiente, a pesar de que la persona que le vendió los productos bancarios, debía saber que éste era un producto complejo 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 del producto 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 ésta, en productos como el vendido y permitió que la parte actora suscribiera los contratos u órdenes de compra, engañada por dicha confianza y confiada en que el producto que quería comprar tenía unas características y riesgos muy diferentes a los que ella estaba dispuesta a asumir. Nada indicaba a la persona que vendió el producto, que la parte demandante estuviera familiarizada con la legislación bancaria, ni con productos como el que es 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 de la citada 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 una cliente, para inducirle a suscribir unos contratos u órdenes de compra de valores,

que en absoluto se ajustaban a las necesidades y deseos de dicha 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, el contrato y orden de compra que suscribió la actora, -que es claramente un contrato de adhesión, por cuanto éstos no intervino en absoluto en su redacción y sin que existiera una real negociación en plano de igualdad entre las partes contratantes-, está redactado, 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, está redactado 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. La parte demandante no es una empresa dedicada a la banca, ni a la especulación financiera.

Incluso en la hipótesis de que se hubieran entregado a la actora, con carácter previo a la suscripción del contrato y orden de compra, el folleto informativo, obrante como Documento nº 3 de la Contestación a la Demanda, el contenido y lenguaje técnico empleado en el mismo 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 a la parte demandante.

La persona de la demandada, que le vendió las participaciones preferentes, en cumplimiento de la normativa antes citada y del principio de buena fe contractual, debió actuar con la diligencia debida y tratar a dicha cliente con una mayor transparencia y cuidado, velando por los intereses de esta cliente y no sólo por los del banco. Debó extremar la información a aportar a la cliente sobre las inversiones que iba 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 tal inversión. No obstante, dicha persona se

limitó a proporcionar una información insuficiente, sesgada y dirigida a inducirle a suscribir la Orden de compra obrante como Documento nº 3 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 si era posible la cancelación anticipada del contrato por parte de los clientes, ni en caso de que sí fuera posible, el coste aproximado que podría suponer. Ni de la lectura del referido Documento nº 3 de la Demanda, 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, no está en absoluto acreditado que la actora sea una persona con un nivel de conocimiento financiero avanzado, con conocimiento y experiencia inversora suficiente para contratar productos como el que es objeto de litigio, pues si bien consta en las actuaciones un test de conveniencia, debidamente firmado por la actora, lo más lógico y creíble es que se le diera a firmar, como un documento más del contrato, sin explicársele el objeto, contenido y trascendencia del mismo. Ante tal carencia probatoria, no está acreditado que se le hiciera con las garantías debidas, dados los genéricos términos de la orden de compra, no se puede considerar acreditado que una cliente como la demandante, carente de experiencia previa suficiente en contratos como el que es objeto de litigio, suscribiera el contrato u orden de compra con conciencia y conocimiento de la dinámica de las Participaciones Preferentes 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 el cliente, supuestamente, manifiesta conocer.

A este respecto, el Tribunal Supremo, en su Sentencia nº 840/2013 del Pleno, de 20 de enero, recurso nº 879/2012, estableció en relación a una contratación de swaps, pero que resulta aplicable a cualquier tipo de contratación de productos complejos, una doctrina que se reitera en las Sentencias nº 384/2014, 385/2014 y 387/2014, de 7 y 8 de julio de 2.014, según la cual;

“Ordinariamente existe una desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional. La complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros. Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, esta necesidad de protección se acentúa porque las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto.

Para entender bien el alcance de la normativa específica, denominada MiFID por ser las siglas del nombre en inglés de la Directiva 2004/39/CE (LCEur 2004, 1848 y LCEur 2005, 289) relativa a los mercados de instrumentos financieros (Markets in Financial Instruments Directive), de la que se desprenden específicos deberes de información por parte de la entidad financiera, debemos partir de la consideración de que estos deberes responden a un principio general: todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate. Este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 CC (LEG 1889, 27) y en el derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, reflejo de lo cual es la expresión que adopta en los Principios de Derecho Europeo de Contratos (The Principles of European Contract Law -PECL- cuyo art. 1:201 bajo la rúbrica " Good faith and Fair dealing " ("Buena fe contractual"), dispone como deber general: " Each party must act in accordance with good faith and fair dealing " ("Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe"). Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de proporcionar a la otra parte información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran en este caso los concretos riesgos que comporta el producto financiero que se pretende contratar...

...El art. 79 bis LMV (RCL 1988, 1644 ; RCL 1989, 1149 y 1781) regula los deberes de información que recaen sobre las entidades financieras que presten estos servicios de inversión. Estos deberes no se reducen a que la información dirigida a sus clientes sea imparcial, clara y no engañosa (apartado 2), sino que además deben proporcionarles, "de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión", que " deberá incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias " (apartado 3).

El art. 64 RD 217/2008, de 15 de febrero (RCL 2008, 407) , regula con mayor detalle este deber de información sobre los instrumentos financieros y especifica que la entidad financiera debe " proporcionar a sus clientes (...) una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional ". Y aclara que esta descripción debe " incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas ".

En su apartado 2, concreta que " en la explicación de los riesgos deberá incluirse, cuando sea justificado en función del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los conocimientos y perfil del cliente, la siguiente información:

a) Los riesgos conexos a ese tipo de instrumento financiero, incluida una explicación del apalancamiento y de sus efectos, y el riesgo de pérdida total de la inversión.

b) La volatilidad del precio de ese tipo de instrumento financiero y cualquier limitación del mercado, o mercados, en que pueda negociarse.

c) La posibilidad de que el inversor, asuma, además del coste de adquisición del instrumento financiero en cuestión, compromisos financieros y otras obligaciones adicionales, incluidas posibles responsabilidades legales, como consecuencia de la realización de transacciones sobre ese instrumento financiero.

d) Cualquier margen obligatorio que se hubiera establecido u otra obligación similar aplicable a ese tipo de instrumento ".

Evaluación de la conveniencia y de la idoneidad . Además, las entidades financieras deben valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad.

La entidad financiera debe realizar al cliente un test de conveniencia , conforme a lo previsto en el art. 79bis. 7 LMV (RCL 1988, 1644 ; RCL 1989, 1149 y 1781) (arts. 19.5 Directiva 2004/39/CE), cuando se prestan servicios que no conllevan asesoramiento. Se entiende por tales, los casos en que el prestatario del servicio opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada. Este test valora los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente, con la finalidad de que la entidad pueda hacerse una idea de sus competencias en materia financiera. Esta evaluación debe determinar si el cliente es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión ofertado o demandado, para ser capaz de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa. Como aclara el art. 73 RD 217/2008, de 15 de febrero (RCL 2008, 407) , se trata de cerciorarse de que el cliente " tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado ".

Esta " información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos enumerados a continuación, en la medida en que resulten apropiados a la naturaleza del cliente, a la naturaleza y alcance del servicio a prestar y al tipo de producto o transacción previsto, incluyendo la complejidad y los riesgos inherentes:

a) Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que está familiarizado el cliente.

b) La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el periodo durante el que se hayan realizado.

c) El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes " (art. 74 RD 217/2008, de 15 de febrero)...

...El test de idoneidad opera en caso de que se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras mediante la realización de una recomendación personalizada. La entidad financiera que preste estos servicios debe realizar un examen completo del cliente, mediante el denominado test de idoneidad, que suma el test de conveniencia (conocimientos y experiencia) a un informe sobre la situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y los objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del cliente, para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan.

Para ello, especifica el art. 72 RD 217/2008, de 15 de febrero , las entidades financieras " deberán obtener de sus clientes (...) la información necesaria para que puedan comprender los datos esenciales de sus clientes y para que puedan disponer de una base razonable para pensar, teniendo en cuenta debidamente la naturaleza y el alcance del servicio prestado, que la transacción específica que debe recomendarse (...) cumple las siguientes condiciones:

a) Responde a los objetivos de inversión del cliente. En este sentido, se incluirá, cuando proceda, información sobre el horizonte temporal deseado para la inversión, sus preferencias en relación a la asunción de riesgos, su perfil de riesgos, y las finalidades de la inversión.

b) Es de tal naturaleza que el cliente puede, desde el punto de vista financiero, asumir cualquier riesgo de inversión que sea coherente con sus objetivos de inversión (...).

c) Es de tal naturaleza que el cliente cuenta con la experiencia y los conocimientos necesarios para comprender los riesgos que implica la transacción (...).

Como afirma la STJUE de 30 de mayo de 2013 (TJCE 2013, 142) , caso Genil 48. S.L. (C-604/2011) , "(l)a cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente" (apartado 53). Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el art. 52 Directiva 2006/73 (LCEur 2006, 1963) , que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.4 Directiva 2004/39/CE.

El art. 4.4 Directiva 2004/39/CE define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como " la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros ". Y el art. 52 Directiva 2006/73/CE aclara que " se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...)", que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales. Carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público.

De este modo, el Tribunal de Justicia entiende que tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un swap, realizada por la entidad financiera al cliente inversor, "que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público" (apartado 55)...

...Por sí mismo, el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error.

El error que, conforme a lo expuesto, debe recaer sobre el objeto del contrato, en este caso afecta a los concretos riesgos asociados con la contratación del swap. El hecho de que el apartado 3 del art. 79 bis LMV (RCL 1988, 1644 ; RCL 1989, 1149 y 1781) imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como el swap contratado por las partes, el deber de suministrar al cliente minorista una información comprensible y adecuada de tales instrumentos (o productos) financieros, que necesariamente ha de incluir "orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos", muestra que esta información es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento. Dicho de otro modo, el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero...

...Pero conviene aclarar que lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente minorista que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera del deber de informar previsto en el art. 79 bis.3 LMV, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información.

Al mismo tiempo, la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente...

...En caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación, en atención a los intereses del cliente minorista que contrata el swap, como si al hacerlo tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo. La omisión del test que debía recoger esta valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo”.

A la vista de esta doctrina y legislación, no se puede alegar que la demandada cumplió con las obligaciones que sobre ella pesaban en cuanto comercializadora del contrato que suscribieron los actores, sólo porque la orden de compra fue firmada por la parte actora y porque dispuso de la posibilidad de interrogar al empleado de la demandada sobre aquellos aspectos que no tuvieran 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 CAJA MADRID, 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 parte demandante de las características que presentaba el contrato y orden de compra de obligaciones subordinadas, incumpliendo así sus obligaciones contractuales. 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 es todavía más evidente si se tiene en cuenta, que no informó a la demandante de las características esenciales de la inversión. No se trata de asesorar al cliente, de aconsejarle, sino de informarle sobre las características de un producto y sobre la situación económica del emisor de ese producto, para que el cliente tenga todos los elementos de juicio suficientes para realizar o no, dicha inversión.

Correspondía a la entidad demandada acreditar que la información suministrada a la cliente, al tiempo de suscribir el contrato, 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.

Tampoco se cumple con la obligación de informar, remitiendo periódicamente información fiscal o sobre la rentabilidad de las inversiones, ni procede considerar que con ello se convalidan los referidos contratos, pues en ninguno de esos documentos se reflejan todos los datos que debe conocer el inversionista para conocer y consentir las características y riesgos de la inversión. A mayor abundamiento, difícilmente se puede hablar de convalidación si la información sobre la rentabilidad de las inversiones no es correcta.

Teniendo en cuenta que no se le sometió a la parte demandante a ningún interrogatorio, para conocer su experiencia inversora, objetivos de la inversión, o nivel académico, a pesar de la labor de asesoramiento que realizó el empleado de la entidad demandada, que le vendió el producto, que no se le proporcionó ninguna documentación escrita previa sobre las características y riesgos derivados del producto y que no dispuso de tiempo para examinar la información que se le había suministrado y para calibrar la conveniencia de suscribir el producto que es objeto de litigio; es evidente que la presunción de falta de conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos, no ha sido desvirtuada por la parte demandada, por lo que se debe entender sin ningún género de dudas, que el consentimiento de la parte actora estuvo viciado, por error en el consentimiento.

Como consecuencia de la suscripción de las participaciones preferentes, llevada a cabo por la actuación antijurídica y culpable de la demandada en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, la parte demandante ha sufrido un perjuicio económico que se materializa en 9.687,12 euros (12.000 – 2.312,88), es decir, en la cantidad que resulta de restar al capital total de la inversión, el rendimiento obtenido con la misma, pues las posibilidades de recuperar todo el dinero invertido, o siquiera el

rendimiento ofrecido por la inversión, no están garantizadas, dada la actual situación económica, que afecta a la empresa emisora de los citados títulos.

Por todo ello, procede declarar la nulidad de la relación contractual que ligaba a las partes, en concreto no solo de la Orden de Compra de 120 títulos de Participaciones Preferentes CAJA MADRID 2009, con nº de código valor AFR26364, por importe de 12.000 euros, de fecha 28 de mayo de 2.009 (Documento nº 3 de la Demanda), objeto de litigio, por vicio del consentimiento y por infringir la demandada no solo sus obligaciones contractuales sino toda la normativa antes aludida de carácter esencialmente imperativo, además de por haber sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, lo que implica que los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con sus intereses, con la finalidad de que las partes vuelvan a la situación personal y patrimonial anterior al acto de contratación que se declara nulo. Además, ya se ha visto como la demandada causó con su incumplimiento contractual unos perjuicios a la parte actora que se concretan en 9.687,12 euros, que la demandada deberá abonar a la demandante.

Por todo ello, de conformidad con los artículos 1.261.1, 1.265, 1.266, 1.301, 1.306.2º 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 79 y 79 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en los artículos 78 bis y 79 bis de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modificó la Ley 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 de la relación contractual existente entre ellos, en concreto de la Orden de Compra de 120 títulos de Participaciones Preferentes CAJA MADRID 2009, con nº de código valor AFR26364, por importe de 12.000 euros, de fecha 28 de mayo de 2.009 (Documento nº 3 de la Demanda), objeto de litigio, y de condenar a la entidad demandada a abonar a la actora la suma de 9.687,12 euros, debiendo la actora devolver a la demandada, las acciones de dicha entidad obtenidas como consecuencia del canje de las participaciones preferentes.

TERCERO.- De conformidad con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y habiendo sido estimada la Demanda, procede condenar a la demandada al abono de las costas procesales causadas.

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

FALLO

Que debo ESTIMAR y ESTIMO la Demanda interpuesta por el Procurador Sr. Araiz, en nombre y representación de [REDACTED] frente a la mercantil BANKIA, S.A. (antiguamente CAJA MADRID), en el sentido de declarar la nulidad de la relación contractual existente entre ellos, en concreto de la Orden de Compra de 120 títulos de Participaciones Preferentes CAJA MADRID 2009, con nº de código valor AFR26364, por importe de 12.000 euros, de fecha 28 de mayo de 2.009 (Documento nº 3 de la Demanda), objeto de litigio, y de condenar a la entidad demandada a abonar a la actora la suma de 9.687,12 euros, debiendo la actora devolver a la demandada, las acciones de dicha entidad obtenidas como consecuencia del canje de las participaciones preferentes, y al abono de las costas procesales causadas.

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/

DEPOSITO 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 3173000004071514 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.