

Día y hora: 5/6/2013 1:7:56

Tipo de Contenido: Jurisprudencia

Consulta realizada

Términos buscados:

Texto: participaciones preferentes MADRID

Juzgado de Primera Instancia

JPI de Madrid Sentencia de 8 abril 2013

JUR\2013\126284



Banca.Títulos valores.Teoría general de las obligaciones y contratos.

Jurisdicción:Civil

Procedimiento 1664/2012

Ponente:Ilmo. Sr. D. Rafael Fluiters Casado

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 3

MADRID

Autos: **Juicio Ordinario n° 1664/12**

Demandante: Trinidad

Procuradora: María del Carmen Hondarza Ugedo

Letrado: Diego Rodríguez Marcos

Demandada: **Bankia S.A.**

Procurador: Francisco Abajo Abril

Letrado: Pedro Suárez Llanio

Demandada Interviniente: **Caja Madrid Finance Preferred S.A.**

Procurador: Francisco Abajo Abril

Letrado: Pedro Suárez Llanio

SENTENCIA

En Madrid a ocho de abril de dos mil trece.

Rafael Fluiters Casado, Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia número 3 de esta ciudad, vistos los autos de Juicio Ordinario sobre declaración de nulidad de contrato y

reclamación de cantidad, tramitados con el número 1664/12 y seguidos a instancia de Trinidad contra **Bankia S.A.** , y actuando como tercera interviniente en calidad de demandada **Caja Madrid Finance Preferred S.A.** .

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: Por la procuradora María del Carmen Hondarza Ugedo, en nombre y representación de Trinidad , se dedujo en fecha 16/11/12 demanda de juicio ordinario contra la indicada Bankia S.A., en la cual, y con base en los hechos y fundamentos que aquí se dan por reproducidos, terminaba suplicando se dictase sentencia por la que se declarase: 1.- la nulidad del contrato por error en el consentimiento suscrito por su mandante con la demandada y, por tanto, se condenase a dicha entidad a abonar a la actora las siguientes cantidades: 50.000,00 # en concepto del principal, correspondiente a las cantidades depositadas en la actualidad por su mandante; los intereses legales de dicho importe, devengados desde la contratación del producto, hasta su total satisfacción; y deduciendo de dichos importes las cantidades percibidas por su patrocinada, como intereses abonados por la demandada; 2.- subsidiariamente, la resolución del contrato por incumplimiento de los deberes de información y asesoramiento, con indemnización por los daños causados, consistente en la restitución reparatoria de la cantidad depositada en la actualidad, esto es, 50.000,00 #, mas el interés legal del dinero desde la fecha de su desembolso; y deduciendo de dichos importes las cantidades percibidas por su patrocinada, como intereses abonados por la demandada; 3.- con posterioridad a la sentencia en primera instancia se devengaría el interés previsto en el [artículo 576 LEC \(RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892\)](#) ; y 4. la demandada debería hacerse cargo de las costas causadas en el presente procedimiento.

Segundo: Recibida la demanda y admitida a trámite, de la misma se dio traslado a la demandada, la cual la contestó oponiéndose con base en los hechos y fundamentos que igualmente se dan aquí por reproducidos, interesando su íntegra desestimación, con imposición de costas a la actora.

Tercero: Seguidamente se convocó a las partes a audiencia previa, a la cual, celebrada el 04/03/13, comparecieron ambas, ratificando cada una de ellas sus respectivas pretensiones además de interesar el recibimiento del procedimiento a prueba; y, abierto el pleito a prueba, por la actora se articularon los medios de documental, más documental y testifical; y por la demandada los de documental y testifical; todas las pruebas propuestas fueron admitidas y declaradas pertinentes, señalándose seguidamente día y hora para la celebración del juicio.

Cuarto: Estando pendiente la celebración de la audiencia previa, y mediante escrito presentado el 27/02/13, pretendió personarse en autos en calidad de demandada la entidad Caja Madrid Finance Preferred S.A., oyéndose a las partes personadas por término de diez días, y teniéndose la por parte y personada mediante auto de 27/03/13.

Quinto: Llegado el día fijado, 04/04/13, se celebró el juicio y se practicaron las pruebas que venían acordadas, tras lo cual las partes las valoraron vertiendo las alegaciones que tuvieron por conveniente, y declarándose seguidamente los autos conclusos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Se ejercita por el demandante acción dirigida a obtener la declaración de ser nulo, por vicio en el consentimiento, (error o dolo) el contrato fechado el 26/06/09 en virtud del cual suscribía, u ordenaba la suscripción a su nombre, de 500 participaciones preferentes de la entidad Caja Madrid Finance Preferred S.A., (por valor total de de 50.000,00 #), con consiguiente devolución de la cantidad entregada y entrega por su parte, o minoración de la cantidad a recibir, de las cantidades por ella percibidas en concepto de intereses, y fundando su pretensión en el incumplimiento por parte de la demandada de su deber de informar debidamente de los riesgos que dicha suscripción acarrea, habiéndosele dicho que se trataba de una suerte de depósito a plazo fijo que se ofrecía a los mejores clientes de la entidad y que no había posibilidad de perder un euro del capital depositado, rellenando la demandada un test de conveniencia, que no de idoneidad, en el que se contienen datos falsos de la demandante, habiendo la propia Cajamadrid calificado a la misma como de perfil conservador tan sólo dos años después; es decir habiendo contratado con desconocimiento de lo que realmente contrataba, por abuso de la confianza por parte de la interpelada, cuyos empleados sólo le habrían informado de los beneficios de las participaciones y no del alto riesgo financiero de las mismas, que le habría sido ocultado, con vulneración de la normativa sobre consumidores y usuarios.

Se opone la demandada afirmando que la relación con la demandante a la hora de contratar las preferentes no fue de asesoramiento, sino de mera recepción y transmisión de órdenes sobre instrumentos financieros (comercialización), habiendo por ello atendido la libre y voluntariamente emitida por la actora en busca de un aumento de la rentabilidad de su patrimonio, y habiendo cumplido fiel y puntualmente con todas las obligaciones de información legalmente establecidas, realizando el oportuno test de conveniencia y entregándole la documentación informativa requerida, folleto con su resumen de riesgos (documento nº 5 de la contestación), e información de las condiciones de prestación del servicio de información, en el que se hace constar su condición de inversor minorista (documento nº 7), habiendo la actora reconocido documentalmente haber recibido toda la información necesaria para la contratación de las preferentes, siendo consciente del producto que contrataba y habiendo obtenido ganancias superiores a las usuales durante tres años.

SEGUNDO

No discutiendo la demandante la suscripción por su parte de los documentos aportados por la demandada como números 5 (ficha de producto), 6 (recibo del resumen de riesgos), 7 (información de las condiciones de prestación de servicios de inversión) y 9 (contrato de depósito o administración de valores), además lógicamente del nº 8 (5 de la demanda), que integra la propia orden de suscripción, todos salvo el nº 9 de fecha 26/06/06, la controversia se sitúa en primer lugar en el tipo de relación jurídica que unía a las partes, ya que mientras la demandante apunta a la existencia de un asesoramiento por parte de la demandada previo a la firma por su parte de la orden suscripción de las participaciones preferentes, es decir a la existencia de un contrato de gestión "asesorada" de cartera de inversión en el que la sociedad gestora propone al cliente inversor determinadas operaciones siendo éste quien decide su ejecución, la demandada sostiene que su función era de mera ejecutora de las órdenes dadas por la clienta, y ello de acuerdo con el contrato de depósito y administración suscrito por ambas partes en fecha 13/06/07 (documento nº 9 de la contestación antes citado), en el cual se remite expresamente al [artículo 308 del Código de Comercio \(LEG 1885, 21\)](#) que estipula únicamente la obligación de los "depositarios de títulos, valores, efectos o

documentos que devenguen intereses de realizar el cobro de éstos en las épocas de sus vencimientos, así como también a practicar cuantos actos sean necesarios para que los efectos depositados conserven el valor y los derechos que les correspondan con arreglo a las disposiciones legales".

Pues bien, analizando la prueba practicada, y en particular la testifical de la comercial de Bankia S.A. (antes Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid), Gabriela , se concluye indubitadamente que, con motivo de la cancelación o amortización anticipada unilateralmente decidida por parte de la propia Cajamadrid de los bonos de esa misma entidad adquiridos por la demandante en 26/06/07 por importe también de 50.000,00 #, fue ella, la comercial, la que en 2009, siguiendo instrucciones de la entidad, ofreció a la ahora demandante la adquisición del "nuevo producto", afirmando eso sí haberle informado pormenorizadamente de los detalles y características del mismo.

Y es partiendo de este hecho probado, es decir de la iniciativa de la entidad bancaria en la comercialización del producto, lo que además habría hecho el mismo día en la que por la misma unilateralmente se habían cancelado o amortizados los bonos Cajamadrid previamente adquiridos por la clienta, que difícilmente puede sostenerse que se estuviese ante una mera labor de comercialización, existiendo verdadera recomendación o asesoramiento.

En efecto, el artículo 63.1.g) de la [Ley de Mercado de Valores \(RCL 1988, 1644 y RCL 1989, 1149, 1781\)](#) determina que se entiende por asesoramiento en materia de inversión "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", sin que se considere como tal "las recomendaciones de carácter genérico y no personalizadas que se puedan realizar en el ámbito de la comercialización de valores e instrumentos financieros, que tendrán el valor de comunicaciones de carácter comercial", de lo cual se deduce que la llamada por parte de la comercial a la clienta para que acudiese a la oficina y ofrecerle un único producto (la testigo no es capaz de recordar qué otros productos le habría ofrecido), a todas luces desconocido por la clienta, y teniendo en cuenta que hasta ese momento la misma sólo había invertido en los bonos Cajamadrid, no cabe sino considerarlo "recomendación personalizada", y por consiguiente asesoramiento.

Es cierto que la diferencia entre comercialización y asesoramiento puede crear zonas confusas de convergencia, pues en ambos la decisión final es del cliente, quien hace caso o no a los consejos ofrecidos por la entidad bancaria, pero la iniciativa en la oferta, la coincidencia entre la misma y la amortización de los bonos, y el hecho

reconocido por la comercial de que la clienta no conocía hasta entonces las participaciones preferentes, lleva a concluir que se está ante una gestión asesorada de las previstas en el citado artículo 63.1.g); así, la entidad demandada prestaría un servicio activo de asesoramiento que excedería del simple contrato de administración de valores, lo que supone una clara discordancia entre lo contratado y el servicio realmente prestado, de modo que la consumidora ahora demandante podía razonablemente creer que la entidad bancaria la asesoraba adecuadamente sobre el producto adquirido para obtener el mayor rendimiento posible en cada momento, teniendo en cuenta los riesgos.

TERCERO

Sentado pues que nos encontramos ante un asesoramiento o recomendación personalizada por parte de la entidad financiera a la clienta, no cabe sino constatar el incumplimiento por parte de aquella de la normativa vigente, ya que el artículo 79bis.6 de la misma [LMV \(RCL 1988, 1644 ; RCL 1989, 1149 y 1781\)](#) establece que "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; sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquél, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan; cuando la entidad no obtenga esta información, no recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente; en el caso de clientes profesionales la entidad no tendrá que obtener información sobre los conocimientos y experiencia del cliente", y, desarrollando ese precepto, el [artículo 72](#) del [Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero \(RCL 2008, 407 \)](#) , sobre evaluación de la idoneidad, que señala que "a los efectos de lo dispuesto en el artículo 79 bis. 6 de la Ley 24/1988, de 28 de julio , las entidades que presten el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras deberán obtener de sus clientes, incluidos los potenciales, 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, o que debe realizarse al prestar el servicio de gestión de cartera, cumple las siguientes condiciones: a) responde a los objetivos de inversión del cliente en cuestión; 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; ...; asimismo, la información relativa a la situación financiera del cliente incluirá, cuando proceda, información sobre el origen y el nivel de sus ingresos periódicos, sus activos, incluyendo sus activos líquidos, inversiones y bienes inmuebles, así como sus compromisos financieros periódicos; c) es de tal naturaleza que el cliente cuenta con la experiencia y los conocimientos necesarios para comprender los riesgos que implica la transacción o la gestión de su cartera; ...; cuando la entidad no obtenga la información señalada en las letras anteriores, no podrá recomendar servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente ni gestionar su cartera".

Es decir, esa labor de indagación no consta realizada, al haberse obviado el imprescindible test de idoneidad, que en absoluto puede considerarse rellenado por el test de conveniencia que se dice efectuado, en el que sólo existen unas genéricas referencias al conocimiento de la terminología de los mercados financieros y características de los activos de renta fija, conteniendo además evidente confusionismo en alguna de las preguntas, como en la tercera, donde se mezclan conceptos como las inversiones de bajo

riesgo del entorno euro con el de la naturaleza de la deuda perpetua; todo un despropósito como modelo de evaluación del conocimiento de la clienta.

Pero por si hubiera alguna duda, es la propia comercial la que admite su total desconocimiento sobre la clienta, no sabía que era viuda, ni que había sido profesionalmente

costurera, ni por tanto su nivel cultural, ni que tenía contratada una de las llamadas hipotecas inversas (ver documento nº 3 de la demanda), etc, es decir todo lo relativo a sus conocimientos y experiencia, su situación financiera y sus objetivos de inversión, ello sin contar con su edad, 80 años en la fecha de la contratación, dato éste que convierte la afirmación de la comercial de que a "la clienta no le importaba la liquidez" en un verdadero sarcasmo.

CUARTO

Partiendo de lo expresado, y considerando que el producto financiero "participaciones preferentes", es un producto complejo a la luz del artículo 79bis.8 de la [LMV \(RCL 1988, 1644 ; RCL 1989, 1149 y 1781\)](#) , en tanto ni existen posibilidades frecuentes de venta, reembolso u otro tipo de liquidación a precios públicamente disponibles, pudiendo implicar pérdidas reales o potenciales para el cliente que exceden del coste de adquisición del instrumento (ver las características definidas por la propia CNMV en el documento nº 6 de la demanda), ni puede asegurarse exista a disposición del público información suficiente (comprensible de modo que permita a un cliente minorista medio emitir un juicio fundado para decidir si realiza una operación en ese instrumento) sobre sus características, parece evidente que en el caso que nos ocupa incumbía a la demandada la carga de la prueba del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, que, como se dice en la STS de 14/11/05 , no es la genérica diligencia de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes, y que la carga probatoria acerca de tal extremo debe pesar sobre el profesional financiero, lo cual por otra parte es lógico por cuanto desde la perspectiva de los clientes se trataría de un hecho negativo como es la ausencia de dicha información, y sin que pueda perderse de vista en el presente caso el cuando menos aparente conflicto de intereses entre la entidad y la clienta, en tanto el carácter perpetuo de la inversión, con potencial y real y actual eliminación de la rentabilidad, hace que el perjuicio de la inversora se convierta en beneficio de la entidad, y sin que conste en ninguno de los documentos suscritos por la clienta, y que se dicen entregados la "revelación de ese conflicto", como imponen los artículos 70quáter.2 de la LMV y 45.3 del [RD 217/2008 \(RCL 2008, 407 \)](#) .

Así las cosas, habiendo incumplido la entidad demandada sus deberes legales para con la clienta mediante la práctica del imprescindible test de idoneidad, con la indagación que ello conlleva, y no habiendo en el juicio demostrado que la misma tuviese los conocimientos y experiencia suficiente para conocer el funcionamiento del producto, su alcance y riesgos, además del conflicto de intereses soterrado, o bien los hubiera conocido exhaustivamente en ese momento, tras la proporción de la información correspondiente, para lo cual se estima claramente insuficiente la aportación de los documentos acompañados a la contestación, que más parecen firmados con apremio y sin reflexión, estimando al efecto claramente interesado y tendencioso el testimonio de Gabriela y no habiendo solicitado el interrogatorio de la demandante a pesar de la sugerencia del juzgador, y, considerando que la prestación del consentimiento en un caso como el que nos ocupa sólo puede considerarse libre y voluntariamente efectuada tras haber cumplido la entidad prestadora del servicio de inversión con su obligación de información, necesariamente se ha de concluir que el prestado en este caso por la demandante lo fue viciado de error, esencial desde luego, al recaer sobre la esencia del producto financiero, (naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero y conflicto de intereses) y excusable, en tanto el mismo habría estado provocado

por el incumplimiento por parte de la entidad bancaria de su obligación de información, cuando

era en ella en la que la clienta confiaba el resultado de sus inversiones, y siendo por ello que, conforme a lo establecido en el [artículo 1265 del Código Civil \(LEG 1889, 27 \)](#) , procede declarar nulo el correspondiente contrato, (orden de suscripción de participaciones preferentes), y con las consecuencias previstas en el artículo 1303 del mismo texto legal , que no es otra que la restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, que en el presente caso debe dar lugar a la estimación de la demanda (pedimento 1), que debe completarse con el consignación de que la "deducción de las cantidades percibidas" por la demandante, como intereses abonados por la demandada, lo debe ser asimismo con más los intereses devengados por las correspondientes sumas desde su percepción.

QUINTO

Aunque con base en esa última precisión, la estimación de la demanda es parcial, dado el carácter residual del pronunciamiento complementario se considera que es de aplicación el [artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil \(RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892 \)](#) , y en consecuencia se impondrán las costas del procedimiento a la parte demandada.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

F A L L O

Estimo en parte la demanda formulada por la procuradora María del Carmen Hondarza Ugedo, en nombre y representación de Trinidad , contra **Bankia S.A.** , y en su virtud, declarando la nulidad del contrato, (u orden) fechado en 26/06/09 de suscripción de 500 participaciones preferentes de Caja Madrid Finance Preferred Serie II (2009), condeno a la demandada a pagar a la actora la cantidad de **CINCUENTA MIL EUROS, (50.000,00 #)** en concepto del principal, correspondiente a las cantidades depositadas en la actualidad por su mandante, con los intereses legales de dicho importe, devengados desde la contratación del producto, hasta su total satisfacción, pero deduciendo de dichos importes las cantidades percibidas por la actora como intereses abonados por la demandada, y con más sus intereses devengados por las correspondientes sumas desde su percepción.

Ello con expresa imposición de costas a la parte demandada.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer, en el término de veinte días, recurso de apelación ante este Tribunal para su resolución por la Audiencia Provincial de Madrid, justificando al hacerlo haber depositado la suma de 50,00 # en la cuenta de consignaciones del Juzgado.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando en esta primera instancia, la pronuncio, mando y firmo.

DILIGENCIA.- La anterior resolución es publicada, notificada y archivada en la Secretaría del Juzgado, y queda por certificación literal unida a los autos, doy fe.