

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 6
VALENCIA**

Avenida DEL SALER (CIUDAD DE LA JUSTICIA), 14º - 3º
TELÉFONO: 96-192-90-15

N.I.G.: 46250-42-2-2012-0065738

Procedimiento: Asunto Civil 001968/2012

SENTENCIA Nº 24/14

JUEZ QUE LA DICTA: D/Dª DAVID GERICO SOBREVELA

Lugar: VALENCIA

Fecha: cuatro de febrero de dos mil catorce

PARTE DEMANDANTE: D. [REDACTED] C. [REDACTED] Z. [REDACTED]

Procurador: [REDACTED], MARIA JOSE

**PARTE DEMANDADA BANKIA SA y BANCAJA EUROCAPITAL FINANCE,
S.A.**

Procurador: [REDACTED], MARIA

OBJETO DEL JUICIO: Demás verbales

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que por la meritada representación de la parte actora se presentó demanda arreglada a las prescripciones legales en la que, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho que estimaba aplicables, terminaba suplicando que se dictara sentencia declarando la nulidad del contrato de suscripción de participaciones preferentes celebrado con la demandada y, subsidiariamente, la resolución por incumplimiento de sus obligaciones contractuales de diligencia, lealtad e información, y condenando en todo caso a la misma a reintegrar a la actora la cantidad de 4.200 euros, importe del capital aportado, más los intereses legales devengados hasta la fecha del pago, cantidad que deberá compensarse con las cantidades que, en concepto de intereses, hubieran percibido los demandantes, con imposición de costas a la parte demandada. Fundaba su acción en las alegaciones siguientes: En fecha 18 de junio de 2.100 la actora acudió acompañada de su madre a la sucursal de Bancaja de Benetúser para abrir una imposición a plazo fijo. Una comercial de nombre [REDACTED] informó a la actora que tenía un producto mejor que le generaría unos intereses del 1'5 % trimestral, pudiendo disponer de todos u dinero cuando quisiera, vendiéndoselo como una imposición a plazo fijo, cuando se trataba de participaciones preferentes, a sabiendas de que no era el producto que quería y necesitaba la actora, sin darle más información. No le hizo firmar el test de conveniencia del producto. La actora suscribió el mismo día un contrato tipo de

depósito y administración de valores y adquirió 7 participaciones preferentes. La actora posee una minusvalía del 65 %, consistentes en un trastorno mental por esquizofrenia paranoide, teniendo serios problemas de comprensión, por lo que fue acompañada por su madre, que es analfabeta. La actora confiaba en la comercial de la entidad bancaria, no teniendo capacidad para comprender cualquier producto financiero. En fecha 14 de marzo de 2012, tras recibir una carta de la entidad bancaria en la que se le comunicaba que por orden de la Comisión Nacional del Mercado de Valores tenía que canjear sus participaciones preferentes por acciones de Bankia, acudió a la sucursal de Benetúser donde le hicieron firmar un contrato marco de valores negociables y el resumen folleto de oferta de recompra y suscripción. En dichos contratos sí que se le realizó un test de conveniencia, dando como resultado que no resultaba adecuado para sus conocimientos y experiencia inversora la relación con el producto. La actora pretendía poner sus ahorros en un producto de imposición a plazo fijo. Se le vendió un producto de elevado riesgo haciendo un acto de abuso de confianza.

SEGUNDO.- Que, admitida a trámite la demanda y convocadas las partes a la Vista, compareció la actora, que se afirmó y ratificó en su escrito de demanda, compareciendo la parte demandada, que se opuso con fundamento, en síntesis, en las alegaciones siguientes: Niega que existiera ningún empleado que prestara asesoramiento o consejo o recomendará la compra de las preferentes. La venta se produce como consecuencia del vencimiento de una imposición a plazo fijo, con ocasión de su renovación. Al objeto de que obtuviera mayor rentabilidad se le informó de varios productos, entre ellos las preferentes, y la demandada fue informada de la naturaleza y riesgos de las preferentes. No hay servicio de gestión de carteras, sólo un depósito y administración, y una ejecución de orden de compra de valores y servicios de custodia y administración de valores, consecuencia del contrato típico suscrito. No es cierto que se vendieran las participaciones preferentes como un plazo fijo. El mismo día que contrató las preferentes contrató un plazo fijo. No es cierto que se le engañara sobre el producto. Se le facilitó información, un documento manuscrito por la empleada en el que se le hace un croquis o esquema de los dos productos. La minusvalía de la actora no supone que no tuviera capacidad y no supiera lo que estaba contratando, presumiéndose la capacidad de la persona. La minusvalía sólo se puso de manifiesto en marzo de 2012 y no se puso en conocimiento de la entidad con anterioridad. El dictamen médico acompañado expresa que no necesita de terceras personas para valerse. No se entiende como, si no tenía capacidad, la familia le permitiera tener cuenta corriente tarjeta de crédito e imposición a plazo fijo. La cliente contrataba sin ningún problema, unas veces sola y otras acompañada. No es cierto que no tuviese conocimiento de que eran preferentes. La demanda es improsperable por dos motivos: La actora aceptó la oferta de recompra y suscripción de acciones de Bankia, no siendo posible ahora solicitar la nulidad en un momento en que está extinguido el contrato, pues el contrato inicial fue novado extintivamente y agostó sus efectos. Resulta inviable la acción de nulidad por vicios del consentimiento y la acción de resolución. El artículo 1309 del Código Civil establece que la acción de nulidad queda extinguida desde el momento en que el contrato se confirma expresa o tácitamente, y el canje supuso una confirmación tácita del producto. Si la actora

aceptó la oferta de recompra y suscripción de acciones, no puede ahora ir contra sus propios actos. En segundo lugar, en la demanda no se impugna ni cuestiona la validez del canje de las preferentes. No es posible la nulidad porque la actora no es la titular de las participaciones.

TERCERO.- Que mediante auto de 12 de abril de 2003 se admitió la intervención como demandada de Bancaja Eurocapital Finance S.A., concediéndosele plazo para alegaciones, que cumplimentó efectuando las siguientes: Se adhiere a los razonamientos expuestos por Bankia en la contestación, en especial al cumplimiento por parte de aquélla en su condición de intermediaria en la contratación de las participaciones preferentes, de la normativa vigente en materia de información al cliente y a la inexistencia de error o vicio del consentimiento en la contratación. La información facilitada a D^a ██████ C. ██████ Z█████, tanto verbal como escrita, sobre las características esenciales del producto y sus riesgos, hace imposible que confundiera el producto contratado con un depósito tradicional bancario o imposición a plazo fijo. Los actos propios de la demandante han consistido en haber recibido desde su contratación el cupón o abono de rentabilidad de las participaciones preferentes, a un interés anual superior a la rentabilidad ofrecida por cualquier entidad por un depósito, y en haber recibido puntual y periódicamente extractos de la cuenta corriente, de la cuenta de valores y los cupones o abono de la rentabilidad del producto, así como la información fiscal, donde el mismo se identifica claramente como participaciones preferentes. D^a ██████ aceptó la oferta de recompra y suscripción de acciones, el llamado canje, contrato cuya validez y eficacia no se cuestiona en este procedimiento, con lo que no resulta posible que solicite la nulidad o resolución de un contrato extinguido al tiempo de interponer la demanda. El artículo 1309 del Código Civil establece que la acción de nulidad queda extinguida desde el momento en que el contrato ha sido confirmado válidamente, y en el presente caso la aceptación de la oferta de recompra y suscripción de acciones constituye un acto de confirmación tácita del contrato de compra de las participaciones preferentes, al tratarse la acción ejercitada de un supuesto de anulabilidad o nulidad relativa del contrato por error en el consentimiento. El canje no cuestionado determina la improsperabilidad de la demanda, ya que D^a ██████ no era al tiempo de presentar la demanda titular de las participaciones preferentes, sino de las acciones de Bankia procedentes del canje. Y terminaba solicitando la desestimación íntegra de la demanda.

CUARTO.- Que a instancia de la parte actora se ha practicado prueba documental y testifical; y a instancia de la parte demandada prueba documental y testifical.

QUINTO.- Que en la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Centrada la cuestión fáctica en la información que recibió la actora del producto adquirido y en si comprendió la naturaleza y características del

mismo, procede analizar la prueba personal practicada al respecto.

En calidad de testigo declara D^a [REDACTED] Z [REDACTED], madre de la actora, manifestando, en esencia: Siempre acompaña a su hija. El banco estaba debajo del piso en el que viven. La comercial sí que sabía de la minusvalía de su hija. Querían contratar un plazo fijo porque la declarante no sabe leer. Les dijo que lo podían sacar en 15 días o menos y no les dio ninguna explicación. Jamás les dijeron que estaban comprando participaciones preferentes ni les explicaron los riesgos del producto. D [REDACTED] se enteró cuando le mandaron una carta diciéndole que el dinero ése eran preferentes. Preguntada si cuando les dicen de cambiar las participaciones preferentes por acciones era voluntario u obligatorio, manifiesta que a ella le dijeron que era obligatorio. Su hija se pincha todos los meses y toma medicación, se pone agresiva, no razona. En la oficina sabían de la minusvalía de su hija porque la declarante lo dice siempre. Preguntada cuántas veces fueron al Banco para tratar el tema del canje, manifiesta que muchas veces, incluso al [REDACTED] [REDACTED] donde ahora está [REDACTED]. Les dijeron que no se preocuparan, que luego podrían ganar.

En calidad de testigo declara D^a [REDACTED] [REDACTED], manifestando, en síntesis: Es empleada de Bankia desde 2005. La actora y su madre eran clientes. Preguntada si tenían incentivos si vendían participaciones preferentes, manifiesta que no. Preguntada si la declarante tenía información sobre preferentes, manifiesta que la normal que tienen todos los empleados de Banca. No sabe si en la oficina tenían tríptico con la información de las preferentes. No conocía la minusvalía de D [REDACTED], no ha tenido conocimiento hasta ahora. Ese día acudió a la oficina porque le vencía un plazo fijo y comentaron las posibilidades. La declarante no asesoró, le informó de las alternativas que había y ella eligió. No es cierto que vendieran las preferentes como si fuera un plazo fijo. Pidieron la información y al parecer no se ha localizado el test de conveniencia, pero sí que lo firmó. La declarante sí que advirtió que eran perpetuas, que no tenían vencimiento. Exhibido el documento manuscrito aportado en el día de la Vista, manifiesta que sí que se lo entregó la declarante.

En dicho manuscrito figuraba la referencia a un plazo de 38.000 euros a 12 meses con interés del 2'5 % y vencimiento el día 18/06/2011 y, en cuanto al producto que nos ocupa, la siguiente información: "B. Renta fija 4.200. Sin vencimiento, se puede disponer en unos días de antelación. Liquidación Trimestral".

Finalmente, declara en calidad de testigo el empleado del Banco D. [REDACTED] [REDACTED], manifestando, en esencia: Es el director de la oficina de Benetúser y conoce a D [REDACTED] y a su madre, como clientas de la oficina. Presentaron una queja el año pasado sobre las preferentes. Las ha atendido en varias ocasiones, por las preferentes y por el canje. En cuanto al canje, todos han sido voluntarios. Preguntado si las ha asesorado, manifiesta que asesorado no, sólo informado sobre las condiciones del canje. Se entera de la minusvalía cuando presenta la queja. Le informaron de todo y la cliente opta por el canje. Desde el 2000 había liquidaciones positivas. No había nada que indicara un escenario como el que ha ocurrido. Desde el año 2000 había liquidez y compraventas. Preguntado si había folletos, manifiesta que había alguna información que se entregaba al cliente, folleto no recuerda, la gran mayoría de la información era verbal. No hubo imposición de la entidad en cuanto al canje. El declarante no interviene en la suscripción de las preferentes por la actora.

De la documental practicada resulta que la actora suscribió en fecha 10 de junio de 2010 un contrato tipo de depósito y administración de valores y una orden de compra de valores en la que en el apartado referido a la clase de valor aparecía un número y la reseña "PPF.BEF S/B". En el apartado referido al mercado aparecía "AIAF-IBERCLEAR", y en el apartado de intermediario figuraba Bancaja.

El test de conveniencia que obra en las actuaciones lleva fecha del 10 de marzo de 2012, sin que se acredite que se efectuara otro antes de la firma de la orden de suscripción de las participaciones preferentes.

SEGUNDO.- La sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Cáceres estudia el régimen jurídico de las participaciones preferentes, señalando: *"Las participaciones preferentes aparecieron reguladas en la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros. En su artículo 7 se indica que las participaciones preferentes constituyen recursos propios de las entidades de crédito. Las participaciones preferentes cumplen una función financiera de la entidad y computan como recursos propios, por lo que el dinero que se invierte en participaciones preferentes no constituye un pasivo en el balance de la entidad. El valor nominal de la participación preferente no es una deuda del emisor, por lo que el titular de la misma no tiene un derecho de crédito frente a la entidad, no pudiendo exigir el pago. La consecuencia de ello es que el riesgo del titular de la participación preferente es semejante, aunque no igual, al del titular de una acción. En la Disposición Adicional Segunda de esta ley se regulan los requisitos exigidos para la computabilidad de las participaciones preferentes como recursos propios. Esta Disposición Adicional Segunda fue redactada por el apartado diez del artículo primero de la Ley 6/2011, de 11 de abril, por la que se transpone a nuestro Derecho la Directiva 2009/111/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por la que se modificó la Ley 13/1985, la Ley 24/1988, de 28 de julio del Mercado de Valores y el R.D. Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, sobre adaptación del derecho vigente en materia de entidades de crédito al de las Comunidades Europeas. La Directiva 2009/111/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009 no califica la participación preferente como instrumento de deuda, sino como instrumento de capital híbrido al que se ha de aplicar el mismo tratamiento contable y financiero que reciben los recursos propios de la entidad de crédito emisora, de ahí que una primera aproximación a esta figura nos lleva a definirla como **un producto financiero que presenta altos niveles de riesgo y complejidad en su estructura y condiciones**, como así se reconoce en la exposición de motivos del RDL 24/2012 de reestructuración y resolución de entidades de crédito. En la misma línea, el Banco de España las define como un instrumento financiero emitido por una sociedad que no otorga derechos políticos al inversor, **ofrece una retribución fija (condicionada a la obtención de beneficios) y cuya duración es perpetua**, aunque el emisor suele reservarse el derecho a amortizarlas a partir de los cinco años, previa autorización del supervisor (en el caso de las entidades de crédito, el Banco de España). En la meritada Disposición se desarrollan los requisitos de emisión de las participaciones preferentes y se señala como características de las mismas que no otorgan a sus titulares derechos políticos, salvo supuestos*

excepcionales, y que no otorgan derechos de suscripción preferente respecto de futuras nuevas emisiones. Otra característica fundamental de las participaciones preferentes es que tienen carácter perpetuo, aunque el emisor puede acordar la amortización anticipada a partir del quinto año desde su fecha de desembolso, **previa autorización del Banco de España, que sólo la concederá si no se ve afectada la situación financiera, ni la solvencia de la entidad de crédito, o de su grupo o subgrupo consolidable.** También se establece que el Banco de España puede condicionar su autorización a que la entidad sustituya las participaciones preferentes amortizadas por elementos de capital computables de igual o superior calidad. **No se atribuye al titular de las mismas un derecho a la restitución de su valor nominal,** por lo que es en efecto un valor perpetuo y sin vencimiento, indicándose expresamente en la letra b) de la Disposición Adicional Segunda que en los supuestos de emisiones realizadas por una sociedad filial de las previstas en la letra a), los recursos obtenidos deberán estar invertidos en su totalidad, descontando gastos de emisión y gestión, y de forma permanente en la entidad de crédito dominante de la filial emisora, de manera que queden directamente afectos a los riesgos y situación financiera de dicha entidad de crédito dominante y de la de su grupo o subgrupo consolidable al que pertenece, de acuerdo con lo que se indica en las letras siguientes. **Debe destacarse que las participaciones preferentes cotizan en los mercados secundarios organizados** y que, en los supuestos de liquidación o disolución de la entidad de crédito emisora o de la dominante, las participaciones preferentes darán derecho a obtener exclusivamente el reembolso de su valor nominal junto con la remuneración devengada y no satisfecha, que no hubiera sido objeto de cancelación, **situándose, a efectos del orden de prelación de créditos y frente a lo que su nombre pueda erróneamente hacer interpretar, como inmediatamente detrás de todos los acreedores, subordinados o no, de la entidad de crédito emisora o de la dominante del grupo o subgrupo consolidable de entidades de crédito y delante de los accionistas ordinarios y, en su caso, de los cuotapartícipes.** En relación a la rentabilidad de la participación preferente se infiere que **el pago de la remuneración estará condicionado a la existencia de beneficios o reservas distribuibles en la entidad de crédito emisora o dominante.** También ha de mencionarse que **la liquidez de la participación preferente sólo puede producirse mediante su venta en el mercado secundario, por lo que en supuestos de ausencia de rentabilidad hace difícil que se produzca la referida liquidez.** En definitiva, las participaciones preferentes son valores emitidos por una sociedad que no confieren participación en su capital ni derecho de voto. Es un elemento jurídico a medio camino entre las acciones y las obligaciones de las sociedades. Se trata de un **instrumento de captación de capital** que consiste en la emisión de la deuda, cuyo rendimiento se concreta en el hipotético pago de unos intereses, condicionado a que la entidad tenga beneficios. Con vocación definitiva dice la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 30 de enero de 2013 que las participaciones preferentes **constituyen un producto complejo de difícil seguimiento de su rentabilidad** que cotiza en el mercado secundario, lo que **implica para el cliente mayores dificultades para conocer el resultado de su inversión y para proceder a su venta, y, correlativamente, incrementa la obligación exigible al banco sobre las vicisitudes que puedan rodear la**

inversión. La Comisión Nacional del Mercado de Valores ha indicado sobre este producto que "son valores emitidos por una sociedad que no confieren participación en su capital ni derecho a voto. Tienen carácter perpetuo y su rentabilidad, generalmente de carácter variable, no está garantizada. **Se trata de un instrumento complejo y de riesgo elevado que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido....** Las PPR no cotizan en Bolsa. Se negocian en un mercado organizado...No obstante, su liquidez es limitada, por lo que **no siempre es fácil deshacer la inversión...**". Las participaciones preferentes son un producto complejo, en modo alguno sencillo, **destinado tradicionalmente a inversores con experiencia en instrumentos complejos, con plena consciencia de que existe un riesgo de pérdida de la inversión, de falta de liquidez inmediata y que requiere para su comprensión de conocimientos técnicos suficientes.** El carácter complejo de las participaciones preferentes encuentra reflejo normativo en el actual artículo 79 bis 8.a) Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, que considera valores no complejos a dos categorías de valores. En primer lugar, a los valores típicamente desprovistos de riesgo y a las acciones cotizadas como valores ordinarios, éstas cuyo riesgo es de «general conocimiento». Así, la norma considera no complejos de forma explícita a las "(i) acciones admitidas a negociación en un mercado regulado o en un mercado equivalente de un tercer país; (ii) a los instrumentos del mercado monetario; (iii) a las obligaciones u otras formas de deuda titulizada, salvo que incorporen un derivado implícito; y (iv) a las participaciones en instituciones de inversión colectiva armonizadas a nivel europeo." En segundo lugar, como categoría genérica, el referido precepto considera valores no complejos a aquéllos en los que concurren las siguientes tres condiciones: "(i) Que existan posibilidades frecuentes de venta, reembolso u otro tipo de liquidación de dicho instrumento financiero a precios públicamente disponibles para los miembros en el mercado y que sean precios de mercado o precios ofrecidos, o validados, por sistemas de evaluación independientes del emisor; (ii) que no impliquen pérdidas reales o potenciales para el cliente que excedan del coste de adquisición del instrumento; (iii) que exista a disposición del público información suficiente sobre sus características. Esta información deberá ser comprensible de modo que permita a un cliente minorista medio emitir un juicio fundado para decidir si realiza una operación en ese instrumento ". En su consecuencia, la participación preferente es claramente calificable como valor complejo, porque no aparece en la lista legal explícita de valores no complejos y porque no cumple ninguno de los tres referidos requisitos. En este sentido, cabe señalar que la Comisión Nacional del Mercado de Valores señala en su página web que las participaciones preferentes son un instrumento complejo y de riesgo elevado que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido. A pesar de ese carácter complejo del producto participaciones preferentes y de que, como expusimos, tradicionalmente estaba destinado y era utilizado por inversores con experiencia en ese tipo de productos, es lo cierto que en el panorama financiero actual hemos asistido a la comercialización generalizada del mismo a personas que carecen de aquellos conocimientos. La comercialización masiva de las participaciones preferentes en los últimos años se ha debido fundamentalmente, como se señala en la sentencia de 23 de julio de 2013 de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Asturias, "a la

necesidad de financiación de determinadas entidades financieras, pues la inversión que realizaban los partícipes se integraba como patrimonio neto y no como pasivo, permitiendo mayor liquidez a las mismas; es decir, que iban dirigidas a transformar en patrimonio neto el pasivo de clientes de las entidades de crédito que tenían sus ahorros en depósitos bancarios, como una política de reforzamiento de sus recursos propios". La referida sentencia concluye que "se trata de productos complejos, volátiles, híbrido a medio camino entre la renta fija y variable con posibilidad de remuneración periódica alta, calculada en proporción al valor nominal del activo, pero supeditada a la obtención de utilidades por parte de la entidad en ese período. No confieren derechos políticos de ninguna clase, por lo que se suelen considerar como "cautivas" y subordinadas, calificación que contradice la apariencia de algún privilegio que le otorga su calificación como "preferentes", pues no conceden ninguna facultad que pueda calificarse como tal o como privilegio, pues producida la liquidación o disolución societaria, el tenedor de la participación preferente se coloca prácticamente al final del orden de prelación de los créditos, por detrás concretamente de todos los acreedores de la entidad, incluidos los subordinados y, tan sólo delante de los accionistas ordinarios, y en su caso, de los cuotaparticipes (apartado h) de la Disposición Adicional Segunda de la Ley 13/1985, según redacción dada por la Disposición Adicional Tercera de la Ley 19/2003, de 4 de julio). Sin que tampoco pueda olvidarse la complejidad que encierra la vocación de perpetuidad ínsita en la naturaleza de dicho producto, pues al integrarse en los fondos propios de la entidad ya no existe un derecho de crédito a su devolución, sino que, antes al contrario, sólo constan dos formas de deshacerse de las mismas: la amortización anticipada, que decide de forma unilateral la sociedad, a partir del quinto año, o bien su transmisión en el mercado AIAF, de renta fija, prácticamente paralizado en el panorama financiero actual ante la falta de demanda".

En cuanto a las obligaciones de información a prestar por la entidad bancaria, estando ya en vigor la normativa MIFID en 2009, el artículo 79, párrafo 1º, de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en la redacción dada por la Ley 47/2007, de 19 de noviembre, establece que "las entidades que presten servicios de inversión deberán comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios, y, en particular, observando las normas establecidas en este capítulo y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo".

El artículo 79 bis establece:

"Obligaciones de información:

- 1. Las entidades que presten servicios de inversión deberán mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes.*
- 2. Toda información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario,*

deberá ser imparcial, clara y no engañosa. Las comunicaciones publicitarias deberán ser identificables con claridad como tales.

3. A los clientes, incluidos los clientes potenciales, se les proporcionará, de manera comprensible, información adecuada sobre la entidad y los servicios que presta; sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión; sobre los centros de ejecución de órdenes y sobre los gastos y costes asociados de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa. A tales efectos se considerará cliente potencial a aquella persona que haya tenido un contacto directo con la entidad para la prestación de un servicio de inversión, a iniciativa de cualquiera de las partes.

La información a la que se refiere el párrafo anterior podrá facilitarse en un formato normalizado.

La información referente a los instrumentos financieros y a las estrategias de inversión deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias.

4. El cliente deberá recibir de la entidad informes adecuados sobre el servicio prestado. Cuando proceda dichos informes incluirán los costes de las operaciones y servicios realizados por cuenta del cliente.

5. Las entidades que presten servicios de inversión deberán asegurarse en todo momento de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes, con arreglo a lo que establecen los apartados siguientes.

6. 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 aquel, 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.

7. Cuando se presten servicios distintos de los previstos en el apartado anterior, la empresa de servicios de inversión deberá solicitar al cliente, incluido en su caso los clientes potenciales, que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente.

Cuando, en base a esa información, la entidad considere que el producto o el servicio de inversión no sea adecuado para el cliente, se lo advertirá. Asimismo, cuando el cliente no proporcione la información indicada en este apartado o ésta sea insuficiente, la entidad le advertirá de que dicha decisión le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él.

Las advertencias previstas en este apartado se podrán realizar en un formato normalizado.

8. Cuando la entidad preste el servicio de ejecución o recepción y transmisión de órdenes de clientes, con o sin prestación de servicios auxiliares, no tendrá que seguir el procedimiento descrito en el apartado anterior siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

a) Que la orden se refiera a acciones admitidas a negociación en un mercado regulado o en un mercado equivalente de un tercer país; a instrumentos del mercado monetario; a obligaciones u otras formas de deuda titulizadas, salvo que incorporen un derivado implícito; a instituciones de inversión colectiva armonizadas a nivel europeo y a otros instrumentos financieros no complejos. Se considerarán mercados equivalentes de terceros países aquellos que cumplan unos requisitos equivalentes a los establecidos en el Título IV. La Comisión Europea publicará una lista de los mercados que deban considerarse equivalentes que se actualizará periódicamente.

Tendrán la consideración de instrumentos financieros no complejos, además de los indicados expresamente en el párrafo anterior, aquellos en los que concurran las siguientes condiciones:

- i) que existan posibilidades frecuentes de venta, reembolso u otro tipo de liquidación de dicho instrumento financiero a precios públicamente disponibles para los miembros en el mercado y que sean precios de mercado o precios ofrecidos, o validados, por sistemas de evaluación

- independientes del emisor;*
- *ii) que no impliquen pérdidas reales o potenciales para el cliente que excedan del coste de adquisición del instrumento;*
 - *iii) que exista a disposición del público información suficiente sobre sus características. Esta información deberá ser comprensible de modo que permita a un cliente minorista medio emitir un juicio fundado para decidir si realiza una operación en ese instrumento.*

No se considerarán instrumentos financieros no complejos:

- *i) los valores que den derecho a adquirir o a vender otros valores negociables o que den lugar a su liquidación en efectivo, determinada por referencia a valores negociables, divisas, tipos de interés o rendimientos, materias primas u otros índices o medidas;*
- *ii) los **instrumentos financieros señalados en los apartados 2 a 8 del art. 2 de esta Ley;***

b) que el servicio se preste a iniciativa del cliente;

c) que la entidad haya informado al cliente con claridad de que no está obligada a evaluar la adecuación del instrumento ofrecido o del servicio prestado y que, por tanto, el cliente no goza de la protección establecida en el apartado anterior. Dicha advertencia podrá realizarse en un formato normalizado;

d) que la entidad cumpla lo dispuesto en la letra d) del apartado 1 del art. 70 y en el art. 70 ter. 1.d)."

A la vista de la normativa, hemos de analizar si la entidad bancaria demandada cumplió con sus obligaciones de información respecto del cliente exigibles en relación con la naturaleza y complejidad del producto que iba a adquirir. Respecto de la carga de la prueba, señala la sentencia de la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia de 4 de junio de 2013 "*hemos señalado, igualmente, que la carga de la prueba de la información recae en la entidad bancaria (Sentencias de 19 de abril y 1 de julio de 2011) y la carga de la prueba del error de consentimiento sobre la parte que lo alega, para lo cual se hace necesario el examen de la prueba practicada en cada proceso*". A la cliente le tenía que haber quedado claro al menos que lo que estaba adquiriendo, al contrario que un depósito, era un producto de naturaleza perpetua, cuya rentabilidad no quedaba asegurada, al depender de que la entidad tuviera beneficios, y que, en caso de querer deshacer la inversión, podía verse imposibilitada de hacerlo u obtener menor importe que el que había invertido. Debía haber comprendido que no iba a poder exigir el reembolso del importe invertido a la entidad y que no era posible establecer previsiones certeras sobre las condiciones de las que dependía la obtención de

beneficios o la facilidad de recuperar el dinero invertido en caso de querer hacerlo. Y de la prueba practicada no podemos llegar a la convicción de que se prestara la información suficiente, adecuada y clara en relación con la capacidad y conocimientos del demandante para que comprendiera la significación y contenido de las participaciones preferentes que adquiriría, con el alcance a que nos hemos referido. No puede llegarse a esta convicción con las manifestaciones de los empleados de la entidad bancaria que tuvieron relación con la actora, respecto de la que no se acredita que tenga conocimientos sobre productos financieros, siendo minorista y consumidora. La información escrita que aparece en la documentación obrante en autos que recibió el demandante tampoco puede considerarse suficiente para que una persona sin formación en productos financieros comprendiera la significación y alcance de un producto complejo y de riesgo elevado como las participaciones preferentes. Tampoco se acredita por la demandada que la actora estuviera familiarizada con productos financieros de similar complejidad. La información que consta en el documento manuscrito es manifiestamente insuficiente e inadecuada para permitir la comprensión del significado del producto. El hecho de que se diferencia de un depósito al uso no significa en absoluto que el cliente comprenda el producto con el alcance al que nos hemos referido. Ciertamente es que pone *“sin vencimiento”*, pero a continuación podemos leer *“que se puede disponer con unos días de antelación”*, lo que en modo alguno permite comprender los riesgos que conlleva la suscripción. El concepto de *“sin vencimiento”* puede no comprenderse con todo su alcance por una persona leiga en Derecho o en productos financieros, sobre todo si a continuación figura la mención a que nos hemos referido. Una cosa es que en el momento en el que se suscribe fuera fácil recuperar la inversión y otra que la naturaleza del producto lo permita, lo que no sucede. La cliente debió comprender que, si bien en ese momento se podía deshacer la inversión sin problemas, no se podía asegurar que eso siempre fuera a suceder así, pues esa posibilidad existiría siempre que hubiera compradores en un mercado secundario, pues de otro modo no podría deshacer la inversión. Y no se acredita que esta información se diera de modo comprensible; como tampoco respecto de la incertidumbre en la producción de rentabilidad, con la que evidentemente iba a estar relacionada en la práctica la facilidad para recuperar la inversión en caso de ser ésta la voluntad del cliente. Finalmente, y nos parece evidente, no puede considerarse acreditado que la información prestada fue suficiente por el hecho de que se suscriba un documento con una mera cláusula de estilo en el sentido de que ha recibido la información, sin aparecer el contenido de la misma; como tampoco por el hecho de que la Comisión Nacional del Mercado de Valores publicara las características y condiciones de las emisiones de participaciones preferentes.

De todo lo anterior debemos concluir, por las reglas sobre la carga de la prueba, que la actora cuando suscribió el producto al que se refiere la demanda no tuvo la información adecuada y suficiente por parte de la entidad bancaria para comprender su significación, características y posibles consecuencias para el mismo por parte de la entidad bancaria. No se acredita que fuera sometido al test MIFID sobre su perfil antes de suscribir la orden de preferentes y que se obtuviera un resultado positivo para esta clase de productos, y no constando que tuviera esa información de otro modo, tratándose de un instrumento financiero complejo y no

fácilmente comprensible para una persona sin conocimientos financieros, llegamos a la convicción de que cuando lo suscribió lo hizo desconociendo elementos esenciales del producto, sin prestar, por tanto, un consentimiento válido, al estar viciado por error. Dicho error es excusable para la actora e imputable a las deficiencias en la información prestada por la entidad bancaria. Por todo ello, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1265 y 1266 del Código Civil, el contrato es anulable, con nulidad relativa o anulabilidad y, por tanto, de eficacia claudicante; procediendo a declarar la nulidad ante la acción ejercitada por la parte actora.

TERCERO.- En cuanto al impedimento de la imposibilidad de ejercitar la acción estando cancelados los contratos a que se refiere el hecho tercero de la contestación con cita de resoluciones de la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia, es de resaltar que este Tribunal ha matizado el criterio que venía sosteniendo, indicando la sentencia de 29 de octubre de 2013 que "el efecto, cabe recordar, como indicábamos, entre otras, en sentencias de 21 de Enero de 2013 y 5 de Marzo de 2013 (apelación 898/12), con remisión a la sentencia de esta Sala de 9/7/12, dictada en rollo 248/12, que se *"ha venido a matizar la doctrina anterior de esta propia Sala, si bien, en general, en supuestos de finalización de efectos del contrato (por ejemplo, en caso de renovación, renegociación del contrato por otros posteriores) en que se afirmaba, como expresa la propia sentencia objeto de recurso, la inviabilidad de examinar el error como vicio del consentimiento por razón, estrictamente, de la finalización de efectos del contrato. Decimos ello sin perjuicio, obviamente, de la valoración que el propio hecho de la "finalización" del plazo contractualmente previsto, la ausencia de reclamación merezcan la consideración de actos propios o de ratificación contractual en relación con la pretensión de anulabilidad del contrato por error en el consentimiento, lo que, evidentemente, habrá de ser valorado con la cuestión de fondo..."*, para continuar señalando que *"tal doctrina jurisprudencial ha de entenderse en el sentido, no que la acción nazca a partir del momento de la consumación del contrato, sino que la misma podrá ejercitarse hasta que no transcurra el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato que establece el artículo 1301 del Código Civil."* En aplicación de esta tesis, no habiendo transcurrido el plazo de 4 años desde la consumación de los contratos, no existe impedimento legal para que entremos en el análisis de la concurrencia de error vicio del consentimiento por el hecho de que el contrato se haya cancelado por el canje por acciones.

Y entrando en esta última cuestión, tampoco existe, a nuestro juicio, impedimento para entrar en el fondo del asunto por consecuencia de dicho canje, que sólo podrá enervar la acción de nulidad si se considera que el contrato inicialmente inválido, con eficacia claudicante, ha sido confirmado por concurrir los requisitos del artículo 1311 del Código Civil. Para que esto hubiera sucedido así, se requeriría la acreditación de que por parte de la actora, con conocimiento del error en el que incidió al suscribir las participaciones preferentes, concurrió una intención de purificar o dotar de eficacia definitiva a unos actos que la tenían claudicante, con auténtica libertad para hacerlo, lo que exigiría que tuviera una alternativa en sentido contrario. Podemos preguntarnos si la Sra. [REDACTED] tuvo la opción de recuperar la inversión en lugar de canjear las participaciones preferentes por acciones. Ni se

alega, ni menos se prueba. Porque si el canje fue la única posibilidad que se le ofreció de no perder la inversión a riesgo de quedarse con un producto que no le iba a producir rentabilidad ni podía colocar en el mercado a precio razonable, nos parece evidente que dicho canje no pudo tener la virtualidad de confirmar el contrato viciado por error. Aquí la prueba también recae sobre la entidad demandada, y no vemos que haya acreditado que ofreció otras posibilidades alternativas al canje y mínimamente atractivas para recuperar en buena medida la inversión, de manera que la opción del canje pudiera tener la significación de confirmar los contratos iniciales. Por todo ello, se desestima el motivo de oposición.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.303 del Código Civil, *“declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes”*, lo que conlleva que la actora recupere el dinero invertido, por importe de 4.200 euros, con devolución de las participaciones o de las acciones por las que las hubiera canjeado. Se ha alegado que el hecho de que ya no disponga de las participaciones preferentes como consecuencia del canje impide la viabilidad de las acciones ejercitadas. Creemos que en el caso que nos ocupa no es así, puesto que la restitución de prestaciones lleva en este caso a que la actora devuelva las acciones por las que canjeó las participaciones preferentes, teniendo en cuenta que el canje lo hizo precisamente con la demandada y por acciones de ésta. Cuestión distinta sería si las participaciones fueran tituladas por un tercero sin relación con la demandada, con lo que no podría ésta obtener la restitución que incumbe a una de las partes contratantes, por efecto de la recíproca restitución a la que obliga la nulidad, ex art. 1303 del Código Civil. Pero en este caso no se plantea problema si las acciones que ahora titula la actora, precisamente emitidas por la demandada, fueron recibidas a cambio de las participaciones preferentes, tras firmar una oferta de recompra y suscripción precisamente con Bankia.

Como solicita la actora, la cantidad a recibir, más los intereses legales desde la fecha de demanda, habrá de compensarse con las cantidades percibidas en concepto de intereses, a determinar en ejecución de sentencia.

QUINTO.- Estimándose la demanda, procede imponer a la parte demandada las costas procesales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre de S.M. El Rey y por la autoridad conferida por el Pueblo Español

FALLO

Que, estimando la demanda interpuesta en nombre de D^a ~~XXXXXX~~ C~~XXXXXX~~
Z~~XXXXXX~~ contra BANKIA S.A., declaro la nulidad del contrato de suscripción de participaciones preferentes celebrado con la demandada y condeno a BANKIA S.A.

A pagar a la actora la cantidad de 4.200 euros más el interés legal desde la fecha de demanda, que deberá compensarse con las cantidades percibidas por la actora en concepto de intereses; con expresa imposición de costas a la parte demandada.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de VALENCIA (artículo 455 LECn).

El recurso se interpondrá ante el tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de aquélla. En la interposición del recurso el apelante deberá exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna (art 458 LECn).

Asimismo no se admitirá si al interponerlo la parte no acredita haber consignado en la entidad BANESTO y en la "Cuenta de Depósitos y Consignaciones" nº 00301846420005001274 4444 0000 02 196812 abierta a nombre de este Juzgado, con referencia al presente procedimiento la cantidad de **CINCUENTA (50) EUROS** en concepto de **DEPÓSITO PARA RECURRIR**, conforme a la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial (introducida por la L.O. 1/2009, de 3 de noviembre).

Tampoco se dará curso a la apelación (fuera de las exenciones previstas en el artículo 4 de la la Ley 10/2012 de 20 de noviembre) si no se presenta **modelo de tasa 696 diligenciado telemáticamente conforme a lo prevenido en la Orden HAP 2662/12**, que aprueba el modelo de autoliquidación.

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