

JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 97 MADRID

C/ PRINCESA NUM 3 PLANTA 7
91.443.78.86
91.443.78.80

V2984

N.I.G.: 28079 30 1 2012 0192293

Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 1375 /2012

Sobre

De D/ña. :

Procurador/a Sr/a. MANUEL JOAQUIN BERMEJO GONZALEZ, MANUEL JOAQUIN BERMEJO GONZALEZ

Abogado/a Sr/a. SIN PROFESIONAL ASIGNADO, SIN PROFESIONAL ASIGNADO

Contra D/ña. CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE MADRID

Procurador/a Sr/a. FRANCISCO ABAJO ABRIL

Abogado/a Sr/a. SIN PROFESIONAL ASIGNADO

ILUSTRE COLEGIO PROCURADORES DE MADRID	
RECEPCIÓN	NOTIFICACIÓN
17 ABR 2013	18 ABR 2013
Artículo 151.2 L.E.C.J. 2000	

ES COPIA

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO NOVENTA Y SIETE
PROCEDIMIENTO ORDINARIO N° 1375/2012**

S E N T E N C I A N° 60/13

En Madrid a once de abril del dos mil trece.

EL SR. D. SAGRARIO ARROYO GARCÍA, MAGISTRADO-JUEZ DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO NOVENTA Y SIETE DE LOS DE MADRID, HA VISTO LAS PRESENTES ACTUACIONES DE JUICIO DECLARATIVO ORDINARIO. PROMOVIDOS POR D.

Y DA , REPRESENTADOS POR EL PROCURADOR D. MANUEL JOAQUÍN BERMEJO GONZÁLEZ, ASISTIDO DEL LETRADO D. MANUEL CHAMORRO PAVÓN, CONTRA BANKIA S.A, REPRESENTADA POR EL PROCURADOR D. FRANCISCO JOSÉ ABAJO ABRIL, ASISTIDO DE LA LETRADA DA. MARGARITA TRIGO BENITO, QUE TIENE POR OBJETO NULIDAD DE CONTRATO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Que por la meritada representación de los actores, se formuló demanda, que tras su oportuno reparto correspondió a este juzgado, y en la misma, tras los hechos y los fundamentos que estimaba aplicables, terminaba suplicando al juzgado se dictase sentencia por la que, con estimación íntegra de la demanda, se acuerde:

1.- Declarar la nulidad del contrato por vicio o error en el consentimiento , celebrado entre CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE MADRID Y D. Y DA

, de fecha 14 de enero de 2011, con todas las consecuencias inherentes a tal declaración, reintegrando a los actores la suma de 60.000 euros más los intereses legales desde la fecha de la primera reclamación a la entidad demandada.

2.- Se impongan las costas a la parte demandada.

SEGUNDO: Admitida a trámite la demanda, se acordó emplazar a la demandada para que contestara la demanda, lo que verificó en tiempo y forma, y tras los hechos y los fundamentos que estimaba aplicables, terminaba suplicando al juzgado se dictase sentencia por la que se desestimen las pretensiones de la demanda, con imposición de costas a la actora.

TERCERO: Que citadas las partes a la AUDIENCIA PREVIA prevenida en los artículos 414 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se llevó a efecto en el día y hora señalado, compareciendo debidamente la actora y la demandada, los Procuradores y los letrados; manifestando que el litigio subsiste y que no había posibilidad en que se lograra acuerdo entre las partes; resolviéndose sobre las excepciones procesales formuladas; por los abogados de las partes se efectuaron manifestaciones sobre los documentos aportados de contrario, a los efectos del artículo 427 LECivil, por los letrados de partes procedieron a exponer y fijar los hechos, reiterándose en sus escritos de alegaciones. Seguidamente se acuerda el recibimiento a prueba. Por la parte actora se propusieron las siguientes pruebas: Documental aportada con la demanda. Por la demandada se propuso las siguientes pruebas: la documental aportada con su contestación, la documental que se aporta en este acto y testifical de don Rafael Moya Hernández; y por SSª tras la declaración de pertinencia de las pruebas propuestas por ambas partes, se acuerda señalar la fecha para la celebración del juicio.

CUARTO: Que en el día y hora señalado se celebró el juicio a los efectos de los artículos 430 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, practicándose la testifical de don Rafael Moya Hernández; practicadas las pruebas por los letrados de las partes se formularon conclusiones a los efectos del artículo 433 Ley de Enjuiciamiento Civil, por el letrado de los actores se mantuvo en los pedimentos del suplico de la demanda, y por el letrado de la demandada se ratificó en los pedimentos del suplico de su contestación, y verificado por SSª se acordó dejar los autos para resolver.

QUINTO: Que en la tramitación de la presente litis, se han observado las prescripciones legales aplicables y demás de general y pertinente aplicación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Que en las presentes actuaciones hemos de partir de las pretensiones de las partes en sus respectivos escritos de alegaciones.

Por los actores en su demanda, se alega, en síntesis, los siguientes hechos:

1.- Mi representada doña [redacted], nacida el 26 de enero de 1958, su profesión ha sido la de vendedora en Galerías Preciados desde el año 1974 y desde 1989 se ha dedicado a las tareas del hogar, su formación académica finaliza en el bachiller elemental y jamás ha recibido ninguna formación ni noción sobre el funcionamiento de los mercados financieros; por su parte, don [redacted], nacido el 1 de febrero del 1958, su profesión es la de comercial en una editorial y su formación académica abarca hasta la Formación Profesional de segundo grado, sin conocimientos sobre el funcionamiento de los mercados financieros. La actividad financiera, en ambos casos, se reducía a la apertura de cuentas corrientes o depósitos con un plazo fijo. En junio del 2010 al vencimiento de uno de sus ahorros en plazo fijo, le llaman de su sucursal en Caja Madrid para ofrecerles la posibilidad de hacer un seguro de vida, lo que se conoce como unitlink. Tras esta operación y pasados 6 meses, al vencer otro depósito por importe de 60.000 euros, les vuelven a llamar desde la sucursal nº 2475 y dado que son "clientes especiales" les ofrecen un producto con una rentabilidad del 7%, explicándoles que no existía ningún tipo de riesgo ya que se trata de un producto seguro y únicamente para buenos clientes, con liquidez inmediata. Se aporta como documento 4 los productos contratados por don Juan José García Yañez con Caja Madrid desde el año 2006.

2.- Con fecha 14 de enero del 2011, convencidos de que el producto que iban a contratar no suponía ningún riesgo, suscriben "Participaciones Preferentes Caja Madrid 2009" por un importe de 60.000 euros, y el comercial correspondiente, les indica que hay que rellenar un formulario, "un papeleo", que a la postre resultó ser el llamado test de conveniencia, con preguntas y respuestas prefijadas, imprimiéndose en ordenador para su firma, que sólo realiza don Juan García, sin que conste la aceptación por doña Pilar. Se aporta como documento 5 test de conveniencia y contrato de participaciones preferentes. En el momento de la firma no se le entregó ningún documento.

3.- Pese a la información recibida, las "participaciones preferentes" son un instrumento de alto riesgo, y sin haber efectuado una labor de asesoramiento la entidad concluye que mi representado es apto, basándose en un test que en ningún caso determina el perfil de mis representados.

4.- No se efectuó el test de idoneidad que es el que hubiera determinado el perfil inversor, el problema reside en que éste solo es exigible cuando existe un contrato que implique un asesoramiento financiero o gestión discrecional de carteras, teniendo como consecuencia que en el caso de que la entidad no disponga de información que permita determinar su idoneidad, no podrá ofrecer sus servicios y productos. En el presente supuesto no existe contrato de prestación de servicios, pero sí existe un documento en el que se hace

referencia a estos puntos, este documento no aparece firmado, pero sí aparece encabezado por uno de los titulares, y si el objetivo era informar, no pudo llevarse a cabo esta información, pues no aparece firma alguna y doña nunca fue a la sucursal. Se aporta como documento 7.

5.- Las participaciones preferentes constituyen un producto complejo de difícil seguimiento en su rentabilidad y que cotiza en un mercado secundario, lo que incrementa la obligación exigible al Banco sobre las vicisitudes que puedan rodear la inversión, entre ellos, los rumores sobre la solvencia del emisor. La CNMV ha indicado 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 contrato de adhesión, lo que implica un deber de acreditar la existencia de un conocimiento claro y plenamente consciente acerca de lo que se contrata, también en su fase precontractual. A mayor abundamiento cuando en el reverso de la supuesta prueba de actitud se reseña que no supone un asesoramiento personal sino una simple valoración.

6.- En los extractos remitidos se hace referencia a valores de renta fija (documento 8), pero se descubre que la valoración unitaria de las participaciones preferentes es muy inferior, de lo que se ha de derivar que se actuó con mala fe, y se indujo a error a mis representados. Cuando mis representados acuden a la entidad, ahora sí, les explican que se trata de un producto de alto riesgo, y sin plazo definido, la entidad paga una rentabilidad según sus resultados, e incluso puede no dar nada. Se han efectuado reclamaciones tanto a la demandada como a la CNMV.

7.- Las participaciones preferentes, respecto de su amortización, tienen el carácter de perpetuas, lo que implica sin vencimiento determinado, quedando la posibilidad de amortización o no, al criterio de la entidad demandada (en contra del artículo 1256 CCivil) lo que implica un abuso de derecho, ocultando dolosamente a los actores las consecuencias de sus actos y del contrato suscrito.

Por la parte demandada, en su contestación, se alegan, en síntesis, los siguientes hechos:

1.- Las participaciones preferentes adquiridas por los demandantes no eran un producto engañoso, ni negativo, sino que se trata de un producto que siempre ha existido, de gran auge en el momento en que se suscribieron, aunque ahora, por razones derivadas de la crisis económica, tienen un grado de comercialización menor. Se trata de productos de alta rentabilidad (un 7% frente a un 2%), no son líquidos al ser comercializados en el mercado secundario, catalogados por la CNMV como productos de renta fija, sin que existieran dudas sobre la solidez, rentabilidad y liquidez de la entidad emisora. Los actores tuvieron ocasión de comprobar tales circunstancias, al adquirir participaciones preferentes en

1999, y venderlas en 2002 sin problema u obstáculo alguno, tras obtener una relevante rentabilidad.

2.- El perfil inversor de los actores pone de manifiesto que no es la primera vez que adquieren participaciones preferentes, pues ya las adquirieron en el año 1999 por un importe de 30.000 euros, que les reportó un beneficio de 3.483,98 euros. A su vez, adquirieron productos financieros con clara vocación inversora de riesgo elevado, con adquisición de fondos de inversión, entre los que se encuentra uno que es de Renta Fija Mixta, con características y riesgos similares a las participaciones preferentes.

3.- Previa adquisición por la actora de las participaciones preferentes se les informó verbalmente, el demandante realizó un test de conveniencia, se le entregó Ficha del Producto o Tríptico-Resumen de Condiciones de Participaciones Preferentes Caja Madrid 2009, se le entregó al demandante, y firmó, una manifestación sobre los riesgos derivados de la contratación (documentos 18 a 20). En el momento de su adquisición se emitió la correspondiente orden de compra (documento 17). Caja Madrid (en la actualidad Bankia) no prestó al respecto un servicio de asesoramiento, sino un servicio de comercialización (documento 18 y 7 de la demanda), no realizó recomendación personalizada. Se cumplió la obligación de recabar de la actora la información necesaria sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de la inversión, actuando, en todo momento, de forma diligente y transparente frente a la actora (artículos 79 y 79 bis LMV). Emitió y registró el folleto informativo que fue aprobado y registrado ante la CNMV. De los hechos de la demanda no se deriva que los empleados de la entidad realizaran actuaciones tendentes a confundir al demandante respecto del producto que contrataba. La firma al pie del documento implica presumir el conocimiento y conformidad del firmante con la totalidad del contenido. La actora fue quien suscribió las órdenes de compra. Los documentos precontractuales y contractuales eran claros y comprensibles para el perfil de los demandantes. Con posterioridad recibieron extractos de su cuenta de valores y de su cuenta corriente, y anualmente recibieron documentación fiscal del producto contratado. No se produjeron circunstancias para alegar la existencia de un vicio en el consentimiento o dolo omisivo en la información facilitada.

4.- Recibieron una alta rentabilidad (7%), durante cinco trimestres consecutivos, por importe de 3.369,20 euros netos, sin que, al respecto, se haga referencia alguna en la demanda, y se ha de traer a colación la doctrina de los actos propios y el principio de buena fe a los efectos del artículo 7 Código Civil. La actora pudo haber vendido sus participaciones, siempre y cuando hubiera encontrado un comprador en el mercado dispuesto a adquirirlas. No podría preverse que el escenario cambiara radicalmente convirtiéndose en un producto que ya no genera rendimientos y cuya liquidez

es muy reducida; la pérdida de expectativas no es causa de nulidad, y de accederse a la misma ha de aplicarse el artículo 1303 Código Civil.

SEGUNDO: De conformidad a los planteamientos de las partes, que de manera sucinta hemos reseñado en el anterior fundamento, hemos de comenzar por establecer la naturaleza y regulación de las denominadas participaciones preferentes.

Las participaciones preferentes se encuentran reguladas a través de la disposición adicional segunda de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros, introducida en ésta por la Ley 19/2003, de 4 de julio, modificada por el art. 1.10 de la Ley 6/2011, de 11 de abril (BOE de 12 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, en función, especialmente, de determinar las condiciones para admitir como recursos propios de las entidades de crédito a los que denomina instrumentos de capital híbridos, entre los que se incluyen las participaciones preferentes.

La normativa ha sido parcialmente modificada por el Real Decreto-Ley 24/2.012, de 31 de agosto, de reestructuración y resolución de entidades de crédito (intervenidas) (BOE 31/08/2.012).

De conformidad artículo 7.1 Ley 13/1985: "A los efectos del presente Título, los recursos propios de las entidades de crédito y de los grupos consolidables de entidades de crédito comprenden: ...Las participaciones preferentes."

Lo que se desarrolla en la ya indicada Disposición Adicional 2ª de la misma Ley, al establecer los requisitos para la computabilidad de las participaciones preferentes como recursos propios y régimen fiscal aplicable a las mismas así como a determinados instrumentos de deuda.

Si nos centramos en los requisitos, obviando el régimen fiscal, podemos sintetizarlos en los siguientes:

a) Ser emitidas por una entidad de crédito española o por una sociedad anónima residente en España o en un territorio de la Unión Europea, que no tenga la condición de paraíso fiscal, y cuyos derechos de voto correspondan en su totalidad directa o indirectamente a una entidad de crédito española y cuya actividad u objeto exclusivos sea la emisión de participaciones preferentes.

b) En los supuestos de emisiones realizadas por una sociedad filial del apartado anterior, 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 los apartados siguientes.

c) Las condiciones de la emisión fijarán la remuneración que tendrán derecho a percibir los tenedores de las participaciones preferentes, si bien:

-El consejo de administración, u órgano equivalente, de la entidad de crédito emisora o matriz podrá cancelar, discrecionalmente, cuando lo considere necesario, el pago de la remuneración durante un período ilimitado, sin efecto acumulativo.

- Se deberá cancelar dicho pago si la entidad de crédito emisora o matriz, o su grupo o subgrupo consolidable, no cumplen con los requerimientos de recursos propios establecidos en el apartado 1 del artículo sexto.

En todo caso, el pago de esta remuneración estará condicionado a la existencia de beneficios o reservas distribuibles en la entidad de crédito emisora o dominante.

El Banco de España podrá exigir la cancelación del pago de la remuneración basándose en la situación financiera y de solvencia de la entidad de crédito emisora o matriz, o en la de su grupo o subgrupo consolidable.

La cancelación del pago de la remuneración acordada por el emisor o exigida por el Banco de España no se considerarán obligaciones a los efectos de determinar el estado de insolvencia del deudor o de sobreseimiento en el pago de sus obligaciones, de acuerdo con lo previsto en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

No obstante, el pago de la remuneración podrá ser sustituido, si así lo establecen las condiciones de la emisión, y con las limitaciones que se establezcan reglamentariamente, por la entrega de acciones ordinarias, cuotas participativas o aportaciones al capital de las cooperativas de crédito, de la entidad de crédito emisora o matriz.

d) No otorgar a sus titulares derechos políticos, salvo en los supuestos excepcionales que se establezcan en las respectivas condiciones de emisión.

e) No otorgar derechos de suscripción preferente respecto de futuras nuevas emisiones.

f) Tener carácter perpetuo, aunque el emisor podrá 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. A estos efectos, el Banco de España podrá condicionar su autorización a que la entidad sustituya las participaciones preferentes amortizadas por elementos de capital computables de igual o superior calidad.

g) Cotizar en mercados secundarios organizados.

h) En los supuestos de liquidación o disolución, u otros que den lugar a la aplicación de las prioridades contempladas en el Código de Comercio, 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 de acuerdo con la letra c)

anterior, y se situarán, a efectos del orden de prelación de créditos, 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.

i) En los supuestos en los que la entidad emisora o matriz, o su grupo o subgrupo consolidable, presente pérdidas contables significativas o una caída relevante en las ratios indicadoras del cumplimiento de los requerimientos de recursos propios, las condiciones de emisión de las participaciones preferentes deberán establecer un mecanismo que asegure la participación de sus tenedores en la absorción de las pérdidas corrientes o futuras, y que no menoscabe eventuales procesos de recapitalización, ya sea mediante la conversión de las participaciones en acciones ordinarias, cuotas participativas o aportaciones al capital de las cooperativas de crédito, de la entidad de crédito emisora o matriz, ya mediante la reducción de su valor nominal. Reglamentariamente se precisarán los supuestos desencadenantes de tales mecanismos y las condiciones específicas de los mismos.

j) En el momento de realizar una emisión, el importe nominal en circulación no podrá ser superior al 30 por ciento de los recursos propios básicos del grupo o subgrupo consolidable al que pertenece la entidad dominante de la filial emisora, incluido el importe de la propia emisión, sin perjuicio de las limitaciones adicionales que puedan establecerse a efectos de solvencia. Si dicho porcentaje se sobrepasara una vez realizada la emisión, la entidad de crédito deberá presentar ante el Banco de España para su autorización un plan para retornar al cumplimiento de dicho porcentaje. El Banco de España podrá modificar el indicado porcentaje, si bien no podrá ser nunca mayor del 35 por ciento.

No incluimos los apartados k y l, pues los mismos han sido introducidos por la disposición final primera de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito («B.O.E.» 15 noviembre).

TERCERO: De la regulación legal aplicable a las participaciones preferentes, y de conformidad a la doctrina, hemos de derivar las notas características de las mismas:

1.- Rentabilidad

La rentabilidad de la participación preferente está condicionada legalmente a los resultados económicos de la entidad de crédito emisora conforme a lo previsto en la disposición adicional 2ª de la Ley 13/1985, de 25 de mayo al establecer que las condiciones de la emisión fijarán la remuneración que tendrán derecho a percibir los tenedores de las participaciones preferentes, si bien:

a) El consejo de administración, u órgano equivalente, de la entidad de crédito emisora o matriz podrá cancelar, discrecionalmente, cuando lo considere necesario, el pago de

la remuneración durante un período ilimitado, sin efecto acumulativo.

b) Se deberá cancelar dicho pago si la entidad de crédito emisora o matriz, o su grupo o subgrupo consolidable, no cumplen con los requerimientos de recursos propios establecidos en el apartado 1 del artículo 6.

En todo caso, el pago de esta remuneración estará condicionado a la existencia de beneficios o reservas distribuibles en la entidad de crédito emisora o dominante. El Banco de España podrá exigir la cancelación del pago de la remuneración basándose en la situación financiera y de solvencia de la entidad de crédito emisora o matriz, o en la de su grupo o subgrupo consolidable. La cancelación del pago de la remuneración acordada por el emisor o exigida por el Banco de España no se considerarán obligaciones a los efectos de determinar el estado de insolvencia del deudor o de sobreseimiento en el pago de sus obligaciones, de acuerdo con lo previsto en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. No obstante, el pago de la remuneración podrá ser sustituido, si así lo establecen las condiciones de la emisión, y con las limitaciones que se establezcan reglamentariamente, por la entrega de acciones ordinarias, cuotas participativas o aportaciones al capital de las cooperativas de crédito, de la entidad de crédito emisora o matriz.

En consecuencia, la participación preferente goza de un especial régimen o sistema de rentabilidad, por lo que viene condiciona legalmente a los resultados económicos de la entidad de crédito emisora o de los del grupo en el que ésta se integre y, que tras la reforma de la Disposición Adicional 2ª de la Ley 13/1985, en la Ley 6/2011, puede además depender de la decisión del órgano de administración de ésta.

La participación preferente tampoco confiere derecho de participación en las ganancias repartibles del emisor ni participa de la revalorización del patrimonio de éste, aunque sí participa en sus pérdidas, por lo que puede darse la paradoja de que el inversor en participaciones preferentes, habiendo asumido un riesgo equiparable al de los accionistas de la entidad de crédito emisora, tenga menor derecho de participación en el beneficio repartido a éstos, ya que lo más habitual es que el rendimiento reportado por la participación preferente consista en la modalidad de "interés" fijo pero devengable bajo las condiciones expuestas. Con base a la reforma producida con la Ley 6/2011, como ya hemos señalado, podría también producirse la situación de que los accionistas de la entidad de crédito emisora tuvieran derecho al pago de dividendo mientras que los titulares de participaciones preferentes no recibieran su rendimiento o interés en función de una decisión del órgano de administración.

2.- Vencimiento

La participación preferente no atribuye derecho a la restitución de su valor nominal. Es un valor potencialmente perpetuo o sin vencimiento ya que la DA 2ª de la Ley 13/1985,

de 25 de mayo (número 1) establece, de forma imperativa, que "los recursos obtenidos deberán estar invertidos en su totalidad,..., 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" y a su vez "Tener carácter perpetuo, aunque el emisor podrá 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. A estos efectos, el Banco de España podrá condicionar su autorización a que la entidad sustituya las participaciones preferentes amortizadas por elementos de capital computables de igual o superior calidad".

En consecuencia, y diferencia de otras posiciones jurídicas (como las de depositante de dinero o de obligacionista ordinario), la participación preferente no atribuye derecho de crédito contra la entidad de crédito emisora por el que su titular quede facultado para exigir a ésta la restitución del valor nominal invertido en ella bajo determinadas circunstancias de tiempo o vencimiento.

3.- Liquidez

La liquidez de la participación preferente sólo puede producirse mediante su venta en el mercado secundario de valores en el que ésta cotice. Este hecho -que el medio exclusivo de recuperación del nominal de la participación preferente sea su venta en un mercado secundario de valores- determina que el dinero invertido en ella deviene prácticamente irrecuperable ante los hechos que, legalmente, determinan la desactivación de su sistema de rentabilidad, es decir, que el pago de la misma acarree que la entidad de crédito dejase de cumplir sus obligaciones en materia de recursos propios o porque no haya obtenido beneficios ni disponga de reservas repartibles; o tras la Ley 6/2011, porque así lo decida el órgano de administración de la entidad de crédito.

Asimismo, la desactivación del sistema de rentabilidad de la participación preferente y el consiguiente impago de la misma es signo de crisis de la entidad de crédito «deudora» cuyo efecto correlativo en los "per se" miedosos mercados de valores, es la desaparición de la liquidez de la inversión y la pérdida de su seguridad o posibilidad real de recuperar el dinero invertido. En otros términos: el único incentivo del mercado secundario de participaciones preferentes consiste en el pago regular de sus intereses o sistema de rentabilidad; por tanto, su desactivación elimina la rentabilidad y la liquidez de la inversión así como su seguridad. La participación preferente deja de ser un valor para convertirse en instrumento de inversión de máximo riesgo carente de liquidez, rentabilidad y seguridad.

Por ello, la calificación legal de la participación preferente como instrumento de deuda es incorrecta y también engañosa, aspecto no exento de relevancia ante su colocación entre clientes minoristas ex artículo 78 bis LMV.

4.- Seguridad

El nivel de seguridad en la recuperación de la inversión que ofrece la participación preferente es equiparable al que deparan las acciones. Al igual que sucede con éstas, el único supuesto en el que podría nacer un derecho al pago del valor nominal de la participación preferente sería el de la liquidación de la entidad de crédito emisora (y también de la sociedad dominante de ésta). Pero se establece que el orden de prelación del crédito que en tal caso la participación preferente llegase a atribuir se sitúa legalmente detrás de todos los acreedores, subordinados o no, de la entidad de crédito emisora o de la entidad dominante del grupo o subgrupo consolidable de entidades de crédito en la que ésta se integre. Esto significa que en caso de liquidación de la entidad de crédito emisora (o de su sociedad dominante) la recuperación del dinero invertido en participaciones preferentes exige el previo y completo pago de la totalidad de los créditos de los acreedores de ésta y, acaso, también de los del grupo en el que la misma se integra.

Ello conlleva que la participación preferente es un valor de riesgo equiparable a las acciones o, en su caso, al de las cuotas participativas de cajas de ahorros o de las aportaciones de los socios de las cooperativas de crédito. Por tanto, el riesgo que asume el inversor en participaciones preferentes es el mismo que el de los accionistas, pero con la siguiente particularidad no exenta de interés, relativa a que los accionistas son titulares de derechos de control sobre el riesgo que soportan, derechos de los que carece el inversor en participaciones preferentes, ya que a éste no se le reconoce derecho alguno de participación en los órganos sociales de la entidad de crédito emisora. Conviene también observar que los accionistas participan de forma directa en la revalorización del patrimonio social del emisor en proporción al valor nominal de sus acciones; en cambio, ante tal eventualidad favorable, el valor nominal de la participación preferente permanece inalterable mientras que, por el contrario, sí cabe su reducción en caso de pérdidas del emisor.

En definitiva, el nivel de riesgo de la inversión en participaciones preferentes es mayor que el deparado por las acciones ordinarias como arquetipo del valor de riesgo. Mayor porque, a diferencia de las acciones ordinarias, la participación preferente es un valor de capital cautivo al estar legalmente desprovisto de cualquier derecho de participación en los órganos sociales de la entidad emisora que permitiese a su titular participar en el control del riesgo asumido; también carece ex lege de derecho de suscripción preferente respecto de futuras emisiones tanto de acciones como de nuevas participaciones preferentes, por lo

que no genera rendimientos en forma de venta de derechos de suscripción.

De estas notas se de ha de derivar que se trata de un producto complejo, que requiere conocimientos técnicos más allá de los que pueda tener un inversor minorista, y una detallada información, como se desarrollará más adelante. Lo que ha tenido su reflejo en diversas resoluciones de las Audiencias Provinciales, así SAP Illes Balears, Sección 3.ª, de 16 de febrero de 2012 "cabe tener en cuenta que las participaciones preferentes constituyen un producto complejo de difícil seguimiento de su rentabilidad y 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, entre ellos, los rumores sobre la solvencia del emisor. 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...», Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3ª, Sentencia de 26 Octubre 2012, recurso 423/2012 "La Comisión Nacional de Valores ha calificado a las participaciones preferentes como unos 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. Dicho producto no cotiza en Bolsa negociándose en un mercado organizado, siendo su liquidez limitada, por lo que no es fácil deshacer la inversión. Se trata, por tanto, como se indica en la sentencia recurrida, de un producto complejo, confuso y de difícil comprensión, que exige de la entidad bancaria una completa y detallada información".

CUARTO: Conforme al régimen legal aplicable y características de las participaciones preferentes, hemos de derivar que nos encontramos ante un contrato complejo, y por ende, el deber de información del Banco con relación al cliente ha de reforzarse.

A este respecto, el artículo 79 bis 8.a) LMV 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 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 aquellos 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.

La participación preferente es 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. La consecuencia jurídica de ello es la prevista por el propio artículo 79 bis LMV, especialmente en sus apartados 6 y 7, aplicable ante actos de asesoramiento o de prestación de otros servicios sobre ellas a favor de clientes minoristas. La empresa de servicios de inversión —entre las que se incluyen las entidades de crédito— que asesore, coloque, comercialice o preste cualquier clase de servicio de inversión sobre tales valores complejos debe cumplir las siguientes obligaciones:

- a) Obligación de obtener 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 poder recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan.
- b) Deber de abstenerse de recomendar servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente minorista cuando la entidad no obtenga la referida información.
- c) Deber de solicitar al cliente minorista 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.
- d) Obligación de advertir al cliente que el instrumento financiero no es adecuado para él si, sobre la base de esa información, la entidad así lo considera.

e) En caso de que el cliente no proporcione la información requerida o ésta sea insuficiente, la entidad tiene el deber de advertirle de que ello le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él.

Se plantea la cuestión referida a los efectos del incumplimiento de las obligaciones derivadas de la legislación del mercado de valores, al entenderse que al encontrarnos ante una norma administrativa y no jurídico privada no conlleva la nulidad del contrato, aunque no es esta la actual jurisprudencia, puesto que también puede dar lugar a la nulidad, pues como se deriva de la STS 7 de octubre del 2011 la infracción directa de una norma administrativa, siendo norma imperativa o prohibitiva, acarrea la sanción de nulidad que contempla el artículo 6.3 del Código civil.

En todo caso, como señala la SAP Madrid Sección 13ª del 14 de febrero del 2012 recurso 527/2011 "Es cierto que el incumplimiento de esta normativa administrativa no produce por sí mismo y sin más la nulidad del contrato financiero concertado, pero sí tiene sustancial trascendencia para determinar si el cliente, en función de su preparación financiera, nivel de formación y experiencia, era plenamente consciente de las obligaciones y riesgos que asumía y, en definitiva, si pudo o no incurrir en un error grave y esencial sobre lo que contrataba y sobre sus condiciones, en otros términos, si el consentimiento prestado estaba o no suficientemente formado" o SAP Salamanca Sección 1ª del 2 de marzo del 2012 indicando que la aplicación de las "normativas del mercado de valores será sujeta a una inacabada polémica sobre su naturaleza administrativa o jurídica privada (integrando o no, por tanto, el contenido del contrato suscrito por las partes), pero que, en todo caso, no puede ser ignorada en cuanto puede y debe integrarse como supuesto de hecho de la norma privada aplicable".

Por último, hemos de tener en cuenta que las obligaciones de información se acrecientan cuando en la posición de adquirente de productos de inversión se encuentra un particular o un pequeño inversor con escasos conocimientos económico-financieros, respecto de los que la Ley 1/2007 de Consumidores y Usuarios pretende reforzar al máximo su protección, señalando específicos deberes de información de los empresarios para con los consumidores tanto en fase contractual como precontractual (así artículos 8 y 60 entre otros); máxime respecto de contratos de adhesión, como el que nos ocupa, en el que el consumidor contratante simplemente estampa su firma en un documento, sometiéndose a un clausulado unilateralmente creado por la entidad demandada, que en muchos casos le resulta difícil de comprender en atención a su formación.

QUINTO: En cuanto a la nulidad por error en el consentimiento, en primer lugar, hemos de hacer unas breves precisiones, con

relación a la nulidad de los contratos, al respecto, Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 10 Abril 2001, recurso 335/1996 "Para decidir acerca de la cuestión que el motivo suscita ha de tenerse en cuenta, ante todo, que en sede de ineficacia de los contratos resultan perfectamente diferenciables los conceptos de inexistencia o nulidad radical, de una parte, y de nulidad relativa o anulabilidad, de otra. En el primero se comprenden los supuestos en que o falta alguno de los elementos esenciales del contrato que enumera el artículo 1261 del Código Civil, o el mismo se ha celebrado vulnerando una norma imperativa o prohibitiva. El segundo se reserva para aquellos otros en que en la formación del consentimiento de los otorgantes ha concurrido cualquiera de los llamados vicios de la voluntad (error, violencia, intimidación o dolo). Sin embargo, el Código Civil carece de un tratamiento preciso de la ineficacia contractual, pues: a) Se echa en falta una regulación sistemática de la nulidad radical o absoluta, a la que por lo general la doctrina asimila la inexistencia. b) El vocablo «nulidad» que figura en la rúbrica del Capítulo IV, del Título II de su Libro Cuarto y en los artículos 1300, 1301 y 1302 ha de entenderse que se refiere únicamente a la nulidad relativa o anulabilidad, pues el primero de dichos preceptos parte de la base de que los contratos que pueden ser anulados a través del ejercicio de la acción que se regula en los otros dos, son aquellos «en que concurren los requisitos que expresa el artículo 1261». c) Los artículos 1305 y 1306, por su parte, aluden sin duda alguna a casos de nulidad de pleno derecho o absoluta. d) Finalmente, otros preceptos, como el 1307 y 1308 son de común aplicación a ambas especies de nulidad. Puede señalarse, como resumen de lo expuesto, que cuando el artículo 1302 establece rigurosas restricciones en cuanto al ejercicio de la acción de nulidad, se está refiriendo única y exclusivamente a aquellas pretensiones que se encaminen a obtener la anulación o declaración de nulidad relativa de los contratos en que se aprecie que han concurrido los vicios del consentimiento que enumera el artículo 1265".

Con relación al error, hemos de distinguir entre el error obstativo y el error como vicio de consentimiento, pues aquél sí produce la inexistencia (o nulidad radical o absoluta) del negocio jurídico, al respecto Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 10 Abril 2001, recurso 335/1996 "CUARTO. Ha de añadirse a lo dicho, que según ya tuvo ocasión de declarar esta Sala en Sentencia de 22 diciembre 1999, es preciso establecer una sustancial diferencia entre el error-vicio de la voluntad, regulado en el artículo 1266 del Código Civil, el cual provoca la anulabilidad de los contratos, que únicamente puede ser instada por los obligados principal o subsidiariamente en virtud de ellos --salvo que sean quienes han producido dicho error-- y el error obstativo, con el que se designa la falta de coincidencia inconsciente entre la voluntad correctamente formada y la declaración de la misma,

divergencia que excluye la voluntad interna y hace que el negocio sea inexistente por falta de uno de sus elementos esenciales". En cuanto al error como vicio del consentimiento a los efectos del artículo 1266 Código Civil, respecto del mismo se ha de exigir que sea esencial y a su vez no imputable a quien lo padece, en la interpretación reiterada por la jurisprudencia, así STS 23 de junio 2009, recurso 230/2005 "Debemos precisar que, para anular el contrato por error de uno de los contratantes, no exige expresamente el artículo 1.266 del Código Civil que aquel sea excusable, pero sí lo hace la jurisprudencia - sentencias de 7 de abril de 1.976, 21 de junio de 1.978, 7 de julio de 1.981, 4 de enero de 1.982, 12 de junio de 1.982, 15 de marzo de 1.984, 7 de noviembre de 1.986, 27 de enero de 1.988, 14 de febrero de 1.994, 6 de noviembre de 1.996, 30 de septiembre de 1.999, 12 de julio de 2.002, 24 de enero de 2.003, 12 de noviembre de 2.004 , entre otras muchas - al examinar el vicio no sólo en el plano de la voluntad, sino también en el de la responsabilidad y la buena fe - en su manifestación objetiva - y al tomar en consideración la conducta de quien lo sufre. Por ello, se niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto producida, se concede dicho amparo a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida", y STS 22 de mayo de 2006, recurso 3355/1999 "Se sitúa por tanto la discrepancia de la parte recurrente con la sentencia impugnada en el ámbito de la interpretación de los artículos 1.265 y 1.266 del Código Civil, ya que el primero considera nulo el consentimiento prestado por error y el segundo exige para que el error invalide el consentimiento que recaiga sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo. Es cierto que dichos artículos no declaran la inexcusabilidad del error como requisito para que produzca efectos invalidantes. Como ya señaló la sentencia de esta Sala de 4 de enero de 1982, con cita de las de 14 junio 1943, 11 marzo 1964, 8 junio 1968 y 7 abril 1976, se trata de un elemento que la jurisprudencia exige pese al silencio del Código Civil y que está presente en el campo del derecho foral (Ley 19, párrafo 2º, del Fuero Nuevo de Navarra), en virtud del cual se niega al error la eficacia invalidante del contrato cuando pudo ser salvado empleando una diligencia media o regular, para lo cual habrá que atender a las circunstancias de toda índole e incluso a las personales (análogamente a como lo hace el artículo 1.484, in fine, del Código Civil para los defectos de la cosa vendida), valorando las respectivas conductas según el principio de la buena fe (artículo 1.258), pues si el adquirente tiene el deber de informarse, el mismo principio de responsabilidad negocial le impone al enajenante el deber de informar. Como la misma sentencia se encarga de advertir, las particularidades del

caso en orden a la excusabilidad del error han de ponderarse « desde el ángulo de la "bona fides" y del principio de confianza, a los que habrá de darse la relevancia que merecen en el tráfico jurídico», teniendo en cuenta siempre que la necesidad de excusabilidad del error -supuesta la existencia del mismo- tiene como finalidad primordial la protección del lógico y lícito interés negocial de la otra parte. A tal respecto la sentencia de esta Sala de 12 de noviembre de 2004 que recoge textualmente la doctrina sentada, entre otras, por la de 12 de julio de 2002, señala que el error «será determinante de la invalidación del contrato únicamente si reúne dos fundamentales requisitos: a) ser esencial porque la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen, y precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio atendida la finalidad de éste; y b) que no sea imputable a quien lo padece y no haya podido ser evitado mediante el empleo, por parte de quien lo ha sufrido, de una diligencia media o regular teniendo en cuenta la condición de las personas, pues de acuerdo con los postulados de la buena fe el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por la declaración», como ya señalaban las sentencias de 18 de febrero y 3 de marzo de 1994".

De igual modo, como señala la STS de 30 de diciembre de 2009 también es posible apreciar la concurrencia de error como vicio de consentimiento "en relación con una actuación omisiva de ocultación o falta de información a la otra parte de determinadas circunstancias que hubieran podido llevarle a no celebrar el contrato en caso de haberlas conocido".

En tercer lugar, nuestra jurisprudencia también sostiene que debe existir un nexo de causalidad entre el error sufrido y la finalidad perseguida por el contratante. Y, en este sentido, es habitual encontrar sentencias que condicionan el reconocimiento del error a "que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en negocio jurídico concertado", de esta manera SSTS 6-2-1998, 14-7-1995, 29-3-1994. Lo que, evidentemente, se sigue por nuestras Audiencias, así, a modo de ejemplo, la SAP Madrid (Sección 20ª) 20-9-2011, SAP Barcelona (Sección 13ª) 14-2-2012, entre otras.

Y, en fin, también es preciso que el error se haya producido o se proyecte en el momento en que se forma y emite la voluntad; es decir, en el momento de la celebración del contrato y no en épocas posteriores. Al respecto STS 12-11-2004 reconociendo que "no puede fundarse el error vicio del consentimiento contractual en el desconocimiento de un hecho acaecido con posterioridad a la prestación del consentimiento".

Otro aspecto conexo con el que estamos examinando es la carga de la prueba de esa deficiencia informativa que, en su caso, puede llegar a provocar el error en el cliente contratante. Y, al respecto, la carga de la prueba de la información

facilitada al cliente corresponde a "quien se ampara en la realidad de dicha información" (SAP Zaragoza (Sección 5ª) 19-3-2012), es decir, a la entidad demandada corresponde "acreditar que proporcionó a la (...cliente...) demandante la información necesaria, para que ésta pudiera prestar un consentimiento cabal e informado sobre el producto que iba a contratar" (SAP Gijón (Sección 7ª) 21-11-2011) .

Lo que, en definitiva, viene a unirse al dato de que la diligencia exigible "no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes" (SAP Gijón (Sección 7ª) 16-9-2011).

SEXTO: Establecidos en los anteriores fundamentos la regulación legal de las participaciones preferentes, sus características fundamentales, los deberes de la entidad demandada, al tratarse de productos complejos y la condición de clientes minoristas de los actores, así como la doctrina sobre el error como vicio del consentimiento, hemos de establecer si trasladados al supuesto de las presentes actuaciones procede o no estimar la anulabilidad de la orden de compra de participaciones preferentes "Caja Madrid 2009" de fecha 14 de enero del 2011 por un importe de 60.000 euros, con los efectos del artículo 1303 Código Civil, si bien se ha de tener en cuenta que no ha de darse una solución general, sino que, como señala la SAP Madrid Sección 18ª del 2 de marzo del 2012 recurso 129/2012, han de examinarse las circunstancias y efectos de la concreta contratación objeto de las presentes actuaciones.

En primer lugar, respecto al perfil de los actores, de las pruebas practicadas no podemos derivar que los mismos posean conocimientos financieros especiales, ni, en concreto, respecto a los mercados bursátiles, menos aún en cuanto a la complejidad de las participaciones preferentes objeto de las actuaciones, con las características enunciadas en los fundamentos de derecho segundo y tercero de la presente resolución; se ha de tener en cuenta que de conformidad al poder aportado con la demanda don [redacted] tiene la profesión de comercial y dona [redacted] la de ama de casa, de los documentos 2 y 3 de la demanda (cotizaciones Seguridad Social) nada se puede derivar, en todo caso, la demandada no ha propuesto prueba alguna para derivar que los conocimientos de los actores sean superiores a los que podríamos establecer como los ordinarios de un ciudadano medio, atendiendo a su edad (ambos nacidos en el año 1958).

A su vez, que los actores tengan conocimientos especiales, o que con base a las inversiones efectuadas con anterioridad, pudieran tener conocimiento de la complejidad de las participaciones preferentes suscritas el 14 de enero del 2011, no puede derivarse de los documentos aportados con la contestación.

En primer lugar, respecto de las participaciones preferentes suscritas el 9 de diciembre de 1999 por un importe

de 30.000 euros, a las que se refieren los documentos 8 a 11 de la contestación, no puede derivarse que los actores conocieran los riesgos de las mismas al suscribir las que son objeto de las presentes actuaciones (14-1-2011), pues se ha de tener en cuenta que se suscribieron 11 años después, y lo más importante (como se deriva del documento 8 de la contestación) las participaciones Caymadrid Preferentes se cancelaron en fecha 20-11-2002, y los actores percibieron la totalidad de la rentabilidad pactada (5.15%) en todos los trimestres hasta su cancelación (documento 11 de la contestación).

De estas pruebas, y el que por los actores hubieran invertido con anterioridad en participaciones preferentes, en contra de lo que se pretende por la demandada, no puede significar necesariamente que conociesen su naturaleza, su comportamiento en los mercados y sus riesgos, ni les convertía necesariamente en inversores expertos, sino, a lo sumo, en inversores confiados a la luz de los resultados positivos que les había proporcionado su inversión en productos similares. El hecho de que no hubiesen tenido contratiempo alguno con sus inversiones, no justifica que en este caso debieran proceder a su estudio. Más bien al contrario, esta falta de reveses habría generado una situación de confianza, que justificaría que no efectuasen más indagaciones sobre los productos adquiridos, cuando durante tres años siempre percibieron la rentabilidad establecida y procedieron a su cancelación sin ningún detrimento para su patrimonio. Al respecto hemos de traer a colación SAP Castellón Sección 3ª 26 de octubre del 2012 recurso 423/2012 "debe coincidir con los razonamientos de la sentencia recurrida en cuanto que el hecho de haber adquirido el hijo de la actora unas participaciones preferentes de la citada entidad no significa que necesariamente conociera la naturaleza de dicho producto, ni su comportamiento, ni el alto riesgo que ello representaba, dado el resultado satisfactorio de dicha operación anteriormente contratada, por lo que en el momento de adquirir las participaciones a la entidad demandada desconocía el riesgo real de dicha operación".

De igual modo, si examinamos las otras inversiones de los actores que se recogen en el documento 8 de la contestación, el "Fondo de Inversión. Caja Madrid. Monetario Dinámico" se suscribió el 13 de enero de 2003 y se canceló el 26 de febrero de 2006 por un importe de 60.102,00 euros; el "Fondo de Inversión Caja Madrid Europe Core I" se suscribió el 9 de diciembre de 2003 y se canceló el 28 de abril del 2010 por un importe de 122.665,94 euros; el "Fondo de Inversión B. Evolución VAR3" se suscribió el 29 de junio de 2006 y se canceló el 1 de noviembre del 2008 por un importe de 60.000 euros; "Depósito 2038" se suscribió el 31 de diciembre del 2009 por don Juan José García Yáñez y se canceló el 31 de diciembre del 2010 por importe de 60.000 euros; "Seguros Líderes Europeos III" se suscribió el 5 de mayo del 2010 por don Juan José García Yáñez (no cancelado) por un importe de

130.000 euros; y acciones Bankia suscritas el 19 de julio del 2011 por importe de 9.997,50 euros.

Por lo tanto, todos los fondos de inversión a los que se refiere el documento 8, con relación a los documentos 13 a 16 (todos ellos de la contestación), se encontraban cancelados a la fecha en que se suscribieron las participaciones preferentes objeto de las presentes actuaciones, sobre todo, respecto del Fondo de Inversión B. Evolución VAR3" suscrito el 29 de junio de 2006 (documento 16 de la contestación) y que fue cancelado el 1 de noviembre del 2008.

En todo caso, de los indicados documentos, lo que se ha de derivar es que los actores depositaron su confianza en Caja Madrid, en la sucursal nº 2475 (documentos 4 de la demanda y 8 de la contestación), suscribiendo diversos productos tanto de inversión como en cuentas y depósitos ordinarios con la indicada entidad de crédito, pues del historial del citado documento 8 de la contestación no puede derivarse otra conclusión, lo que se corrobora por la testifical de don Rafael Moya Hernández, que fue director de la sucursal, pues aunque reconoce que no comercializó, respecto de los actores, ni las participaciones preferentes ni otros productos de inversión, pero sí reconoce que eran clientes de la entidad desde hace mucho tiempo.

Entendemos que es importante destacar que con base al documento 8 de la contestación, la adquisición de las participaciones preferentes el 14 de enero de 2011, por los importes y las fechas, su adquisición deriva del "Depósito 2038" que se canceló el 31 de diciembre del 2010 por importe de 60.000 euros.

No consta, ni se ha intentado acreditar, que los actores tengan o hayan tenido otras inversiones con otras entidades de crédito.

Por todas estas consideraciones hemos de llegar a la conclusión de no poder derivar que, por el perfil inversor de los actores, ello implique que tuvieran conocimiento de la complejidad y características de las participaciones preferentes objeto de las presentes actuaciones, pues no puede implicar tal conocimiento el que las hubieran adquirido con anterioridad, por las consideraciones ya reseñadas, ni por haber efectuado otras inversiones, siempre a través de Caja Madrid, pues como señala la SAP Madrid Sección 10ª 26 de junio 2012 recurso 158/2012 "La circunstancia de que el actor hubiera adquirido, con anterioridad, otros productos bancarios e intervenido en diversas operaciones, como la compra de acciones en bolsa, así como el hecho que tenga una cierta formación, al ser graduado social, no supone que tenga un manejo y conocimiento suficiente del mercado bancario y financiero como para llegar a la conclusión de que estaba adquiriendo participaciones preferentes y el tipo de riesgo que ello conllevaba, teniendo en cuenta la oscuridad y confusión que genera el contrato aportado con la demanda,

oscuridad que por otra parte nunca puede favorecer a quien hubiese ocasionado la oscuridad” .

SÉPTIMO: Con los presupuestos establecidos en el anterior fundamento, hemos de examinar la información que la demandada dio a los actores en la adquisición de las participaciones preferentes.

En primer lugar, no se ha practicado prueba alguna en cuanto que por Caja Madrid (en la actualidad Bankia), a través de los empleados de la sucursal, se les diera a los actores información verbal sobre las características (su evidente complejidad) y riesgos que asumían, pues la testifical de don Rafael Moya Hernández, anterior director de la sucursal, nada nos aclara al respecto, al manifestar que, pese a conocerlos, por ser clientes de la sucursal desde hace mucho tiempo, no les comercializó las participaciones preferentes ni otros productos de inversión.

Se ha de tener en cuenta que la carga de la prueba, en cuanto a la información verbal, corresponde a la demandada, con base a lo establecido en el artículo 217.3 y 7 Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por lo tanto, la única información viene dada por los documentos 17 a 20 de la contestación, que también se han presentado con la demanda.

En cuanto al documento 17 se refiere a la orden de compra de valores, en el que se indica la fecha de recepción (14-1-2011) los títulos (600) su nominal (60.000 euros) cambio límite (102,0000%), descripción del valor (Particip. Preferentes Caja Madrid 2009), figurando como ordenantes-titulares tanto don Juan José García Yáñez como doña María Pilar Parages Aguilar, aunque sólo se suscribe por don Juan José, y se indica que los ordenantes han designado a don Juan José para realizar el test de conveniencia y “declaran que han recibido información sobre el instrumento financiero al que se refiere esta orden”.

Lo primero que se ha de destacar es la anomalía de no suscribirse por doña Pilar, cuando figura como titular y ordenante, y que se atribuya a la misma una designación, que como es obvio, no realizó, ni se ha aportado prueba alguna para derivar este extremo. Menos aún que doña Pilar hubiera recibido información alguna sobre las participaciones preferentes que iba a suscribir don Juan José.

En la misma fecha se suscribe el siguiente documento “Instrumento financiero/Servicio de inversión: P. PREFCAJA MADRID 09. D. _____, con DNI/NIF _____, o en su caso, el representante legal, debidamente acreditado, manifiesta que ha sido informado 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 su grupo. Y que si en un momento determinado no se pagara remuneración, ésta no se sumará a los cupones de los 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 delante de las acciones ordinarias" (documento 20 de la contestación).

En cuanto al test de conveniencia, suscrito en la misma fecha, en el mismo se contienen 4 preguntas relativas a "los conocimientos sobre la variedad de productos y funcionamiento de los mercados financieros" y figura una "X" en el apartado b) "Entiendo la terminología", sobre "la naturaleza y características operativas de los activos de renta fija" y figura una "X" en el apartado c) "Conozco los aspectos necesarios", sobre los conocimientos y entendimiento "de las variables que intervienen en la evolución del producto como son" "la naturaleza de las Deuda Perpetua o Participaciones Preferentes" "El comportamiento de la renta fija y las inversiones de bajo riesgo del entorno Euro" y figura una "X" en el apartado c) "Conozco el funcionamiento general de estas variables", y por último "Ha realizado inversiones en los dos últimos años en emisiones de renta fija" y figura una "X" en el apartado b) "Sí", por lo que se concluye que el resultado del test es "CONVENIENTE" al tener conocimientos y experiencia necesarios para comprender y, en consecuencia, contratar en este momento o en el futuro, las siguientes familias de productos: "Renta fija participaciones preferentes" y termina "La realización del presente test no supone asesoramiento personalizado al cliente, sino una evaluación de su experiencia y conocimientos, para valorar si son suficientes para comprender los riesgos del producto sobre el que el test se realiza" (documento 18).

Por último, se aporta "Resumen de la Emisión de Participaciones Preferentes Serie II Mayo 2009 Caja Madrid Finance Preferred, SA" (documento 19 de la contestación).

Del examen de estos documentos, lo que cabe destacar, en primer lugar, es que no existen dudas que los mismos constituyen un supuesto de contrato de adhesión por cuanto el cliente no ha intervenido en forma alguna en su redacción, pues han sido elaborados, de forma unilateral, por la entidad bancaria. Con conceptos estereotipados, que no son sino modelos genéricos y sin relación alguna con el cliente que suscribe las participaciones preferentes, máxime si tenemos en cuenta que, como hemos reseñado en el anterior fundamento, el nominal por el que se adquieren las participaciones preferentes deriva de un depósito, y de los documentos en los que se pretende fundamentar la información contractual, no se deriva que el cliente minorista entendiera las magnitudes económicas de la inversión, sobre todo cuando iba a convertirse en cofinanciador de la entidad de crédito de la que adquiere las participaciones preferentes,

siempre y cuando el nominal traspasado para su adquisición pasa a formar parte "ministerio legis" del patrimonio neto de quien las emite y, por tanto, sus titulares pasan a ser partícipes de su riesgo patrimonial.

Se ha de tener en cuenta que toda la información que se le facilita viene referida a la solvencia de la garante Caja Madrid en mayo del 2009, sin embargo las participaciones preferentes se suscriben en enero del 2011, sin que conste se le facilitase información alguna sobre la solvencia de la entidad en la fecha de suscripción, los riesgos del grupo, o cualquier otra variable económica de la que pudiera derivarse una información personalizada, se ha de tener en cuenta que la entidad de crédito, aunque se tratara de una mera comercializadora, al tratarse de un producto de inversión complejo, tiene los deberes que se derivan del artículo 79 bis LMV, en su apartado 7, tal y como hemos reseñado en el fundamento de derecho cuarto, aunque obviemos lo establecido en el apartado 6, al no haberse concertado contrato de asesoramiento.

Pues aunque se tratara de una mera comercialización, no podemos obviar los deberes de la entidad de velar por los intereses del cliente como si fueran propios de la entidad.

A tales efectos, traemos a colación SAP Córdoba Sección 1ª 30 enero 2013 recurso 303/2012 No podemos pasar por alto (según la referencia legal citada por la Audiencia Provincial de las Islas Baleares en la Sentencia referida), que el artículo 79 de la Ley de Mercado de Valores, en su redacción primitiva, establecía como regla cardinal del comportamiento de las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente, la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses del cliente como propios. El Real Decreto 629/1.993 (LA LEY 1838/1993), de tres de mayo, vigente cuando se produce la operación que nos ocupa, concretó, aún más, la diligencia y transparencia exigidas, desarrollando, en su anexo, un código de conducta presidida por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que aquí interesa, adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (artículo 4 del Anexo 1), como frente al cliente (artículo 5) proporcionándole toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquél de la decisión de inversión "haciendo hincapié en los riesgos que toda operación conlleva" (artículo 5.3).

De igual modo, SAP Valencia, Civil Sección 6 del 12 de Julio del 2012 Recurso: 160/2012 "Sin embargo ello tampoco implica que por no aplicarse el llamado "principio de asesoramiento" la parte demandada, entidad bancaria... no tuviera una serie de obligaciones en base a la buena fe que debe velar en la estipulación de los contratos. Así como establece entre otras la Sentencia dictada por la AP de Pontevedra sec. 6ª, S 25-4-2012, nº 324/2012, rec. 3001/2011 . Pte: Míguez Tabares,



Madrid

Eugenio Francisco cuando considero: "SEGUNDO.-Nos encontramos por lo tanto ante la necesidad de determinar si efectivamente, en base a los documentos reseñados, cabe considerar acreditado que Doña Angelina recibió de la entidad bancaria una información suficiente, comprensible y clara sobre el producto que iba a contratar y los posibles riesgos a asumir. La parte recurrente aduce, en relación con la interpretación que debe atribuirse a dichos documentos, la infracción del art. 1281 Cc al considerar que nos encontramos ante términos claros por lo que hay que estar a la literalidad de los mismos. No existe duda que los documentos citados constituyen un supuesto de contrato de adhesión por cuanto el cliente no ha intervenido en forma alguna en la redacción de dichos documentos los cuales han sido elaborados por la entidad bancaria; ello es así aun cuando, por ejemplo, se indique en el Anexo II "que he decidido proceder, tras mi propio análisis, a realizar dicha suscripción", pues en todo caso y más allá de la literalidad de dicha expresión debe resultar acreditado que ha existido un conocimiento claro y plena conciencia por parte del cliente acerca de lo que contrata . Esto supone que en la fase precontractual Doña Angelina debió recibir una información completa y precisa acerca de las características del producto y los riesgos que asumía. Sin embargo en el presente supuesto no consta que haya sido así, porque en modo alguno cabe deducir que Doña Angelina sea una inversora con conocimientos profundos de los mercados financieros, ni una persona experta en la materia; por el contrario ha resultado probado que se trata de una señora mayor que con anterioridad se había limitado a invertir en un fondo de inversión de renta fija garantizado. La actora debe ser calificada de cliente minorista en cuanto a su perfil inversor, ostentando además la condición de consumidora y, por tanto, siendo merecedora de la máxima protección. En este sentido cabe tener en cuenta que las participaciones preferentes constituyen un producto complejo de difícil seguimiento de su rentabilidad y 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, entre ellos, los rumores sobre la solvencia del emisor. 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...".



A su vez, no podemos obviar que los actores son consumidores y usuarios, a los efectos de LGDCU (RDLeg. 1/2007) y en su artículo 60 dispone "1. Antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo".

Si trasladamos este precepto al supuesto de las presentes actuaciones no puede derivarse que se cumpliera al suscribir las participaciones preferentes el 14-1-2011, y don Juan José tuviera "información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales", pues, se ha de reiterar, se trata de documentos unilaterales de la entidad del crédito, modelos para una generalidad de clientes, y el documento 20 de la contestación, que pudiera entenderse el más personalizado, no es precisamente inteligible para una persona sin conocimientos financieros.

Que se trata de un documento tipo se deriva de su propio encabezamiento "o en su caso, el representante legal, debidamente acreditado".

Se efectúa una manifestación genérica al señalarse: "ha sido informado se que el instrumento financiero referenciado presenta un riesgo elevado", pero esta manifestación genérica no es objeto de concreción, pues sólo se hace referencia "a la posibilidad de incurrir en pérdidas en el nominal invertido" y que no existe la garantía de negociación rápida y fluida en el mercado, se le informa "de que el pago de la remuneración está condicionado a la obtención de beneficios distribuibles por parte del emisor o su grupo" y puede no pagarse.

En el citado documento también se hace referencia al significado de "preferente" en sentido negativo, pues se señala "que no significa que sus titulares tengan la condición de acreedores privilegiados, pues en el orden de recuperación de créditos se sitúan únicamente por delante de las acciones ordinarias", pero esta explicación del término preferente no es suficiente, e incluso podría reputarse como engañosa, pues el nacimiento del derecho al pago del nominal de las participaciones preferentes exige una situación de supersolvencia de la entidad de crédito deudora tras su liquidación de la que resulte: (i) El pago de la totalidad de sus acreedores privilegiados y ordinarios; (ii) el pago de los créditos contra las sociedades que formen parte de su grupo o subgrupo consolidable; y (iii) que, tras ello, quede patrimonio remanente suficiente para atender el nominal representado por participaciones preferentes.

Sin que en este documento se explicita, de forma concreta y entendible, que el suscriptor de las mismas sólo participa en los avatares financieros adversos de la sociedad en la que se integra pero sin derecho de participación en su sistema de

organización interna ni en las ganancias sociales ni en la eventual revalorización del patrimonio social.

Por lo tanto, entendemos que esta información no puede calificarse "relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales", máxime si tenemos en cuenta las características de las participaciones preferentes tal y como hemos desarrollado en el fundamento de derecho tercero, y el deber de información de la entidad, dada su complejidad, por lo que tal deber no puede entenderse efectuado con la mera entrega de una serie de documentos-modelos con conceptos genéricos y estereotipados, difíciles de entender para clientes sin conocimientos especiales, máxime cuando también se puede derivar un conflicto de intereses entre el cliente y la entidad (Caja Madrid) que es la garante de las participaciones preferentes que se suscriben.

OCTAVO: De lo establecido en los anteriores fundamentos hemos de concluir que la falta de información en el momento de suscribir las participaciones preferentes el 14 de enero del 2011 conlleva que apreciemos la existencia de un error en el consentimiento, con los requisitos enunciados de tratarse de esencial, pues tiene su reflejo en las características esenciales del mismo, y a su vez, se ha de entender como excusable, es decir, que no pudo ser salvado por don Juan José empleando una diligencia media o regular, al respecto hemos de traer a colación lo establecido en anteriores fundamentos respecto al perfil inversor de los actores, la complejidad de las participaciones preferentes, los principios de buena fe (relación de confianza entre los actores con la entidad, documento 8 de la contestación), así como los deberes de la entidad Caja Madrid (en la actualidad Bankia) y la diligencia exigible a la misma, máxime cuando también puede apreciarse el error como vicio del consentimiento por una actuación omisiva de ocultación o falta de información a la otra parte de determinadas circunstancias que hubieran podido llevarle a no celebrar el contrato en caso de haberlas conocido, pues hemos de derivar que de haberse dado una información "relevante, veraz y suficiente" sobre la complejidad del producto no se hubieran suscrito las participaciones objeto de las presentes actuaciones.

No puede alegarse que no puede apreciarse el error en el consentimiento pues los actores, o don Juan José (en concreto pues es el único que las suscribe), no se encontraba incapacitado, al alegarse el artículo 199 Código Civil, al respecto, sólo cabe traer a colación la distinción que ya dejamos establecida en anteriores fundamentos, pues en las presentes actuaciones estamos resolviendo un supuesto de error como vicio del consentimiento (artículos 1265 y 1266 Código Civil, lo que es radicalmente distinto a la incapacidad del precepto alegado.

De igual modo, no puede ser de recibo que no pueda apreciarse el error por el hecho (acreditado) que el actor don Juan José



suscribió con su firma los documentos 17 a 20 de la contestación, las consideraciones de los fundamentos anteriores han de entenderse suficientes para desvirtuar esta alegación.

Por último, no pueden traerse a colación hechos posteriores a la suscripción de las participaciones preferentes, así el que se recibieran los correspondientes rendimientos durante cinco trimestres consecutivos, el que no se hubiera dado orden de venta, los actores recibieran información mensual sobre el valor de las mismas, así como la información fiscal referida al ejercicio 2011, pues como ha hemos reseñado para apreciar el error como vicio del consentimiento ha de estarse al momento de suscribir el contrato (participaciones preferentes), y no puede convalidarse por tales hechos posteriores.

Sin que los mismos puedan tener la consideración de actos propios. Tal alegación no puede ser de recibo, siempre y cuando el Tribunal Supremo al reconocer que si bien los actos propios prohíben que su autor vaya contra actos que definan claramente su posición o situación jurídica, o tiendan a crear, modificar o extinguir algún derecho, "también lo es que tiene como presupuesto que sean válidos y eficaces en Derecho por lo que no procede su alegación cuando están viciados por error, ya que aquel conocimiento viciado, es notoriamente incompatible con la exigida «intención manifiesta»" (STS 28-9-2009), y también en este sentido, STS 16-9-2004 rechazando expresamente que pueda predicarse la doctrina de los actos propios "en los supuestos en que hay error, ignorancia, conocimiento equivocado o mera tolerancia".

El que pueda apreciarse error en el consentimiento por defectos de información en el supuesto de suscripción de participaciones preferentes se ha acogido por las Audiencias Provinciales, así SAP Alicante Sección 4ª 27 de septiembre de 2012 recurso 383/2012 "CUARTO.- Las consideraciones anteriores, han de conducir a la desestimación del presente recurso. Las omisiones en la información ofrecida por la CAM sobre aspectos principales del contrato, unida a que la facilitada era en muchos aspectos equívoca, hubo de producir en los clientes un conocimiento equivocado sobre el verdadero riesgo que asumía, ante la posibilidad de perder la totalidad del capital invertido, incurriendo así en error sobre la esencia del contrato, de entidad suficiente como para invalidar el consentimiento de acuerdo con lo establecido en el Código Civil en su artículo 1265 cuando establece "será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo" y más tarde el artículo 1266 concreta "para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo". Y como ha quedado expuesto se plasma en la complejidad del producto financiero, la información, o más bien falta de información adecuada facilitada por la entidad demandada, a los deberes que a ésta



incumbían y a que los demandantes no tiene la condición de expertos financieros como pretende atribuirles, pese ha haber concertado otros productos del mercado, lo que no infiere en los contratantes unos conocimientos financieros relevantes en cuanto al contrato suscrito, para que resulte patente que su error debe calificarse de excusable a estos efectos".

NOVENO: De conformidad con lo establecido en los anteriores fundamentos, procede declarar la nulidad relativa (anulabilidad) por error vicio del consentimiento, respecto la orden de compra de 14 de enero del 2011 referida a "Participaciones preferentes Caja Madrid 2009" por 600 títulos y un nominal de 60.000 euros.

La anulabilidad que se acuerda conlleva los efectos del artículo 1303 Código Civil, así STS 15 de abril 2009, recurso 1365/2005 "y opera sin necesidad de petición expresa, por cuanto nace de la ley (sentencias de 10 de junio de 1952, 22 de noviembre de 1983, 24 de febrero de 1992, 6 de octubre de 1994, 9 de noviembre de 1999). Por consiguiente cuando el contrato hubiese sido ejecutado en todo o en parte procede la reposición de las cosas al estado que tenían al tiempo de la celebración (sentencias de 29 de octubre de 1956, 22 de septiembre de 19889, 28 de septiembre de 1996, 26 de julio de 2000), debiendo los implicados devolverse lo que hubieren recibido por razón del contrato (sentencias de 7 de octubre de 1957, 7 de enero de 1964, 23 de octubre de 1973). El art. 1303 del Código Civil se refiere a la devolución de la cosa con sus frutos (sentencias de 9 de febrero de 1949 y 18 de febrero de 1994) y el precio con sus intereses (sentencia de 18 de febrero de 1994, 12 de noviembre de 1996, 23 de junio de 1997), norma que parece ideada en la perspectiva de la compraventa, pero que no obsta su aplicación a otros tipos contractuales", Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 22 Mayo 2006, recurso 3002/1999 "La acción emprendida es, a criterio de la Sala, de nulidad, y se ha de aplicar el artículo 1303 del Código Civil, a tenor de cuanto ha establecido la más reciente jurisprudencia (Sentencias de 11 de febrero de 2003, de 13 de diciembre de 2005 y de 24 de marzo de 2006). Como dice esta última "... el régimen jurídico que establece el artículo 1303 CC, mediante el que se trata de conseguir que las partes vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidante (Sentencias de 26 de julio de 2000 y de 13 de diciembre de 2005), nace de la ley y no necesita petición expresa (Sentencias de 24 de febrero de 1992, de 20 de junio de 2001, de 11 de febrero de 2003), por lo que es apreciable de oficio, no exasperando el ámbito del principio iura novit curia por "no representar alteración en la armonía entre lo suplicado y lo concedido" (Sentencias de 22 de noviembre de 1983, de 24 de febrero de 1992, de 13 de diciembre de 2005, y las que allí se citan)..." y Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 24 Febrero 1992 "Es doctrina reiterada de esta Sala sentencias de 7 de octubre de 1957, 7 de enero de 1964, 23 de octubre de 1973, 22

de noviembre de 1983, 17 de junio de 1986 y 22 de septiembre de 1989 que declarada la nulidad de un contrato procede la restitución recíproca de las cosas que hubieren sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, a tenor del artículo 1303 del Código Civil, habiendo declarado la sentencia de 18 de enero de 1904 que «corroboraba este criterio la jurisprudencia de esta Sala, referida a la nulidad absoluta o inexistencia, que ha declarado que las restituciones a que se refiere el artículo 1303 sólo proceden, incluso tratándose de contrato nulo o inexistente, cuando ha sido declarada la nulidad», obligación de devolver que no nace del contrato anulado, sino de la Ley que la establece en este contrato sentencia de 10 de junio de 1952, por lo cual no necesita de petición expresa de la parte pudiendo ser declarada por el Juez en cumplimiento del principio «iura novit curia», sin que ello suponga alterar la armonía entre lo pedido y lo concedido, y con la finalidad de evitar, sin necesidad de acudir a un nuevo pleito, el enriquecimiento injusto de una de las partes a costa de la otra sentencia de 22 de noviembre de 1983. Al no haber acordado la sentencia recurrida, confirmatoria de la de primer grado, la recíproca restitución que impone el artículo 1303 citado, ha incurrido en la infracción denunciada por lo que procede la estimación del motivo así como la casación y anulación parcial de la sentencia de apelación y la revocación parcial de la de primera instancia y acordar la restitución de la cosa y precio, objeto de la compraventa que se declara nula, con sus frutos e intereses que se determinarán en ejecución de sentencia”.

Por lo tanto, procede la estimación de la demanda, con la consiguiente restitución recíproca entre las partes de las prestaciones que fueron objeto de la suscripción de participaciones preferentes, con los intereses legales devengados, en ambos casos, es decir que por la demandada Bankia deberá abonar a los actores el importe de los 60.000 euros de las participaciones preferentes, con los intereses desde la fecha de su suscripción (14-1-2011) y de igual modo, los actores deberán abonar a Bankia los rendimientos percibidos por las citadas participaciones (en los cinco trimestres que los percibieron), con los correspondientes intereses.

DÉCIMO: Que al estimarse la demanda, a los efectos del artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede imponer las costas a la demandada, siempre y cuando se estima la petición principal cual es la anulabilidad, y como hemos reseñado en el anterior fundamento, los efectos de tal declaración pueden acordarse de oficio.

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



FALLO

QUE ESTIMANDO COMO ESTIMO LA DEMANDA INTERPUESTA POR D.
Y DA
REPRESENTADOS POR EL PROCURADOR D. MANUEL JOAQUIN BERMEJO
GONZÁLEZ, CONTRA BANKIA S.A, REPRESENTADA POR EL PROCURADOR
D. FRANCISCO JOSÉ ABAJO ABRIL, DEBO DE ACORDAR Y ACUERDO:

1.- La nulidad relativa (por error en el consentimiento)
de la orden de compra de fecha 14 de enero del 2011 referida
a "Participaciones preferentes Caja Madrid 2009" por 600
títulos y un nominal de 60.000 euros.

2.- Con la consiguiente restitución recíproca entre las
partes de las prestaciones, de conformidad a lo establecido en
el fundamento de derecho noveno de la presente resolución.

3.- La condena en costas a la demandada.

Contra la presente SENTENCIA CABE RECURSO DE APELACIÓN,
a interponer ante este JUZGADO, PARA ANTE LA AUDIENCIA
PROVINCIAL DE MADRID, en el plazo de VEINTE días desde su
notificación escrita.

PARA LA ADMISIÓN A TRÁMITE DE LA INTERPOSICIÓN DEL
INDICADO RECURSO DEBERÁ LA PARTE ACOMPAÑAR RESGUARDO DE
INGRESO DE 50 EUROS EN LA CUENTA DE ESTE JUZGADO N° 97 5068
0000 04 1375 12, DE LA ENTIDAD BANESTO, BAJO APERCIBIMIENTO DE
INADMISIÓN A TRÁMITE Y POR APLICACIÓN DE LA L.O. 1/2009 Disp.
Adic. 15ª

De igual modo, deberá darse cumplimiento a lo establecido
en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan
determinadas tasas en el ámbito de la Administración de
Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias
Forenses.

Así por ésta, mi SENTENCIA, de la que se expedirá
testimonio para su unión a los autos, la pronuncio, mando y
firmo.

PUBLICACIÓN: La anterior SENTENCIA, ha sido dada, leída y
publicada por el SR. MAGISTRADO- JUEZ que la suscribe,
hallándose celebrando audiencia pública en el día de su
fecha. DOY Fe.

ES COPIA



Madrid