

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO 21 DE VALENCIA**

N.I.G.:146250-42-2-2015-0019139

Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO - 000570/2015-

De: D/ña. [REDACTED] S.L.

Procurador/a Sr/a. DE BELMONT REGODON, VICTOR

Contra: D/ña. BANKIA SA

Procurador/a Sr/a. GIL BAYO, ELENA

**SENTENCIA núm. 570/2016**

En Valencia, a 11 de enero de 2016

Vistos por mí, Victor Calatayud Chollet, Magistrado-Juez, actuando en comisión de servicios como refuerzo a los Juzgados de Primera Instancia de Valencia, los presentes autos de juicio ordinario núm. 570/2015, promovidos por el procurador de los tribunales D. Víctor Belmont Regodón, en representación de [REDACTED] S.L., bajo la dirección letrada de D. José Belmont Regodón, contra BANKIA, S.A., representada por la procuradora de los tribunales D.ª Elena Gil Bayo asistida por la letrada D.ª [REDACTED], con base en los siguientes:

**ANTECEDENTES DE HECHO:**

PRIMERO.- Por el procurador de los tribunales D. Víctor Belmont Regodón, en representación de la mercantil [REDACTED] S.L., se presentó el pasado 10 de abril de 2015, en el Decanato de este Partido, demanda de juicio ordinario, que por turno de reparto correspondió a este Juzgado, contra Bankia, S.A..

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda por Decreto de fecha 05 de mayo de 2015, se acordó dar a los autos la tramitación prevenida para el juicio ordinario de conformidad con el art. 249 LEC, en relación con el art. 399 y concordantes de la misma Ley Procesal Civil.

TERCERO.- Emplazada en forma la parte demandada, compareció y contestó la demanda dentro de plazo el día 23 de junio de 2015, oponiéndose a las pretensiones de contrario, instando la íntegra desestimación de la demanda, con condena en costas a la parte actora.

CUARTO.- Cumplidos los trámites previstos en el art. 414-1 LEC y de acuerdo con lo dispuesto en este precepto, se convocó a las partes a una audiencia previa al

juicio, señalándose para tal fin el día 29 de septiembre de 2015, con el resultado que es de ver en las actuaciones, no habiéndose invocado ninguna excepción que obstase la prosecución del proceso.

Limitada la prueba propuesta y admitida a la documental obrante en autos, quedaron los autos vistos para sentencia.

QUINTO.- En la tramitación de este juicio se han observado las prescripciones legales, salvo el plazo para dictar sentencia, debido a la complejidad del asunto enjuiciado.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Con la demanda rectora de estos autos ejercita la mercantil **[REDACTED]** S.L. acción principal indemnizatoria, cuya cuantía se fija en 30.000'00 €, menos el valor de las acciones en el momento de canje cuya fecha resulte acreditada en este procedimiento; o en su caso subsidiariamente a fecha de sentencia. Acción fundada bien en la resolución de las dos órdenes de compra por el incumplimiento contractual de la actora conforme al artículo 1.124 del Código Civil, bien en la contravención por la demandada de sus obligaciones conforme al artículo 1.101 del Código Civil.

De modo subsidiario, pretende la parte actora que se declaren nulas, por infracción de ley, las dos compraventas de obligaciones subordinadas objeto de la Litis, así como de los contratos celebrados para efectuar el canje por acciones, y se condene a la actora a abonar a la cantidad de 30.000'00 €, sin obligación en ningún caso de devolver los rendimientos percibidos por concurrir en la demandante las circunstancias del artículo 1.306 del Código Civil.

También de forma subsidiaria, se insta la anulación por vicio en el consentimiento consistente en error y/o dolo (artículos 1.265 y siguientes del Código Civil), de las dos compraventas de obligaciones subordinadas objeto de la Litis, así como de los contratos celebrados para efectuar el canje por acciones, condenando a la demandada, a abonar a actora la cantidad de 30.000'00 €; sin obligación en ningún caso de devolver los rendimientos percibidos por concurrir en la demandante las circunstancias del artículo 1.306 del Código Civil.

Y todo ello con condena a la demandada a abonar los intereses legales calculados sobre los 15.000'00 € desde la fecha de las respectivas adquisiciones hasta la de sentencia, más los intereses judiciales calculados sobre la cantidad a que sea condenada la demandada desde sentencia hasta el cobro efectivo de dicho importe.

SEGUNDO.- Las pretensiones deducidas se fundan en esencia, en que:

1.- **[REDACTED]** es una pequeña empresa dedicada básicamente al mantenimiento prestación de asistencia y servicio técnico de instalaciones fotovoltaicas, y es cliente de la demandada desde el año 2.010, en la cual

abrió cuentas en la oficina nº 0377 de Bancaja para realizar las operaciones propias y necesarias de su pequeña empresa.

2.- En el año 2011, el empleado de la entidad que contactaba habitualmente con la actora, ofreció la posibilidad de destinar una cantidad importante del dinero de la demandante a la suscripción de los productos objeto de esta litis.

Ante tal ofrecimiento, la actora manifestó reiteradamente al referido empleado de banca, que en cualquier caso respecto de su dinero y dada la actividad de la empresa necesitaba un depósito a plazo fijo, que no conllevara ningún tipo de riesgo y con plena disponibilidad del capital, para reservar ese dinero y tenerlo disponible en caso de necesidad. Y en teoría así fue, pues el empleado dijo que lo que lo que contrataban era un depósito sin riesgo, garantizado, que podrían disponer del capital cuando lo precisaran pasase lo que pasase y por supuesto mientras tantos percibirían sus rendimientos.

3.- El día 13 de abril de 2.011, y posteriormente el 26 de abril de 2.011, la actora adquirió el producto por importe de 15.000 € en cada una de esas fechas, en total 30.000 €, sin que en ningún momento se le diese copia de la documentación firmada salvo las Órdenes de Compra de Valores, creyendo que eran un plazo fijo, teniendo plena disponibilidad de su dinero. Y es que no se dio a la actora el folleto informativo, ni se le explicó que se trataba de un producto complejo, perpetuo y que no estaba garantizado, pudiendo conllevar el riesgo de la pérdida del capital invertido. Estaban en la creencia de que había suscrito contratos similares a los plazos fijos. De haber conocido los riesgos, no habría contratado los productos financieros.

4.- La actora no pudo tener conocimiento de su error hasta el mes de marzo de 2012, cuando recibió comunicación del banco en la que se le ofrecía la posibilidad de sustituir los valores que tenían por acciones de nueva emisión, y se les señalaba que para obtener más información, debían acudir a su oficina. Le dijeron que si no aceptaba esta oferta de recompra y suscripción de las acciones, perdería todo el dinero que tenían en la entidad. Y es por ello, que temerosa ante la advertencia de los empleados de Bankia, la demandante firmó en marzo de 2.012, varios documentos de canje de las participaciones por acciones del banco denominadas "Oferta de recompra y suscripción".

1TERCERO.- Frente a las pretensiones de contrario, la demandada opone en primer término, que la mercantil ~~Asociación Mercantil de~~ tan solo suscribió 15.000'00 € en Obligaciones el 26 de abril de 2011, como evidencia que únicamente firmase la Orden de Compra de Obligaciones Subordinadas 8ª Emisión por importe nominal de 15.000'00 € adjunta al escrito de contestación como documento 7.

Ante esta afirmación, la actora, en la audiencia previa al juicio, ha mantenido el monto de la reclamación, aduciendo que no dispone de más documentación que la facilitada.

Así las cosas, debe ser a la demandada a quien perjudique la falta de prueba. Y

es que para mitigar las consecuencias, a veces injustas, que pudieran derivarse de la aplicación estricta de los criterios de distribución de la carga de la prueba que resultan de su apartado 1 del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su punto 2, se precisa que "para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio." Se recoge por tanto la que algunos autores han denominado la teoría de la proximidad al objeto de la prueba, y otros el principio de la facilidad probatoria, conforme al cual, corresponde la prueba de los hechos a aquella parte que por la posición que ocupa, tiene mayor facilidad para acceder a las pruebas que los acreditan. En todo caso los hechos negativos son, ante todo, hechos y, por ende, necesitados de prueba. No obstante este carácter negativo implica que en la mayoría de los casos no podrán ser demostrados sin grandes dificultades. La prueba de la inexistencia de un hecho suele resultar mucho más difícil, cuando imposible, que la prueba de su existencia, lo que justificaría que no se requiera, "so pena" de exigir una "probatio diabólica", que se justifique con prueba directa y plena, recayendo sobre la otra parte la carga de justificar su acaecimiento. Dicho esto, debe reducirse a 15.000'00 € la cifra efectivamente contratada con la demandada, y desembolsada por la adquisición de obligaciones preferentes.

CUARTO.- La parte actora ejercita como principal, acción indemnizatoria, fundada bien en la resolución de las dos órdenes de compra por el incumplimiento contractual de la actora conforme al artículo 1.124 del Código Civil, bien en la contravención por la demandada de sus obligaciones conforme al artículo 1.101 del Código Civil.

Comenzado por la primera de las alternativas propuestas, lo cierto es que no consta que la demandada haya incurrido en ningún incumplimiento contractual que justifique la resolución del contrato, por cuanto de conformidad con lo convenido ha venido cumpliendo con las obligaciones contempladas en el Folleto informativo adjunto a la contestación como documento 6, firmado por el legal representante de la actora.

QUINTO.- En cuanto a la petición de resarcimiento de daños y perjuicios, la misma se funda el artículo 1.101 del Código Civil, sobre la base de la existencia de un incumplimiento por la demandada, concretamente de sus obligaciones de información, diligencia y lealtad. Acción respecto de la cual, tiene dicho la Audiencia Provincial de Valencia (por toda la sentencia de la sección 6 del 29 de mayo de 2015) que:

"Esta acción tiene su punto de arranque en el artículo 1.101 CC que establece que quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas, lo que supone, como ha señalado la jurisprudencia (vid. SAP Zaragoza, sección 4ª, de 10 de mayo de 2013) la exigencia de un comportamiento diligente en el cumplimiento de las "obligaciones", es decir, no necesariamente de las asignadas por un contrato específico, sino también de las obligaciones legales, ya que el precepto se integra dentro del Título I del Libro IV del CC y, por tanto, trae su causa inmediata del artículo 1089 del mismo texto legal,

según el cual las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y casi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia.

Se formula una petición de resarcimiento de daños y perjuicios, al amparo del artículo 1.101 CC, sobre la base de la existencia de un incumplimiento contractual por la demandada, concretamente de sus obligaciones de información, diligencia y lealtad. Los requisitos necesarios para la aplicación del artículo 1.101 CC son, según la jurisprudencia, 1.- La preexistencia de una obligación. 2.- Su incumplimiento, debido a culpa o negligencia del demandado y no a caso fortuito o fuerza mayor. 3.- La realidad de los perjuicios ocasionados a los otros contendientes. 4.- Nexo causal entre aquella conducta y los daños producidos.

La valoración de las pruebas practicadas sobre los hechos que integran esta acción, supone la acreditación del incumplimiento por la demandada de sus obligaciones legales y contractuales, entendiendo por tales las establecidas en las inherentes a la gestión de la orden de compra de las Obligaciones Subordinadas, las establecidas en la LMV y en su normativa de desarrollo y las derivadas de la condición de emisora y garante, según el contenido del folleto de la emisión.

Por lo tanto lo que sí constituye un punto de partida para la resolución del pleito es que el Banco debía esencialmente facilitar información al cliente de la existencia de algún producto interesante o de que resultaba aconsejable efectuar alguna sustitución de activos y el cliente asumía la decisión de invertir o no, en virtud de los datos e información que se le había facilitado.

Ahora bien, las obligaciones de la parte demandada no quedaban agotadas en la obligación genérica de "facilitar información al cliente sobre el mercado de valores", sino que también deben predicarse respecto del Banco las obligaciones que se desprenden de la normativa reguladora del Mercado de Valores y concretamente, del Título VII de la Ley de Mercado de Valores, que contiene una serie de normas de conducta de las Sociedades y Agencias de Valores presididas por la obligación de dar absoluta prioridad al interés del cliente (art. 79), lo que se traduce, entre otras, en la obligación del gestor de informar al cliente de las condiciones del mercado bursátil, especialmente cuando y no obstante la natural inseguridad en el comportamiento del mercado de valores, se prevean alteraciones en el mismo que puedan afectar considerablemente a la cartera administrada. Se exige al Banco el deber de actuar con la diligencia y lealtad que se exigen a quien efectúa, como labor profesional y remunerada, una gestión en interés y por cuenta de tercero, en el marco de las normas de la Ley de mercado de valores, establecidas para regular la actuación profesional de las empresas de servicios de inversión en dichos mercados, y, por ello, muy especialmente observar las "normas de conducta" (Título VII) que disciplinan su actuación, entre las que destacan, dentro del deber de diligencia, las de asegurarse que disponen de toda la información necesaria para sus clientes, manteniéndoles siempre adecuadamente informados y la de cuidar de los intereses de sus clientes, como si fueran propios, todo ello potenciado por un exquisito deber de lealtad."

SEXTO.- Con carácter previo a examinar el proceder de la demandada, y las consecuencias –en su caso- de este actuar, debe concretarse la naturaleza de las participaciones preferentes, así como las obligaciones impuestas a la demandada, derivadas de aquélla.

Comenzado por naturaleza jurídica del producto objeto del negocio jurídico atacado, tal y como se señala en la sentencia de la sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia, de 16 de julio de 2014, las participaciones preferentes son "(...) productos complejos, volátiles, 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 periodo. 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 solo delante de los accionistas ordinarios, y en su caso, de los cuotaparticipes ( apartado h) de la Disposición Adicional Segunda Ley 13/1985, según redacción dada por la Disposición Adicional Tercera Ley 19/2003, de 4 de julio)."

Otro aspecto que añade complejidad al concepto es, como también se dice en la citada sentencia de 16 de julio de 2014, la "(...) vocación de perpetuidad pues al integrarse en los fondos propios de la entidad ya no existe un derecho de crédito a su devolución."

En definitiva, las consideraciones anteriores permiten calificar las participaciones preferentes como un producto complejo, en modo alguno sencillo.

Y en este mismo sentido se incide en la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, sección 3ª, de 30 de abril de 2014, en que "[l]a 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 esta sentencia, (...) de un producto complejo, confuso y de difícil comprensión, que exige de la entidad bancaria una completa y detallada información, cuando debe calificarse a los demandantes como clientes minoristas y por tanto consumidores."

SÉPTIMO.- A la obligación de información se refiere la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón (sección 3ª) de 15 de abril de 2014, con arreglo a la cual:

"En cuanto al derecho de información, debemos citar en primer lugar el artículo 79 bis introducido por la Ley 47/2007 que modifica la Ley del Mercado de Valores, precepto del que ya dijimos en la misma Sentencia (se refiere a la 265/ 2013 de 20 de junio) que "comienza exigiendo en sus apartados segundo y tercero que toda información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario, sea imparcial, clara y no engañosa, que las comunicaciones publicitarias deben ser identificables con claridad como tales y que 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.

Y con mayor detalle en sus apartados sexto y séptimo establecen como obligación de la entidad financiera que "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"

Con esta finalidad la entidad bancaria está obligada a realizar lo que se conoce como el test de idoneidad, regulado con mayor detalle en el artículo 72 del Real Decreto 217/2008, al establecer que "Evaluación de la idoneidad. A los efectos de lo dispuesto en el art. 79 bis. 6 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, las entidades que presten el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras deberán obtener de sus clientes, incluidos los potenciales, la información necesaria para que puedan comprender los datos esenciales de sus clientes y para que puedan disponer de una base razonable para pensar, teniendo en cuenta debidamente la naturaleza y el alcance del servicio prestado, que la transacción específica que debe recomendarse, o que debe realizarse al prestar el servicio de gestión de cartera, cumple las siguientes

condiciones: a) Responde a los objetivos de inversión del cliente en cuestión. En este sentido, se incluirá, cuando proceda, información sobre el horizonte temporal deseado para la inversión, sus preferencias en relación a la asunción de riesgos, su perfil de riesgos, y las finalidades de la inversión. b) Es de tal naturaleza que el cliente puede, desde el punto de vista financiero, asumir cualquier riesgo de inversión que sea coherente con sus objetivos de inversión. (...). Asimismo, la información relativa a la situación financiera del cliente incluirá, cuando proceda, información sobre el origen y el nivel de sus ingresos periódicos, sus activos, incluyendo sus activos líquidos, inversiones y bienes inmuebles, así como sus compromisos financieros periódicos. c) Es de tal naturaleza que el cliente cuenta con la experiencia y los conocimientos necesarios para comprender los riesgos que implica la transacción o la gestión de su cartera. (...). Cuando la entidad no obtenga la información señalada en las letras anteriores, no podrá recomendar servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente ni gestionar su cartera".

Conforme el artículo 73 del RD 217/2008, el test de conveniencia tiene por finalidad que la entidad de crédito pueda valorar si el cliente tiene "los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado", mientras que el test de idoneidad cumple dos objetivos adicionales, primero, determinar si el producto ofrecido responde los objetivos de la inversión señalados por el cliente y, segundo, si éste puede asumir los riesgos inherentes a dicha inversión ( art. 72 RD 217/2008). La diferencia, es realmente importante, ya que el test de idoneidad responde a un servicio de asesoramiento que presta la entidad de crédito, por lo tanto, en estos casos, no basta que el cliente conozca la características del producto y sus riesgos, que resulta suficiente en los supuestos en los que la entidad de inversión ofrece otros servicios (ejecución de ordenes de inversión), sino que es necesario que el producto ofrecido por la entidad se acomode a los objetivos del cliente y que este pueda asumir sus riesgos, datos sobre los que el cliente ha de ser perfectamente informado para que pueda emitir un consentimiento válido.

Además el artículo artículo 78 bis de la Ley del Mercado de Valores, en su redacción dada por la Ley 47/2007 ,se refiere a la clasificación entre minoristas o profesionales, y en la Sentencia de esta Sala antes mencionada nos hemos referido en esta cuestión indicando que " los inversores minoristas reciben mayor protección que los profesionales, que las entidades le deben solicitar información, según el producto y el servicio que le vayan a prestar, para poder ayudar a tomar decisiones de inversión y para prestar los servicios más adecuados para cada inversor, de forma que también se destaca que el grado de protección depende de la complejidad de los productos o servicios ofrecidos por la entidad o demandados por el cliente y de su capacidad como inversor para comprender su naturaleza y riesgos, llegando a establecer el artículo 79 bis, antes en parte transcrito, que cuando el cliente no ofrezca la información indicada o esta sea insuficiente, la entidad debe advertirle de que esa omisión le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él."

OCTAVO.- Sentado lo anterior, para valorar si la entidad demandada se condujo adecuadamente, debe partirse de una premisa fundamental, cual es que, como



se recuerda en la sentencia dictada el 20 de marzo de 2014 por la sección 3ª de la Audiencia Provincial de Castellón, con remisión a la sentencia de esa misma Sala de 9 de mayo de 2012, "(...) la jurisprudencia menor viene determinando que la carga de la prueba de la información facilitada al cliente corresponde a quien se ampara en la realidad de dicha información, es decir a la entidad de crédito. Entre otras muchas es de ver la SAP Zaragoza (secc 5) 19-3-2012, que sostiene que corresponde a la entidad demandada acreditar que proporcionó al cliente la información necesaria, para que ésta pudiera prestar un consentimiento cabal e informado sobre el producto que iba a contratar". (En el mismo sentido SSAP Gijón (secc. 7) 21-11 - 201 , 18-3-2012 , 23-2-2012 , 25-7-2011 ; SSAP Oviedo 7-11-2011 , 21- 2- 2012; SAP Burgos (secc. 3) 7-3-2012 ; SAP León (secc. 2) 5-3-2012 ; SAP Mérida (secc 3) 23-2-2012 )." Y es que como también se señala en la sentencia de de 20 de marzo de 2014, "[e]sto debe ser puesto en relación con que al cliente no le puede ser exigible la prueba de hechos negativos, siendo primordial que las reglas de la carga de la prueba entren en juego en todas sus vertientes y más concretamente en cuanto a la flexibilidad de las mismas."

NOVENO.- Debe igualmente tenerse presente, a la hora de calificar el proceder de la demandada, que la obligación de información que establece la normativa legal del mercado de valores es una obligación activa, no de mera disponibilidad. Es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, no sus clientes, inversores no profesionales, quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional. El cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante.

DÉCIMO.- Dicho lo anterior, para la decisión del pleito reviste especial trascendencia determinar si, la demandada prestó un servicio de asesoramiento para la adquisición de las participaciones preferentes, y en caso afirmativo, si, en la realización de tal servicio la entidad demandada incumplió las obligaciones propias del mismo.

A la primera de las antedichas cuestiones, se refiere la Sentencia dictada en Pleno por la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 20 de enero de 2014, conforme a la cual:

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

El art. 4.4 Directiva 2004/39/CE define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como " la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea

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

Así las cosas, resulta irrelevante si las partes llegaron o no a formalizar un contrato que plasma el referido servicio de asesoramiento -recomendación personalizada-, pues, como se indica en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 11 de Mayo de 2015, a ello no obsta la circunstancia de que no medie entre las partes un contrato de gestión de cartera sino de custodia y administración de valores, ya que, como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 2 de diciembre de 2014 , "la existencia y extensión del deber de asesoramiento de la entidad financiera, no deriva necesariamente de los pactos escritos alcanzados entre las partes, ni exige como elemento necesario el pago de una retribución"; en similares términos la SAP de Madrid de 11 de febrero de 2015 indica: "Repárese en que una cosa es la constancia escrita del asesoramiento y otra la documentación de la «... descripción de cómo se ajusta la recomendación realizada a las características y objetivos del inversor ». Desde esta perspectiva, no es óbice a la existencia del asesoramiento que no figure en autos documentada la existencia de asesoramiento a la actora para la adquisición de las participaciones preferentes. La falta de un documento que refleje una recomendación por escrito no comporta sic et simpliciter la inexistencia de la misma, que pudo ser -como realmente fue, en el caso- verbal; y si la entidad bancaria omitió la formalidad normativamente exigida, con independencia de que lo fuera deliberada o involuntariamente (v. gr., por considerar que no se estaba realizando un verdadero asesoramiento ), tal circunstancia no puede perjudicar nada más que a la entidad incumplidora, no al cliente receptor del asesoramiento , el cual ni siquiera fue informado de que efectivamente estaba siendo asesorado ni de que podía exigir la constancia escrita de la descripción de que la recomendación realizada se acomodaba a sus características y objetivos".

A la vista de esta interpretación, y haciendo propios los razonamientos efectuados en la antedicha sentencia bien puede colegirse, que en el presente caso la demandada llevó a cabo un servicio de asesoramiento financiero, extremo alegado por la parte actora, y no desvirtuado por la prueba de la parte demandada; de forma pues que la iniciativa de la contratación partió de la demandada, a través de sus empleados, y no por solicitud voluntaria de la actora, por lo que la actuación de la entidad bancaria en dicha suscripción fue más allá de la mera información del producto en el ámbito de su comercialización. Habiendo suscrito la actora las participaciones preferentes, por razón de tal recomendación.

Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014 , los deberes de información por parte de la entidad financiera deben responder al deber general de negociar conforme a las exigencias de la buena fe ( art. 7 C.C ), lo que conlleva "el más concreto de proporcionar a la otra parte información acerca de los

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

Pero es que además, consecuencia de los servicios de asesoramiento y de inversión prestados, es que el deber que pesaba sobre la entidad financiera no se constreñía a proporcionar la antedicha información, sino que debió pedir al cliente información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto ofrecido, de modo que pudiera recomendarle los instrumentos financieros que más le convenían y en su caso evaluar si el servicio o producto era adecuado para el cliente, advirtiéndolo, en tal caso, de su opinión. Deberes con los que no cumplió la demandada, que no comprobó cual era el perfil del inversionista, en tanto que no practicó el test de idoneidad preceptivo de conformidad con el artículo 79 bis de la LMV y el 72 del RD 217/08, de tal forma que permitió que la actora adquiriera un producto financiero complejo, infringiendo la normativa de información preceptiva.

Dicho esto, lo cierto es que la demanda sometió a la actora, tanto al test de conveniencia, como al de idoneidad, como evidencian los documentos 3 y 4 de los de la contestación.

No obstante, en el caso de autos, no consta acreditado, que la actora, ni sus integrantes, tuvieran especiales conocimientos en la materia, ya que, como se desprende de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida en Pleno del 18 de abril de 2013, el hecho de que la actora sea una mercantil, no puede justificar que el banco hubiera cumplido las obligaciones que la normativa legal del mercado de valores le impone. La actuación en el mercado de valores exige un conocimiento experto, que no lo da la actuación empresarial en un campo como el de la asistencia y servicio técnico de instalaciones fotovoltaicas. Y además, tampoco consta que, ni en la fase pre contractual ni en la fase contractual, la entidad demandada informase de manera conveniente y suficiente sobre la naturaleza, características y concretos riesgos del producto objeto de contratación; de forma que permitiese comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrecía, permitiendo tomar decisiones fundadas sobre las inversiones. Y es que resulta especialmente esclarecedor que en el test de idoneidad se califique el perfil del inversor como moderado, lo que choca con la naturaleza del producto "colocado".

A mayor abundamiento, no puede pasarse por alto, que la operación se llevó a cabo en un mismo día en que se firmaron los test; pudiendo colegirse que la

información se facilitó en unidad de acto con la contratación misma. En este sentido en la sentencia de la Audiencia Provincial de Lérida (sección 2ª) de 23 de julio de 2014, se razona en relación con una operación análoga, que "(...) no es difícil ni aventurado concluir que todos estos documentos no pasan de ser una mera cobertura formal del contrato, de la información facilitada y de los riesgos que comporta, realizados de forma rápida, ritual y sin ningún tipo de atención especial (...)".

Por otra parte, aun cuando la parte demandada ha aportado el Folleto (documento 6) en que se informa de los riesgos de la operación, al tratar el "riesgo de crédito" se dice que la devolución íntegra del nominal está garantizada por la responsabilidad patrimonial universal de Bancaja, pero sin aclarar las consecuencias de no ser sufriente esta garantía, o lo que es lo mismo, sin exponer las consecuencias de no poder hacer frente Bancaja a esta responsabilidad.

En definitiva, no consta acreditado que la demandante pudiera llegar a tener conocimiento de los elementos, características y riesgos del producto, por lo que no cabe más que concluir que la entidad bancaria incumplió el deber de información en los términos adecuados lo que determinó que la parte actora prestara su consentimiento sin tener cabal conocimiento de la naturaleza y riesgos del producto.

UNDÉCIMO.- Con respecto al canje obligatorio, debe sancionarse que la inevitable aplicación de la doctrina de la propagación de la ineficacia del contrato arrastra al canje realizado para la conversión del producto, considerando de tal modo que, excluida la confirmación o conversión del contrato nulo, es incuestionable que existe un nexo de conexión evidente entre los contratos por los que se adquirieron las obligaciones subordinadas y el canje posterior por otros productos al que fue la actora lastrado por imperativo de la entidad demandada y el FROB. Como mantiene el Tribunal Supremo en su sentencia de 17 de junio de 2010 y en una situación muy similar a la presente, los contratos están causalmente vinculados en virtud del nexo funcional, dado que vino impuesto por la entidad emisora. Debe mantenerse que existe una ineficacia en cadena o propagada, pues no hablamos tanto de contratos coligados a la consecución del resultado empírico proyectado, sino de contratos que actúan unos en condición de eficacia o presupuesto de los otros, de tal grado que la ineficacia del contrato de origen que es presupuesto acarrea la nulidad del contrato dependiente que es consecuencia suya.

Por lo que en el presente supuesto, no se trata de dos operaciones de inversión autónomas e independientes entre sí, sino que por política comercial de la demandada, es un mismo negocio, estando claramente vinculados las subordinadas a las acciones; si bien el producto tenido se convierte en otro diferente, la causa de ofertar la compra de acciones reside en la tenencia de las subordinadas.

DECIMOSEGUNDO.- Puede por tanto concluirse, a la vista de cuanto se ha expuesto, que la entidad demandada, no cumplió el estándar de diligencia e información completa, clara y precisa que le era exigible al proponer a los demandantes la adquisición de determinados valores que resultaron ser valores complejos y de alto riesgo (así los define la Comisión Nacional del Mercado de Valores.), ni tampoco con el

canje. Este incumplimiento de los deberes exigibles al profesional que opera en el mercado de valores en su relación con clientes potenciales o actuales constituye el título jurídico de la responsabilidad por los daños sufridos por tales clientes como consecuencia de la pérdida. Concurriendo asimismo el resto de los requisitos de la acción que sirve de base a la petición indemnizatoria de la actora, pues, ha sufrido un perjuicio económico real, y se produce el nexo causal entre la conducta de la entidad demandada, y los daños producidos a la actora.

DECIMOTERCERO.- En cuanto a los efectos jurídicos derivados, la parte demandante solicita la indemnización de los daños y perjuicios, conforme al artículo 1.001 y 1.008 Código Civil, por lo que procede la condena de la parte demandada a la devolución de la suma reclamada de capital invertido de forma inicial (15.000'00 €); minoradas por las rentas recibidas durante la vigencia de los contratos de del producto litigioso por la actora (que deberá cuantificarse en ejecución de sentencia), así como el precio de las acciones al tiempo de interponerse la demanda.

DECIMOCUARTO.- En materia de intereses, dado que se ejercita acción indemnizatoria, procede la fijación de intereses desde la interposición de la demanda.

DECIMOCUARTO.- No habiendo sido estimadas en su totalidad las pretensiones de la parte actora, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, (artículo 394,2 LEC).

En atención a lo expuesto, vistos los preceptos citados y los demás de general y pertinente aplicación al caso planteado,

#### FALLO:

Que rechazando la acción de resolución contractual; y acogiendo parcialmente la pretensión indemnizatoria, basada en los artículos 1.101 y siguientes del Código Civil, interpuesta por el procurador de los tribunales D. Víctor Belmont Regodón, en representación de [REDACTED] contra BANKIA, S.A., representada por la procuradora de los tribunales D.ª Elena Gil Bayo, condeno a la demandada a devolver a la actora de la suma reclamada de capital invertido de forma inicial (15.000'00 €); minorada por las rentas recibidas durante la vigencia del contrato del producto litigioso por la actora (que deberá cuantificarse en ejecución de sentencia), así como el precio de las acciones obtenidas por el canje al tiempo de la interposición de la demanda, más los intereses legales desde la interposición de la demanda; y todo ello sin hacer expresa condena en costas por lo que cada una de las partes abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Notifíquese la presente resolución a las partes en los términos acordados, advirtiéndoles de que contra la misma cabe interponer recurso de apelación, que se interpondrá ante este Juzgado dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación y, con los requisitos del artículo 457 de la Ley de

Enjuiciamiento Civil, debiendo constituir el depósito exigido por la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre.

Así por esta mi sentencia, de la que se dejará testimonio en los autos, juzgando definitivamente en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

E/

PUBLICACION.- La presente sentencia fue dada, leída y publicada por el Sr. Juez firmante de la misma, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, y asistido de mí, el Secretario Judicial. Doy fe.