

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO 4 DE VALENCIA

N.I.G.:46250-42-2-2013-0041291

Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO - 001209/2013-

De: D/ña. [REDACTED]
Procurador/a Sr/a. [REDACTED]
Contra: D/ña. BANKIA SA y BANCAJA EUROCAPITAL FINANCE S.A.U
Procurador/a Sr/a. [REDACTED]

SENTENCIA N° 167/14

En Valencia, a treinta de junio de dos mil catorce.

Vistos por mí, D^a. [REDACTED], Juez en funciones de apoyo del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Valencia, los autos de Juicio Ordinario n° 1209/2013, promovidos a instancia de [REDACTED], representada por la Procuradora de los Tribunales [REDACTED], y asistida jurídicamente por la Letrada D^a Amparo Barrachina Coscollá, contra la entidad BANKIA SA, representado por la Procuradora de los Tribunales [REDACTED], y asistidos jurídicamente por la Letrada [REDACTED], cuyas demás circunstancias personales constan suficientemente en las actuaciones.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Repartida a este Juzgado demanda de Juicio Ordinario, presentada, por la Procuradora de los Tribunales [REDACTED], en la representación acreditada, contra la mercantil Bankia basándose en los hechos que constan en la misma y que se dan por reproducidos y después de alegar los fundamentos que estimó de aplicación, termino suplicando que en su día se dictare sentencia estimando la demanda, acompañando a la misma los documentos justificativos de su pretensión.

SEGUNDO .- Que admitido a trámite la demanda, y emplazado el demandado en legal forma, se personó en autos por medio de la Procuradora [REDACTED] en nombre y representación de la mercantil Bankia SA, contestó a la demanda, oponiéndose a la misma en los términos que consta en autos, y suplicando la desestimación íntegra de la demanda.

Por escrito de fecha 16 de diciembre de 2013, por parte de la Procuradora [REDACTED], en nombre y representación de Bancaja Eurocapital Finance SAU, solicita tenerla por comparecida en la representación que ostenta, y solicita tener por adherida el relato fáctico y jurídico vertido en la contestación a la demanda de Bankia SA.

Por Auto de fecha 21 de enero de 2014, se acuerda admitir la intervención en el presente proceso de Bancaja Eurocapital Finance SAU, que será considerada como parte a todos los efectos

TERCERO.- Que fueron convocadas las partes a comparecencia previa para intentar llegar a un acuerdo o transacción que pusiera fin al proceso, y caso contrario examinar las cuestiones procesales que pudieran obstar la prosecución y terminación mediante Sentencia.

CUARTO.- Que comparecieron ambas partes a la audiencia previa al juicio, no llegándose a un acuerdo entre las partes, examinadas las cuestiones planteadas y fijados los hechos controvertidos, se solicitó la apertura del período probatorio, con la proposición de pruebas.

Examinadas y admitidas las pruebas pertinentes y útiles, se señaló fecha para la celebración del juicio.

QUINTO.- Celebrado el juicio con la práctica de las pruebas propuestas y admitidas, y verificado el trámite de conclusiones por los litigantes, quedaron los autos conclusos para Sentencia; habiéndose observado las prescripciones legales en la tramitación del presente juicio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-La parte actora presentó demanda contra la entidad financiera Bankia SA, en ejercicio de la acción de nulidad de pleno derecho y nulidad radical, del contrato de suscripción de Participaciones Preferentes Serie A por importe de 54.000 euros, y del posterior canje de las mismas por acciones, y subsidiariamente se ejercita la acción resolutoria y resarcitoria de daños y perjuicios contra la citada mercantil.

Dicha acción principal se fundamenta en los artículos 6.3, 1261, 1265 y 1266 del código civil alegando que la demandada incumplió la exigencia legal de transparencia diligencia y deber de información sobre las características y riesgo del producto pese a su perfil minorista y conservador, dado su nivel de estudios básicos y sin conocimientos financieros. Solicitando la restitución de las cantidades invertidas.

Solicitando la nulidad extensiva al contrato de oferta de recompra y suscripción, de dicho producto financiero, por acciones de Bankia S.A.

Con expresa condena en costas a la parte demandada.

A ello se opone la entidad demandada, alegando, la excepción procesal de caducidad de la acción de nulidad ejercitada de contrario, novación extintiva de los contratos de suscripción de participaciones preferentes al ser aceptado su canje por acciones de Bankia, y extinción de la acción de anulabilidad, y en cuanto al fondo niega que concurran los presupuestos necesarios para la prosperabilidad de la acción que de contrario se le dirige, alegando, en esencia, ausencia de prueba en la demanda respecto del vicio de consentimiento, señalando que la petición que se articula en la demanda, interesa la anulabilidad por vicio del consentimiento por error de las órdenes de compra de Participaciones preferentes. Se alega que la parte actora suscribió la orden de compra de

PPF, interesada en obtener una rentabilidad superior a la que ofrecía un depósito a plazo fijo en el año 1999, y conociendo perfectamente que se trataba de una inversión financiera en valores mobiliarios. Alega así mismo que no existió incumplimiento por parte de Bancaja de las normas que en el año 1999, regían la colocación y comercialización entre el inversor minorista de este tipo de productos, las normas Mifid no entraron en vigor hasta noviembre de 2007. Y alega que no concurrió en la actora vicio o error en el consentimiento cuando realizo dicha contratación. Alega así mismo que la entidad demandada no prestó ningún tipo de asesoramiento, sino es un mero intermediario en la adquisición realizada por la parte actora, existiendo interés de la parte actora en la contratación de los productos, siendo la parte actora perfectamente consciente del producto que contrataba, habiendo obtenido ganancias superiores a las usuales. Y alega que la entidad financiera Bancaja cumplió fiel y puntualmente con todas las obligaciones de información legalmente establecidas, entregándole a la parte actora toda la documentación informativa requerida por la normativa vigente. Así mismo alega que la parte actora ha confirmado el negocio jurídico cuya nulidad postula, debido a que con conocimiento previo de la supuesta causa de nulidad, en la contratación por error en el consentimiento, y habiendo cesado el mismo, acepto la oferta de recompra de las mismas y suscripción de acciones de Bankia.

La parte demandada solicita se tengan por formuladas las excepciones, y termine dictando sentencia desestimatoria de la demanda, con expresa condena en costas a la parte demandante.

Así planteada la cuestión, el éxito de la misma depende, por aplicación de las reglas generales de la carga de la prueba, recogidas en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de que la parte actora pruebe los hechos constitutivos de su derecho, mientras que a la parte demandada le corresponde la justificación de los impeditivos o extintivos de aquellos efectos jurídicos.

SEGUNDO.- Con carácter previo a cualquier consideración sobre el fondo del asunto litigioso, procede examinar las excepciones procesales opuestas por la demandada, y no resueltas en la Audiencia Previa al Juicio, pues la estimación de ellas habría de conducir al dictado de una sentencia absolutoria en la instancia. En este sentido, el demandado opone la excepción de caducidad de la acción de nulidad ejercitada de contrario.

En este punto debemos destacar la Sentencia Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª, Sentencia de 2 de diciembre de 2013, Sentencia nº 277/2013, Rollo de apelación nº 000556/2013 (ponente Sr. Caruana), que señala: La Sala debe rechazar la excepción y volver a reiterar el razonamiento expuesto en la sentencia de 11/7/2011 (Pnte .Sra Martorell) indicando, << “La norma aplicada por el magistrado "a quo" ha sido interpretada por la Sala Primera del Tribunal Supremo. Señala la Sentencia de 6 de septiembre de 2006 (Tol 1.014.544) que la ambigüedad terminológica del artículo 1301 CC al referirse a la "acción de nulidad", ha sido precisada doctrinal y jurisprudencialmente en el sentido de distinguir lo que son supuestos de nulidad radical o absoluta y lo que constituyen supuestos de nulidad relativa o anulabilidad; resultando asimismo de la expresada Sentencia que el plazo fijado en el precepto para el ejercicio de la acción de nulidad es aplicable a las ejercitadas para solicitar la declaración de nulidad de los contratos y, por extensión, de los demás negocios jurídicos que " adolezcan de algunos de los vicios que los invalidan con arreglo a la Ley ",

siempre que en ellos, según se desprende del artículo 1300 CC , al cual se remite implícitamente el artículo 1301 CC , " concurren los requisitos que expresa el artículo 1261 ", es decir, consentimiento, objeto y causa, sin los cuales " no hay contrato ". Cuando no concurren los requisitos establecidos en el artículo 1261 CC se está en presencia de un supuesto de nulidad absoluta o de pleno Derecho, equivalente a la inexistencia, cuya característica radica en la imposibilidad de producir efecto jurídico alguno, en la retroacción al momento del nacimiento del acto de los efectos de la declaración de nulidad y en la inexistencia de plazo alguno de caducidad o prescripción para el ejercicio de la acción correspondiente.... Habiendo sido expresamente controvertido en la alzada el día "a quo" para el cómputo del plazo prevenido en el artículo 1301 del C. Civil para los casos de anulabilidad por error, dolo, o falsedad de la causa, en relación con la argumentación de la resolución disidentada, conviene señalar que la Sentencia del 11 de junio de 2003 (Tol 276.114) declara que: "Dispone el art. 1301 del Código Civil que en los casos de error, o dolo, o falsedad de la causa, el plazo de cuatro años, empezará a correr, desde la consumación del contrato, norma a la que ha de estarse de acuerdo con el art. 1969 del citado Código . En orden a cuando se produce la consumación del contrato, dice la sentencia de 11 de julio de 1984 que "es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad del contrato de compraventa, con más precisión por anulabilidad, pretendida por intimidación, dolo o error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones(sentencias, entre otras, de 24 de junio de 1897 y 20 de febrero de 1928), y la sentencia de 27 de marzo de 1989 precisa que "el art. 1301 del Código Civil señala que en los casos de error o dolo la acción de nulidad del contrato empezará a correr " desde la consumación del contrato ". Este momento de la "consumación" no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar, como acertadamente entendieron ambas sentencias de instancia, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes ", criterio que se manifiesta igualmente en la sentencia de 5 de mayo de 1983 cuando dice, "en el supuesto de entender que no obstante la entrega de la cosa por los vendedores el contrato de 8 de junio de 1955, al aplazarse en parte el pago del precio, no se había consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó....". Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó que "el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo", y la sentencia de 20 de febrero de 1928 dijo que "la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó". Tal doctrina jurisprudencial ha de entenderse en el sentido, no que la acción nazca a partir del momento de la consumación del contrato, sino que la misma podrá ejercitarse hasta que no transcurra el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato que establece el art. 1301 del Código Civil.">>

En el presente caso, al igual que ocurre en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, a la que hemos hecho referencia, nos encontramos ante un contrato de inversión que no se consuma en el momento de la orden de compra de los valores, pues tal inversión tiene un plazo a lo largo, (en el caso de la preferentes, con vocación de perpetuidad), del cual la entidad demandada tiene que cumplir sus obligaciones informativas sobre su evolución y desarrollo y de gestión, así como abono de cupones, y custodia dado el contrato

de gestión entre litigantes. Por lo tanto procede, en atención a las anteriores consideraciones jurídicas, desestimar la excepción de caducidad, alegada por la parte demandada.

Y con respecto a la alegación de inviabilidad de la acción de nulidad al encontrarse cancelado el contrato al tiempo de interponer la demanda, la más reciente doctrina de la Audiencia Provincial de Valencia Sección 9ª señala que la acción podrá ejercitarse hasta que no transcurra el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato que establece el art. 1301 del Código Civil, (SAP, Civil sección 9 del 05 de Marzo del 2013 (ROJ: SAP V 771/2013) y en la sentencia de 21 de Enero de 2013), por lo que procede desestimar la excepción.

En cuanto a la alegación de novación extintiva derivada del canje de los productos financieros suscritos, por acciones de la entidad demandada, atendiendo que el artículo 1208 del Código Civil señala: "la novación es nula si lo fuera también la obligación primitiva, salvo que la causa de nulidad sólo pueda ser invocada por el deudor, o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen", la cuestión debe examinarse junto con la pretendida nulidad del canje de acciones por la parte actora.

TERCERO.- Antes de entrar en el examen de la prueba practicada, es conveniente hacer ciertas consideraciones sobre la clase de producto que el demandante suscribió Contenido, naturaleza y riesgos de las Participaciones Preferentes.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sec. 1ª, de 4 de abril de 2013 , describe de forma detallada las características de las participaciones preferentes: "La participación preferente se regula en 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, y modificada por el art. 1.10 de la Ley 6/2011 de 11 de abril, por la que se transpone a nuestro Derecho la Directiva 2009/111/CE del Parlamento Europeo, y del Consejo de 16 de septiembre de 2.009, 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 incluye la participación preferente.

La participación preferente es un valor negociable de imprecisa naturaleza. Superficialmente parece responder a un valor de deuda por lo que, de partida, encajaría en la naturaleza propia de las obligaciones ex arts. 401 y ss. LSC, ya que éstas se caracterizan porque «reconocen o crean una deuda» contra su emisor; además, su regulación legal las califica como «instrumentos de deuda». Sin embargo, atendido su régimen legal y su tratamiento contable, resulta que la participación preferente se halla mucho más próxima a las acciones y demás valores participativos que a las obligaciones y demás valores de deuda.

En realidad se trata de 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 cuotapartícipes (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 la vocación de perpetuidad pues al integrarse en los fondos propios de la entidad ya no existe un derecho de crédito a su devolución sino que, bien al contrario, sólo constan dos formas de deshacerse de las mismas: la amortización anticipada que decide de forma unilateral la sociedad, a partir del quinto año, o bien su transmisión en el mercado AIAF, de renta fija, prácticamente paralizado ante la falta de demanda.

Las consideraciones anteriores apuntan sin duda alguna a la consideración del producto participaciones preferentes como un producto complejo,. Calificación que también puede hacerse con fundamento en el actual art. 79 bis 8.a) Ley 24/1988 de 28 de julio de Mercado de Valores, que considera valores no complejos a dos categorías de valores. En primer lugar, a los valores típicamente desprovistos de riesgo y a las acciones cotizadas como valores ordinarios éstas cuyo riesgo es de «general conocimiento». Así, la norma considera no complejos de forma explícita a las (i) acciones admitidas a negociación en un mercado regulado o en un mercado equivalente de un tercer país; (ii) a los instrumentos del mercado monetario; (iii) a las obligaciones u otras formas de deuda titulizada, salvo que incorporen un derivado implícito; y (iv) a las participaciones en instituciones de inversión colectiva armonizadas a nivel europeo. En segundo lugar, como categoría genérica, el referido precepto considera valores no complejos a 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" .

CUARTO.- Información sobre los instrumentos financieros. Alcance del deber de información de las entidades financieras, sobre la naturaleza, características y riesgos del instrumento que ofrece.

En cuanto al deber de información, antes de la transposición de la Directiva 2004/39/CE (conocida como MIFID) a nuestro derecho mediante la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que reformó la LMV al efecto, y por el RD 217/2008, de 15 de febrero, ya existían normas que hacían hincapié en la obligación del información -de mayor importancia, cierto es, en la fase precontractual- que debía de mantenerse en todo momento de la vida del contrato. En tal sentido es predicable: artículo 48.2 de la Ley 26/1988 sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito; la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores que imponía la exigencia en sus arts. 78 y siguientes, a todas cuantas

personas o entidades ejerzan, de forma directa o indirecta, actividades relacionadas con los mercados de valores (con mención, de forma expresa, a las entidades de crédito), de una serie de normas de conducta tales como, entre otras, las de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado y asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados. Es, precisamente en desarrollo de dicha ley, cuando el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros obligatorios -en la actualidad derogado por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero-vino a disciplinar un código general de conducta de los mercados de valores, en el que, en el apartado relativo a la información a los clientes, cabe resaltar como reglas de comportamiento, que las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos. Y a ello se añadía que la información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo. Con ello se trata de lograr que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata, debiendo cualquier previsión o predicción estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos. El Real Decreto 629/1.993, de 3 de mayo, concretó, aún mas, 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 (art. 4 del Anexo 1), como frente al cliente (art. 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 " (art. 5.3).

Por lo que, el hecho de que a la fecha de la firma de la adquisición de los productos financieros, objeto del presente supuesto, no estuviera vigente la modificación de la Ley de Mercado de Valores, no significa que las precauciones y cautelas que la misma contempla no fueran aplicables con anterioridad para la venta de los productos financieros a los que se dedica tal precepto. Existía una normativa anterior, aplicable en el presente supuesto, representada por los art. 78 y ss de la LMV de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, ya era suficiente para poder exigir a las entidades financiera que comercializaban productos de riesgo que informaran cumplidamente a sus clientes de los riesgos que se asumían con este tipo de productos, dirigiendo a los mismos a productos que fueran acordes a su conocimientos financieros y el riesgo que su contratación conllevaba, Estos principios, en cuanto sean compatibles con la actividad que desarrollan, también serán de aplicación a las personas o entidades que realicen análisis de valores o instrumentos financieros. Sobre todo, si en casos como el presente existía la posibilidad que el cliente perdiera su dinero o no pudiera recuperarlo nunca si la entidad optaba por no recuperar la acción.

Establecía el art. 78 LMV de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en su reforma por Ley 37/1998, de 16 de noviembre," Las empresas de servicios de inversión,

las entidades de crédito, las instituciones de inversión colectiva, los emisores y, en general, cuantas personas o entidades ejerzan, de forma directa o indirecta, actividades relacionadas con los mercados de valores, deberán respetar las siguientes normas de conducta: a) Las normas de conducta contenidas en el presente Título. b) Los códigos de conducta que, en desarrollo de las normas a que se refiere el apartado a) anterior, apruebe el Gobierno o, con habilitación expresa de éste, el Ministro de Economía y Hacienda, a propuesta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. c) Las contenidas en sus propios reglamentos internos de conducta".

El art. 79 de la LMV, modificado por la Ley 37/1998 de 16 de noviembre, de reforma de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, establecía, «Las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el Mercado de Valores, tanto recibiendo Lo ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, deberán atenerse a los siguientes principios y requisitos:a) Comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado. b) Organizarse de forma que se reduzcan al mínimo los riesgos de conflictos de interés y, en situación de conflicto, dar prioridad a los intereses de sus clientes, sin privilegiar a ninguno de ellos. c) Desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuesen propios. d) Disponer de los medios adecuados para realizar su actividad y tener establecidos los controles internos oportunos para garantizar una gestión prudente y prevenir los incumplimientos de los deberes y obligaciones que la normativa del Mercado de Valores les impone. e) Asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados.»

En cuanto a la CARGA DE LA PRUEBA recordar que corresponde a la entidad bancaria, pues como recoge la SAP, Valencia sección 6 del 12 de Julio del 2012 (ROJ: SAP V 3458/2012), en una reclamación similar en que se pide la nulidad de participaciones preferentes. "En relación con la carga de la prueba del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, y sobre todo en el caso de productos de inversión complejos, ha de citarse la STS Sala 1ª, de 14 de noviembre de 2005 en la que se afirma que la diligencia en el asesoramiento 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, y, en segundo lugar la carga probatoria acerca de tal extremo debe pesar sobre el profesional financiero, lo cual por otra parte es lógico por cuanto desde la perspectiva de los clientes se trataría de un hecho negativo como es la ausencia de dicha información. Por tanto, el eje básico de los contratos, cualesquiera, que sean sus partes, es el consentimiento de las mismas sobre su esencia, que no debe ser prestado, para surtir eficacia, de forma errónea, con violencia, intimidación o dolo, y esta voluntad de consentimiento para ser válida y eficaz exige por su propia naturaleza que los contratantes tengan plena conciencia y conocimiento daño y exacto de aquello sobre lo que prestan su aceptación y de las consecuencias que ello supone"

QUINTO.-Sentado lo anterior, visto el ámbito fáctico y normativo en el que se dilucida la presente litis, debemos tener en cuenta la posición de ambas partes y su actuación en la contratación de los productos financieros objeto de autos para determinar si se cumplen los requisitos que tanto la jurisprudencia como la doctrina establecen a fin de que el error sea

suficiente para producir el vicio en el consentimiento causante de la nulidad de los contratos. Debemos por tanto analizar si la información ofrecida, antes y después de la contratación, y los términos en que se plasma la relación contractual, con el fin de valorar si medió vicio de consentimiento determinante de la nulidad que se pretende.

En relación a la prueba del cumplimiento del deber de información suministrada por la entidad, por la parte actora incorporó una serie de documentos de carácter personal y económico de los suscriptores de los instrumentos financieros objeto del presente procedimiento, como doc. nº 1 y 2 copia del DNI de la demandante y de sus esposo fallecido en 1991, que acredita que el [REDACTED] tiene 67 años en la actualidad, se aporta como doc. nº 3 Informe de la Dirección Provincial del INSS de fecha 4 de enero de 1983, donde consta el grado de invalidez permanente absoluta del esposo de la demandante. Alega en la demanda que el hijo de la demandante falleció el 3 de septiembre de 1989 a los 20 años de edad, como consecuencia de un accidente de circulación, se aporta como doc. nº 4 copia de la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia de fecha 28 de julio de 1994, donde consta la indemnización recibida por la demandante, por un importe de ocho millones de pesetas. Se alega que la [REDACTED] desde el año 1991 es viuda, pasando a cobrar una pensión por importe de 32.942 euros al mes, teniendo en aquel momento dos hijas menores a su cargo. Se aporta como doc. nº 5 informe de la vida laboral de la demandante, y se aporta como doc. nº 6 al 10 certificado de las rentas de los años 2008 al año 2012.

Se aporta como doc. nº 11 apertura de la cuenta de valores en fecha 29 de enero de 1999, como doc. nº 12 extractos de movimientos de cuenta.

Y en cuanto a la suscripción de los productos financieros, se alega en la demanda que no se aportan las órdenes de compra, ni ninguna documentación firmada de la compra de las Participaciones Preferentes Serie B, porque no se tiene, si bien se aporta como doc. nº 13 orden de venta en el mercado interno cursada por la demandante de fecha 7 de octubre de 2010, se aporta como doc. nº 15 al 18, solicitud de la demandante a la entidad demandada, con el objeto de que se le entregue copia del contrato suscrito por la demandante, o cualquier documentación suscrita por la demandante.

Y con respecto a la oferta de recompra y suscripción, se adjunta a la demanda como doc. nº 19 copia de la carta enviada por Bankia a los titulares de Participaciones Preferentes y Obligaciones Subordinadas, en fecha 6 de mayo de 2013, y se aporta como doc. nº 20 posición de la cartera de valores titularidad de la demandante

Por la parte demandada, se alega en la contestación a la demanda, que cumplió con las obligaciones de información legalmente establecidas, si bien no se aporta ningún documento acreditando los hechos alegados.

En el acto del juicio comparece en calidad de testigo D^a [REDACTED], empleada de la entidad demandada, desde el año 2006 al 2014, quien señaló que conocía a la demandante, y señaló que intentaron sacar el dinero, pero no recordaba lo que había ocurrido, ya que las derivó al Director de la oficina.

Y declaro en calidad de testigo [REDACTED], hija de la demandante, quien señaló que no estuvo presente en el momento de la suscripción, señaló que acompañó a su madre a sacar el dinero en octubre de año 2010, y le dijo la empleada [REDACTED] que le dieran un poco más de tiempo, y que fue cuando se dieron cuenta de que había que vender el producto, porque ellas consideraban que era un plazo fijo. Señalo que no tenían las órdenes

de compra, y que las solicito al banco pero que no se las dieron. Señalo que el dinero invertido, procedía de la indemnización que le dieron a su madre por el fallecimiento de su hijo en un accidente de tráfico.

La entidad demandada renuncia a la prueba testifical del testigo, [REDACTED], admitida en la Audiencia Previa al Juicio.

Examinada la prueba practicada en el acto del juicio, en relación a la adquisición de Participaciones Preferentes, no consta que se entregara documentación alguna al adquirente, ni que por parte de la entidad se comprobara el perfil de la inversora, ni se ofreciera la información adecuada a la misma, en especial en cuanto al riesgo del producto bancario, ni que la entidad se asegurara que la cliente conocía el producto que adquirirían.

Por lo que debemos concluir que la entidad bancaria no actuó de forma adecuada, ha quedado acreditado que ni en la fase precontractual ni en la fase contractual se ofreció a la parte actora una información suficiente y adecuada sobre los riesgos que asumía. No se le explico, las características fundamentales de las Participaciones Preferentes, relativas a la posibilidad de perder el cliente todo o parte de su dinero; y que llegado el momento de querer disponer de su dinero no fuera posible. La información que se aportó en un primer momento a la demandante, es totalmente insuficiente

Por lo que hace referencia al perfil del suscriptor, según se desprende de lo actuado, la [REDACTED], tiene 67 años, es viuda desde el año 1991, y no ha trabajado fuera del domicilio familiar, según consta en el informe de vida laboral, doc. nº 5 de la demanda, y no tiene conocimientos financieros, habiendo invertido el dinero percibido por la indemnización por la muerte de su hijo de 20 años, en un accidente de tráfico, por lo que el perfil de la demandante, coincide plenamente con el de un cliente minorista, siendo lógico que siempre pretendieran productos sencillos y claramente seguros que le permitirán atender sus necesidades, ello, dista de lo que podría entenderse por un cliente profesional, que por su sola condición, es decir, más allá de la información facilitada por la entidad financiera, pudiera asumir de manera plenamente consciente los riesgos naturales de la inversión.

Por consiguiente, atendido el perfil del suscriptor y las características de los productos suscritos, antes expuestas, es perfectamente posible afirmar, sin género de dudas, que en el momento de la contratación, la demandante, manejaba una información distorsionada, de la realidad del mencionado producto.

En cuanto al cumplimiento de los mencionados deberes de información, no ha sido acreditado, por la demandada que dicho cumplimiento se haya producido, toda vez que no se ha aportado ningún documento, ni tan siquiera la orden de compra, ni ninguna prueba testifical, que corroboré que tras un adecuado estudio del perfil del suscriptor se le informara individualizadamente de la complejidad de la inversión.

Siendo que establecía el art. 4 del anexo del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, vigente en el momento de la suscripción, que "Las Entidades solicitarán de sus clientes la información necesaria para su correcta identificación, así como información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión cuando esta última sea relevante para los servicios que se vayan a proveer", circunstancia que no ha quedado acreditada en el presente caso.

Por lo que debemos concluir que la información que se aportó a la demandante, en relación a la suscripción de participaciones preferentes es totalmente insuficiente, no se ha aportado un solo documento de la misma, ni en cuanto a la información del producto, ni la entrega de esta a la parte, ni se concretaron de ninguna forma, cuales era las características del producto, ni las consecuencias respecto al capital invertido, ni consta la entrega de ningún otro elemento que permita conocer el producto suscrito, tal como una orden de compra, un folleto explicativo, en especial del riesgo que afectaba a dicha operación, no consta el plazo que se ofreció al cliente para conocer el producto, ni las indicaciones que la entidad efectuó para asegurarse que la cliente conocía el producto. Ya que si bien es cierto, no existía obligación de practicar el test de conveniencia o de idoneidad en dicho momento, si que existía obligación de comprobar que la información suministrada del producto permitía al cliente comprender el alcance, la naturaleza, las características, y sobre todo los riesgos de aquel, tanto en relación con la edad, formación del cliente.

Es decir no se indica en la información suministrada a la demandante, los elementos básicos del instrumento financiero y sus consecuencias económicas especialmente en caso venta de las participaciones preferentes. Debido a que ante un producto de riesgo hay que dar una información adecuada con advertencia de qué puede ocurrir en el peor de los escenarios, para que sea el cliente quien decide en base a esta información. Con especial cuidado respecto a los pequeños clientes, que al no ser conscientes de este tipo de peligros ni las características concretas de cada producto financiero requieren una información especial, más cuidada y exhaustiva que le haga sabedor de los riesgos que está adquiriendo.

Así mismo el hecho de que una vez adquirido el producto el cliente no haya mostrado queja o reclamación alguna del mismo, no permite suponer que conociera las características del producto, sino que por el contrario, dado que el cliente en base a la confianza deposita en su entidad bancaria habitual, adquiere un producto, que en el mejor de los casos se le presenta como de renta fija, con alta rentabilidad, que podrá recuperar su dinero de forma rápida vendiendo el producto en un mercado secundario y sin penalización frente a lo que ocurre en un plazo fijo, estando garantizado por la entidad, omitiéndose por el contrario la verdadera naturaleza y características, en cuanto a rentabilidad, riesgos, posición en prelación de créditos, y sin que la entidad haya determinado que el cliente conoce el producto y si es una operación conveniente para su situación financiera, no hay motivo por el cual el cliente pueda quejarse.

Por todo lo expuesto debemos concluir que, pese a que la carga probatoria incumbía a la demandada, ninguna prueba ha practicado para demostrar que dio una información correcta a la demandante del producto financiero, de la documental aportada, y testifical, en modo alguno se desprende que diera una información clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, de una forma que le permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicios de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece, pudiendo, en consecuencia, tomar decisiones fundadas sobre sus inversiones.

De esta forma la parte demandada ante las manifestaciones de la parte actora de no haber sido adecuadamente informada, debe sufrir las consecuencias de la carga de la prueba y así entender que no facilitó a la parte actora la información que le era exigible a la entidad a la hora de comercializar el producto financiero objeto de autos, información que tuvo que

ser adecuada y bastante a la vista de la concreta complejidad del contrato y de los rasgos particulares del inversor del que no ha acreditado tener suficiente conocimiento para adecuar la información que debía facilitar.

SEXTO.-En base a lo anterior, debe examinarse las acciones ejercitadas, en relación a la solicitud de nulidad de los contratos por infracción de normas imperativas, conforme al artículo 6.3 del Código Civil, en relación con los preceptos ya mencionados de la Ley 24/1988, del Mercado de Valores y del Real Decreto Legislativo 1/2007, Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

No puede aceptarse este argumento, por cuanto el incumplimiento de los deberes antes apuntados por parte de la entidad demandada con respecto al cliente consumidor no conlleva la nulidad absoluta o radical del contrato, pues dicha consecuencia no viene impuesta en la citada normativa. El único efecto que tal incumplimiento puede producir habrá de valorarse en cuanto a la pretensión de anulación del contrato por concurrir un vicio del consentimiento; es decir, la falta de una información adecuada puede ser considerada como uno de los elementos determinantes de que el cliente prestara su consentimiento por error, pero no conlleva como sanción la nulidad absoluta del contrato.

En este sentido se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, sec. 1ª, de 30 de abril de 2012:

"No es que el incumplimiento de la disciplina legal de carácter sectorial no pueda fundar en ningún caso la nulidad contractual. Pero la constatación de la vulneración puede ser instrumento útil para la comprobación de la concurrencia o no del error que se denuncia por la parte actora... En definitiva, se trata de que, cuestionándose si concurrió error invalidante del consentimiento y puesto que la normativa sectorial no establece la nulidad contractual como consecuencia de las vulneraciones de la misma, la utilidad de la verificación de su cumplimiento se proyecta en el ámbito de la comprobación de si la demandante dispuso o pudo disponer de información suficiente para neutralizar la existencia del error que alegan".

La nulidad absoluta implica la contravención de una norma imperativa o prohibitiva; siendo esta apreciable de oficio, y subsanable y con efectos frente a todos. La anulabilidad concurre cuando un negocio jurídico tiene algún vicio susceptible de invalidarlo, como lo sería un vicio del consentimiento; siendo así que el negocio hasta que sea anulado produce todos sus efectos. Aun cuando la parte demandante habla de nulidad radical en relación a la existencia de vicio del consentimiento por error, dicha valoración no puede ser acogida, no se alega precepto legal con carácter imperativo infringido, sino que se sustenta en un vicio del consentimiento, siendo este una causa de anulabilidad de acuerdo con el artículo 1300 del código civil establece: "los contratos en que concurren los requisitos que expresa el artículo 1261 pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley"; y así la demandante sostiene un error que ha viciado su consentimiento a la hora de contratar, con carácter principal. Y así mismo la parte demandada en la demanda, alega la ausencia de prueba en la demanda respecto del vicio de consentimiento, señalando que la petición que se articula en la demanda interesa la anulabilidad por vicio del consentimiento por error de las órdenes de compra de Participaciones preferentes.

Así de acuerdo con el contenido de la demanda la actora quería celebrar dicho contrato, pero mantiene que expresó su voluntad viciado en su consentimiento al creer que concertaba un contrato sobre productos sin riesgo alguno, de forma que en ningún momento se produjera una posible pérdida en su patrimonio, siendo así que manifiestan desconocían los riesgos elevados de concertar el producto en litigio, viene a indicar que concertaban un depósito. En suma nos encontraríamos con una nulidad relativa y no ante una inexistencia, ni ante una nulidad radical o absoluta de la relación contractual.

Por ello deberá examinarse si se cumplen los requisitos jurisprudenciales para la adopción de la nulidad contractual instada con carácter principal, y por tanto la doctrina aplicable para que el error sea susceptible de anular un contrato. Y al respecto hay que recordar que, al amparo de lo dispuesto en los arts. 1261 y 1266 CC, es lugar común exigir la concurrencia de requisitos. La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de enero de 2014, Sentencia N°: 840/2013, Recurso N° : 879/2012, señala con respecto a la Jurisprudencia sobre el error vicio. La regulación del error vicio del consentimiento que puede conllevar la anulación del contrato se halla contenida en el Código Civil, en el art. 1266 CC, en relación con el art. 1265 y los arts. 1300 y ss. Sobre esta normativa legal, esta Sala primera del Tribunal Supremo ha elaborado una doctrina jurisprudencial, de la que nos hemos hecho eco en las ocasiones anteriores en que nos hemos tenido que pronunciar sobre el error vicio en la contratación de un swap, en las Sentencias 683/2012, de 21 de noviembre, y 626/2013, de 29 de octubre: Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea. Es lógico que un elemental respeto a la palabra dada ("*pacta sunt servanda*") imponga la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y pueda quien lo sufrió quedar desvinculado. Al fin, el contrato constituye el instrumento jurídico por el que quienes lo celebran, en ejercicio de su libertad -autonomía de la voluntad -, deciden crear una relación jurídica entre ellos y someterla a una "*lex privata*" (ley privada) cuyo contenido determinan. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos.

En primer término, para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

El art. 1266 CC dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer - además de sobre la persona, en determinados casos- sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261.2 CC). Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones -respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato- que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa.

Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias pasadas, concurrentes o esperadas- y que es en consideración a ellas que el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho

con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses.

Las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos. Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano.

El error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente cierta, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre el futuro con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia. Aunque conviene apostillar que la representación ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos, de tal forma que si el conocimiento de ambas cuestiones era correcto, la representación equivocada de cuál sería el resultado no tendría la consideración de error.

Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que 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, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida"

Respecto a las circunstancias de la demandante en la prestación del consentimiento contractual debe concluirse que el error producido es esencial ya que recae en la naturaleza y objeto de lo contratado, por cuanto la demandante, no tenían conocimiento de las características del producto, suponiendo estar contratando un plazo fijo o producto análogo desconociendo el contenido de lo que firmaba y sus consecuencias, en especial en cuanto a su perpetuidad, rentabilidad variable y negociación en mercado secundario. El error es igualmente excusable o lo que es lo mismo no es imputable a la parte actora que lo ha sufrido sino a la parte demandada que no facilitó la información que le era exigible a tal fin, ni pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular. Por lo que no ha probado la parte demandada que la demandante, tuvieran conocimientos financieros suficientes, y que por lo tanto fuera innecesario facilitarle a la demandante, información sobre las características y fundamentalmente sobre los riesgos del producto financiero suscrito. Tampoco ha acreditado la parte demandada la existencia de asesoramiento externo en el momento de la celebración del contrato. Del mismo existe un nexo de causalidad entre el error sufrido y la finalidad perseguida por el contratante con el negocio jurídico celebrado habiéndose producido el error en el momento de la celebración del contrato, por cuanto aquel en ningún momento deseaba la contratación de unos valores sometidos a un mercado secundario, si no la imposición a plazo fijo o producto similar.

Así las cosas, podemos concluir que dado el perfil inversor, las características del producto –muy complejo- y la omisión de los deberes de información de la entidad, no solo

es perfectamente posible sino también excusable, que en el momento la suscripción la demandante, pensara erróneamente que los productos que le ofrecía su interlocutor de confianza en la entidad- en tanto que llevaba muchos años trabajando la entidad- respondían a las características deseadas, seguridad máxima, disponibilidad y rentabilidad, pudiendo fácilmente adivinar que, si hubiera sabido que existía la posibilidad no sólo de no obtener rentabilidad alguna sino también de llegar perder el principal invertido, nunca hubiera celebrado el contrato impugnado. Debiendo aclarar que lo que vicia el consentimiento por error, es la falta de conocimiento del producto contratado, y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente minorista que lo contrata, una representación mental equivocada, sobre el objeto del contrato.

Dándose así mismo los requisitos propios del error, su esencialidad, en tanto que recae sobre la materia misma objeto de la contratación, su relación causal con la finalidad negocial, y su excusabilidad, en tanto que por las razones expuestas, no es imputable a la actora, procede apreciar la existencia de consentimiento viciado por error en la suscripción litigiosa, sin que dicho vicio pueda verse subsanado por el canje posterior.

En base a lo anteriormente expuesto procede declarar, la nulidad de los contratos de suscripción de participaciones preferentes, por vicio del consentimiento determinado por error esencial y no imputable a la parte actora, y ello por cuanto resulta probado que en el presente caso el consentimiento de los demandantes para la compra de las participaciones preferentes, fue prestado por error.

SÉPTIMO.-Último punto a analizar es la operación negocial del canje de las Participaciones Preferentes, por las acciones de Bankia, en fecha mayo de 2013, doc. nº 19 y 20 de la demanda.

En cuanto a los efectos jurídicos derivados de dicha declaración de nulidad, deberán las partes restituirse recíprocamente las prestaciones que fueron objeto de contrato, de conformidad con el artículo 1303 CC, que impone que deben restituirse recíprocamente las cosas del contrato con sus frutos y el precio con sus intereses.

En este punto debemos destacar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª, Sentencia de 30 Dic. 2013, Sentencia nº 308/13, rec. 658/2013 "Este Tribunal analizado el documento 1 de la demanda, reconocido por ambos litigantes, establece los siguientes datos de gran relevancia en la solución, así: a) Se trata de una oferta a iniciativa de Bankia para determinados y específicos de sus clientes, los titulares de preferentes y subordinadas; b) Les ofrece sustituir tales valores por acciones de la propia Bankia; c) Les expone las ventajas de tal operación, pues se dice va a pasar de un producto sin vencimiento o con vencimiento alargado a otro que cotiza en bolsa y con liquidez inmediata; d) Fija Bankia una fecha tope para realizar tal operación, "antes del 23/3/2012" y la oferta se realiza el mismo mes; e) Explicita el riesgo de no aceptar tal oferta " le recordamos que la situación actual de los mercados puede suponer que, en el caso de que usted decidiese venderlas en el futuro en el mercado secundario, obtuviera un precio inferior a su valor nominal y no estaría garantizada una negociación rápida".

Dados tales puntos, este Tribunal entiende que nos encontramos ante una "recomendación personalizada" que la entidad bancaria dirige a una clase concreta y muy específica de sus clientes, conforme al artículo 56 la Directiva 2006/73 , interpretada por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 30/5/2013 (asunto C-604/2011) al decir, " se entenderá que una recomendación es personalizada si se dirige a una

persona en su calidad de inversor o posible inversor y si se presenta como conveniente para esa persona o se basa en una consideración de sus circunstancias personales", concurriendo al caso todos esos requisitos. Después, la operación inversora ofertada se ejecuta en una unidad de acto, pues en el mismo momento y documento se efectúa la recompra de las subordinadas y la suscripción de las acciones. Es decir, no es el cliente del banco (la actora o su hijo) quien de motu proprio interesa el cambio de su producto por acciones de Bankia sino que fue la entidad actora la que recomienda a este concreto cliente que convierta de forma simultánea sus obligaciones subordinadas en acciones de Bankia por las mejoras que va a lograr"

La declaración de nulidad de los contratos de las participaciones preferentes, suscritas en el presente supuesto, debe proyectarse también sobre el realizado con el objeto del canje por acciones, por falta de causa conforme el artículo 1275 del Código Civil, por ser nulo el contrato de suscripción de participaciones preferentes, cuyos efectos arrastran al de adquisición de acción, o en su caso de implicar una novación por ser la novada nula conforme al art. 1208 del Cc, por cuanto al igual que ocurre en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, a la que hemos hecho referencia, no es que el contrato de adquisición de participaciones preferentes se haya extinguido por su efectivo cumplimiento o vencimiento o que haya sido resuelto a instancia del inversor, sino que el mismo, a causa de la labor de la entidad bancaria, dada la recomendación dirigida al cliente, se transforma en acciones de Bankia, luego la nulidad de la adquisición del producto objeto de cambio, arrastra a la nulidad del nuevo adquirido, excluyendo la aplicación del art. 1311 del Cc, pues no se demuestra que tal negocio, acciones, fuese suscrito con pleno conocimiento del significado de las participaciones preferentes. En consecuencia, siendo declarado nulo el contrato de adquisición de valores por vicio del consentimiento, la declaración de nulidad debe extenderse al negocio jurídico subsiguiente de canje por acciones, debido a que es incuestionable que existe un nexo de conexión evidente entre los contratos por los que se adquirieron las participaciones preferentes, y el canje posterior por otros productos. No se trata de dos operaciones de inversión autónomas e independientes entre sí, sino que por política comercial de la entidad demandada, es un mismo negocio, estando claramente vinculados las participaciones preferentes 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 las obligaciones subordinadas, y si la adquisición de estas es nula, no concurre causa en la adquisición de las acciones.

Por lo que es incuestionable que existe un nexo de conexión evidente entre los contratos por los que se adquirieron las participaciones preferentes y el canje posterior por otros productos al que fue el actor 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.

Así mismo debemos señalar que, en base a lo expuesto procede desestimar la excepción de novación extintiva, por considerar que la nulidad de la adquisición del producto objeto de cambio, es decir de las participaciones preferentes, arrastra a la nulidad del nuevo adquirido, al canje, es decir las acciones.

OCTAVO.-Declarada la nulidad del contrato de adquisición de las participaciones preferentes, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses.

Señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 3ª, Sentencia de 13 Feb. 2014, Sentencia nº 48/2014, rec. 463/2013, con respecto a los intereses, 1.- El art. 1303 del Código Civil, establece que «declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses». Este artículo tiene como finalidad conseguir que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador, evitando el enriquecimiento injusto de una de ellas a costa de la otra. El art. 1303 del Código Civil, es aplicable a los supuestos de nulidad radical o absoluta, no solo a los de anulabilidad o nulidad relativa, y opera sin necesidad de petición expresa, por cuanto nace de la ley. 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, debiendo los implicados devolverse lo que hubieren recibido por razón del contrato [Ts. 3 de diciembre de 2013 (Roj: STS 5761/2013, recurso 2434/2011), 4 de octubre de 2013 (Roj: STS 5474/2013, recurso 680/2011), 23 de noviembre de 2011 (Roj: STS 8900/2011, recurso 2061/2009), 21 de junio de 2011 (Roj: STS 4891/2011, recurso 1647/2007) y 12 de noviembre de 2010 (Roj: STS 5881/2010, recurso 488/2007), entre otras muchas]. 2.- Habiéndose declarado la nulidad absoluta de los contratos de adquisición de participaciones preferentes, y así habiéndose solicitado en la demanda, es obligado el devengo del interés legal de la cantidad a devolver como consecuencia de la nulidad a contar desde la fecha de disposición de las cantidades mediante cargo en cuenta.

Señala así mismo la citada Sentencia "Los intereses del art. 576 de la LEC, tienen un origen legal y un carácter imperativo, debiendo imponerse por obligación «ex lege», sin necesidad de solicitud de parte y aunque la sentencia no se pronuncie expresamente sobre ellos, en consonancia con su naturaleza disuasoria, compensatoria, y sancionadora [Ts. 5 de diciembre de 2007 (RJ Aranzadi 8901)], debiendo imponerse el pago en «toda sentencia o resolución que condene al pago de una cantidad de dinero líquida»".

Cierto es que como consecuencia del mencionado canje de participaciones preferentes por acciones, se hace imposible que la parte actora restituyan a la demandada los productos inicialmente adquiridos, siendo en este caso de aplicación el artículo 1307 del Código Civil, el cual establece que " siempre que el obligado por la declaración de nulidad a la devolución de la cosa, no pudiera devolverla por haberla perdido, deberá restituir los frutos percibidos y el valor que tenía la cosa cuando se perdió, con los intereses desde la fecha".

Por lo que en el presente caso, como consecuencia de la declaración de nulidad, de acuerdo con lo previsto en el art. 1303 del Código Civil, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos y el precio de los intereses; por tanto, ambas partes contratantes deben

restituirse recíprocamente las prestaciones que han recibido, de modo que la cantidad a restituir por Bankia a la parte actora será de 54.000 euros, deberá ser reducida en aquélla que resulte de sumar el total importe de los rendimientos obtenidos por las obligaciones subordinadas desde las fechas de su adquisición..

Procede, por consiguiente, estimar la demanda y declarar la nulidad de la compra de las participaciones preferentes y del posterior canje de las mismas, condenando a la parte demandada estar y pasar por esta declaración, con restitución de títulos por la parte demandada, y condenando la entidad financiera Bankia a abonar a la parte demandante la cantidad de 54.000 euros, en concepto del principal. más los intereses legales devengados desde las fechas de suscripción de la orden de compra, pero deduciendo de dichos importes las cantidades percibidas por los demandantes como intereses abonados a determinar en ejecución de sentencia debiendo la ejecutada presentar certificación de dichos intereses, si no se cumple voluntariamente la sentencia, más el interés legal desde las fechas de las correspondientes liquidaciones parciales.

NOVENO.-De conformidad con lo dispuesto en el Art. 394 LEC , respecto de las costas procesales, al estimarse la demanda, procede hacer expresa condena en costas a la parte demandada.

Vistos los artículos citados, concordantes y los demás de general aplicación,

FALLO

Que estimando la demanda formulada a instancia de [REDACTED], representada por la Procuradora de los Tribunales [REDACTED], y asistida jurídicamente por la Letrada D^a Amparo Barrachina Coscollá, contra la entidad BANKIA SA, representado por la Procuradora de los Tribunales [REDACTED], y asistidos jurídicamente por la Letrada [REDACTED], debo declarar y declaro la nulidad del contrato de adquisición de las Participaciones Preferentes serie B, celebrado entre la parte demandante y la entidad demandada, así como del canje por acciones, por la existencia de error esencial, relevante y excusable en el consentimiento, ordenándose la restitución recíproca de prestaciones que fueron objeto del contrato, y por tanto condeno a la entidad demandada Bankia, SA a restituir a la demandante, la cantidad reclamada de CINCUENTA Y CUATRO MIL EUROS (54.000 euros), en concepto del principal, más los intereses legales devengados desde las fechas de suscripción de la orden de compra, pero deduciendo de dichos importes las cantidades percibidas por la parte actora como intereses abonados a determinar en ejecución de sentencia debiendo la ejecutada presentar certificación de dichos intereses, si no se cumple voluntariamente la sentencia, más el interés legal desde las fechas de las correspondientes liquidaciones parciales.

Todo ello con imposición de costas a la parte demandada.

MODO DE IMPUGNACIÓN: recurso de apelación en el plazo de veinte días, desde la notificación de esta resolución, ante este tribunal, mediante escrito en el que deberá exponerse las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna.

Así lo acuerda y firma SS^a.