

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 20 VALENCIA

Avenida DEL SALER (CIUDAD DE LA JUSTICIA), 14º - 4º
TELÉFONO: 96-192-90-29

N.I.G.: 46250-42-2-2013-0041278

Procedimiento: Asunto Civil 001208/2013

SENTENCIA Nº 21/2015

En Valencia, a 2 de febrero de 2015.

Vistos por D. [REDACTED], Magistrado-Juez en funciones de apoyo del Juzgado de Primera Instancia número 20 de Valencia, los autos de Juicio Ordinario nº 1208/13, promovidos a instancia de D. [REDACTED], representados por la Procuradora [REDACTED], asistidos por la Letrada D^a Amparo Barrachina Coscollá, contra la mercantil "Bankia, SA" (como sucesora de Bancaja), representado por la Procuradora [REDACTED] y asistida por el Letrado [REDACTED].

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por turno de reparto correspondió a este Juzgado demanda de juicio ordinario interpuesta por la Procuradora [REDACTED], en nombre y representación de D. [REDACTED] contra la mercantil "Bankia, SAU", 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, terminó solicitando que previos los trámites legales, se dictase sentencia en el sentido establecido en el suplico de su demanda.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se emplazó a la demandada para que en el término de veinte días, se personase y la contestase, lo cual verificó la Procuradora [REDACTED], en nombre y representación de la demandada, oponiéndose a la demanda, en base a los hechos que constan en su escrito de contestación y que se dan por reproducidos, y después de alegar los fundamentos que se estimó de aplicación, se terminó solicitando que previos los trámites legales se dictase sentencia desestimando íntegramente la demanda, se absuelva a sus representada de los pedimentos contra ella formulados de contrario, con expresa imposición de costas a la parte actora.

TERCERO.- Se convocó a las partes a la audiencia previa, comparecidas las partes se comprobó que el litigio subsiste entre ellas, resolviendo las cuestiones procesales alegadas, por lo que cada parte se pronunció sobre los documentos aportados de contrario, en virtud del artículo 427 de la LEC, tras lo cual se procedió a la fijación de los hechos no existiendo conformidad de las partes por lo que se abrió el periodo de proposición de prueba en base al artículo 429 de la LEC. Una vez admitidas las pruebas pertinentes y útiles se convocó a las partes a juicio.

CUARTO.- Practicada la prueba se decretó su unión a los autos por lo que formuladas las conclusiones por las partes, quedo el juicio concluso para dictar sentencia. En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte actora presentó demanda contra Bankia SA para que se declare nulo de pleno derecho el contrato de suscripción de participaciones preferentes Serie a de fecha indeterminada, pero anterior a 30 de junio de 2007 por importe de 18.000.- euros y de fecha 25 de febrero de 2010 por importe de 6.000.-

euros y del posterior canje de las mismas por acciones de fecha 16 de febrero de 2012, por concurrencia de vicio en el consentimiento determinante de error esencial y no imputable al demandante, y subsidiariamente resuelto el contrato de suscripción de participaciones preferentes, condenando a la demandada a la restitución del capital invertido (24.000 euros) más los intereses legales desde la fecha de cargo minoradas por las rentas recibidas. Dicha acción principal se fundamenta en los artículos 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.

Por la parte demandada se alega con carácter previo, la caducidad de la acción de anulabilidad por el transcurso del plazo de cuatro años desde la celebración del contrato, así como la novación extintiva de los contratos de suscripción de participaciones preferentes al ser aceptado su canje por acciones de Bankia, SA y la extinción de la acción de anulabilidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1309 y concordantes del código civil. Y en cuanto al fondo del asunto refiere que la calificación de minorista de la parte demandante no le convierte en persona no apta para la adquisición del producto financiero de autos, que no existe vicio del consentimiento, que el error padecido era excusable, debiendo desplegar una mayor diligencia el adquirente del producto financiero, que la infracción de normas administrativas no conlleva la nulidad del contrato y que no existió dolo por su parte.

SEGUNDO.- En cuanto a la excepción de caducidad en base al artículo 1301 del Código Civil, procede desestimarla, a la vista del contenido de la Sentencia 308/2013 de la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia, de 30 de diciembre de 2013, que reitera los argumentos de la Sentencia de 11 de julio de 2011 de la misma Sala, recogiendo la doctrina jurisprudencial al respecto, de tal forma que en supuestos como el presente en que el contrato tiene vocación de permanencia y no esta sometido a plazo, practicándose liquidaciones periódicas, no debe confundirse en el momento de perfección del contrato es decir el momento de

adquisición del producto financiero, con el de la consumación, circunstancia que se produce cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes. En el caso de autos no se ha producido la consumación del contrato a la fecha de presentación de la demanda, sin haberse producido el vencimiento en el momento de su canje por acciones de la entidad demandada.

En cuanto a la alegación de novación extintiva derivada del canje de las participaciones preferentes 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.

De igual forma debe examinar la solicitud de extinción de la acción de anulabilidad por confirmación derivada del indicado canje, al estar sustentada la excepción en el indicado canje como base de la confirmación del contrato.

TERCERO.- En relación a la acción principal, debemos distinguir entre nulidad absoluta y anulabilidad o nulidad relativa. 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 en relación a la existencia de vicio del consentimiento, y en el suplico únicamente señala dicha situación, si bien en el conjunto de la demanda, se refiere a la existencia de error en el consentimiento, debe examinarse esa doble acción, de conformidad con lo señalado en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 87/2013, tal y como apunta la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 21 de Valencia de 16 de julio de 2013 Autos Juicio Verbal 1793/12, confirmada por sentencia de la

Audiencia Provincial de Valencia Sección 9ª de 24 de abril de 2014, al no incurrir en esa forma en incongruencia alguna.

Así de acuerdo con el contenido de la demanda los actores querían 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 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 los siguientes requisitos.

En primer lugar se sostiene que el error ha de ser esencial. Requisito éste que viene exigido por el propio art. 1266 CC al disponer que, para que el error invalide el consentimiento, “deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo”. Como no podía ser de otro modo, la jurisprudencia es constante a la hora de exigir que, para decretar la nulidad del contrato, el error padecido en la formación de la voluntad sea esencial. V. así, la STS 18-4-1978 [ponente: Pedro González Poveda] (Roj: STS 1978\336), según la que “para que el error del consentimiento invalide el contrato (...) es indispensable que recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieren dado lugar a su celebración”.

En segundo término, es común exigir a ese error sustancial que también sea excusable o no imputable al contratante que lo ha sufrido. La exigencia de este

segundo requisito puede contrastarse en la STS 18-2-1994 [ponente: Luis Martínez-Calcerrada Gómez] (Roj: STS 968/1994), considerada como la decisión que contiene la formulación actual del requisito que ahora examinamos. Allí se dice que, para ser invalidante, “el error padecido en la formación del contrato, además de ser esencial, ha de ser excusable requisito que el Código no menciona expresamente y que se deduce de los llamados principios de autorresponsabilidad y de buena fe, este último consagrado hoy en el art. 7.C.c. Es inexcusable el error (de la STS de 4 de enero de 1982), cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular; de acuerdo con los postulados del principio de buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso, incluso las personales, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante pues la función básica de requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida por la declaración; y el problema no estriba en la admisión del requisito, que debe considerarse firmemente asentado, cuanto en elaborar los criterios que deben utilizarse para apreciar la excusabilidad del error: en términos generales -se continua- la jurisprudencia utiliza el criterio de la imputabilidad del error a quien lo invoca y el de la diligencia que le era exigible, en la idea de que cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible y que la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas: así es exigible mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto, (por ej., anticuarios en la S.T.S. de 28 de febrero de 1974 o construcciones en la S.T.S. de 18 de abril de 1978). La diligencia exigible es por el contrario, menor, cuando se trata de persona inexperta que entre en negociaciones con un experto (S.T.S. 4 de enero de 1982) y siendo preciso por último para apreciar esa diligencia exigible apreciar si la otra parte coadyuvó con su conducta o no aunque no haya incurrido en dolo o culpa se concluye”.

En tercer lugar, nuestra jurisprudencia también sostiene que debe existir un nexo de causalidad entre el error sufrido y la finalidad perseguida por el contratante. Y, en este sentido, es habitual encontrar sentencias que condicionan el reconocimiento del error a “que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en negocio jurídico concertado”, tal y como puede leerse en la STS 6-2-1998 [ponente: Pedro González Poveda]. Idea que se sigue por nuestras Audiencias tal y como muestra a modo de ejemplo, la SAP Madrid (secc. 20ª) 20-9-2011 [Roj: SAP M 12122/2011]; SAP Barcelona (secc. 13ª) 14-2-2012 [Roj: SAP B 1219/2012]; o la SAP Oviedo (secc. 7ª) 12-3-2012 [Roj: SAP O 689/2012].

Y, finalmente, también es preciso que el error se haya producido o se proyecte en el momento en que se forma y emite la voluntad; es decir, en el momento de la celebración del contrato y no en épocas posteriores. Son diversas las decisiones que sostienen que los vicios del consentimiento han de ser simultáneos al momento de formación del contrato y que, por tanto, son irrelevantes los acontecimientos posteriores a la prestación del consentimiento que, en su caso, podrán dar lugar a responsabilidad contractual pero no a la anulación del contrato. En particular, refiriéndose al error, puede consultarse la STS 29-12-1978 [ponente: Pedro González Poveda] (RJ 1978\4482), señalando que “no afectan al error los acontecimientos posteriores a la prestación del consentimiento”; STS 29-3-1994 [ponente: Pedro González Poveda] (Roj: STS 2118/1994), indicando que “es preciso que el error derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar”; STS 21-7-1997 [ponente: Pedro González Poveda] (RJ 1997\4235), afirmando que “el error es un vicio de la voluntad que se da o no en el momento de la perfección del contrato. No cabe alegar error en el contrato, respecto a un hecho que se ha producido en la fase de consumación”; o, en fin, la STS 12-11-2004 [ponente: Pedro González Poveda] (Roj: 7324/2004), reconociendo que “no puede fundarse el error vicio del consentimiento contractual en el desconocimiento de un hecho acaecido con posterioridad a la prestación del consentimiento”.

CUARTO.- En cuanto al **tipo de producto objeto de litigio**, debemos estar a lo manifestado por la Audiencia Provincial de Valencia, Secc 9ª, Sentencia de 2 de

diciembre de 2013 (R.A 556/13; Pte. Sr. Caruana), de tal forma que las participaciones preferentes “son valores emitidos por una entidad mercantil reguladas en la Ley 13/1985 de 25 de Mayo de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros cuyo artículo 7 fija constituyen recursos propios de las entidades de crédito y su Disposición Adicional Segunda, en la redacción vigente a Diciembre de 2006 viene a fijar las notas singulares de esta clase de producto de inversión. Así debe señalarse que el valor nominal de la participación preferente no es una deuda del emisor razón por la que el preferentista no tiene un derecho de crédito frente a la entidad y no puede exigir el pago del importe de la participación; no otorgan al suscriptor participación en el capital (no se ostenta por su adquisición la cualidad de accionista), tampoco se tienen derechos políticos (derecho de voto), ni otorgan derechos de suscripción preferentes; presentan carácter perpetuo y su rentabilidad no está garantizada al depender de los beneficios que obtenga aquella entidad pero sí que participa o cubre las pérdidas del emisor, hasta el punto de poder perder el monetario invertido por lo que el mismo tampoco está garantizado y por último, son productos propios o que cotizan en un mercado secundario. En caso de liquidación de la entidad emisora la posición del preferentista en la prelación crediticia está inmediatamente después de todos los acreedores, subordinados o no, y por delante de los accionistas ordinarios.

Las participaciones preferentes están expresamente mencionadas en el apartado h) del artículo 2-1 de la Ley de Mercado de Valores (en redacción dada por la Ley 47/2007) como producto comprendido en la aplicación de dicho texto legal, pero con perfecto encuadre en el mismo artículo en su precedente redacción y de hecho no es objeto de discusión tal aplicación. La Comisión Nacional de Mercado de Valores describe a las Participaciones Preferentes como valores emitidos por una sociedad que no confieren participación en su capital ni derecho a voto, con vocación de perpetuidad y cuya rentabilidad no está garantizada. Además, advierte, son un instrumento complejo y de riesgo elevado, que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido; es decir, que son un producto de inversión al que se asocia un riesgo elevado de pérdidas.

El carácter de producto complejo (exige ciertos conocimientos técnicos para su comprensión) y de alto riesgo como se ha expuesto, afecto a la normativa del mercado de valores, obliga a la entidad de servicio de inversión que las promociona, oferta o comercializa a prestar una detallada información.”

Respecto al **contenido y exhaustividad de dicho deber de información**, en relación a la suscripción de participaciones preferentes antes de la trasposición 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.

En relación a la suscripción de participaciones preferentes del año 2010, cabe citar las manifestaciones del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Valencia, en Sentencia de 21 de enero de 2014, que señala: "Resulta exhaustiva la normativa vigente sobre la materia, constituida fundamentalmente por la Ley 24/1998, de 28 de julio, del Mercado de Valores, cuyo artículo 78 bis distingue entre clientes profesionales y clientes minoristas, considerando a los primeros como "aquellos a quienes se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos". Por su parte, el artículo 79 establece como obligaciones esenciales de los servicios de inversión "la de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios, y, en particular, observando las normas establecidas en este capítulo y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo". Asimismo, el artículo 79 bis desarrolla de forma concreta la obligación de información que incumbe a las entidades de servicios de inversión, que se materializa en los puntos siguientes: A) la obligación de mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes. B) la información deberá ser imparcial, clara y no engañosa. C) obligación de proporcionar a los clientes, de manera comprensible, una 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. La información referente a los instrumentos financieros y a las estrategias de

inversión deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias. D) 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; y 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.

El Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, reguló en los artículos 60, 62 y 64 los parámetros esenciales de la información que deben prestar las entidades y, en concreto y en lo que aquí interesa, en el primero de los mencionados preceptos se establece que "...b) La información deberá ser exacta y no destacará los beneficios potenciales de un servicio de inversión o de un instrumento financiero sin indicar también los riesgos pertinentes, de manera imparcial y visible, c) La información será suficiente y se presentará de forma que resulte comprensible para cualquier integrante medio del grupo al que se dirige o para sus probables destinatarios, d) La información no ocultará, encubrirá o minimizará ningún aspecto, declaración o advertencia importantes. De igual forma desarrolla en el artículo 72 la obligación de las entidades que presten el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, de obtener de sus clientes la información necesaria para que puedan comprender la naturaleza de la inversión y sus riesgos, lo que se describe como "evaluación de la idoneidad", estableciendo que "cuando la entidad no obtenga la información específica no podrá recomendar servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente, ni gestionar su cartera". El artículo 73 regula la denominada "evaluación de la conveniencia", estableciendo que las entidades que presten servicios de inversión distintos de los previstos en el artículo anterior deberán determinar si el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado".

En este sentido debe recogerse el contenido de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014, que en relación al deber de informar por parte de la entidad, determina la diferencia entre asesoramiento y mera comercialización: *"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. 52Directiva 2006/73 , que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.4Directiva 2004/39/CE .*

El art. 4.4Directiva 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. 52Directiva 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.

De este modo, el Tribunal de Justicia entiende que tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un swap, realizada por la entidad financiera al cliente inversor, "que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público" (apartado 55).

A la vista de esta interpretación y de lo acreditado en la instancia, no cabe duda de que en nuestro caso Caixa del Penedés llevó a cabo un servicio de asesoramiento financiero, pues el contrato de swap fue ofrecido por la entidad financiera, por medio del subdirector de la oficina de Palamós, aprovechando la relación de confianza que tenía con el administrador del cliente inversor, como un producto

financiero que podía paliar el riesgo de inflación en la adquisición de las materias primas.

Caixa del Penedés debía haber realizado un juicio de idoneidad del producto, que incluía el contenido del juicio de conveniencia, y ha quedado probado en la instancia que no lo llegó a realizar. Para ello, debía haber suministrado al cliente una información comprensible y adecuada sobre este producto, que incluyera una advertencia sobre los concretos riesgos que asumía, y haberse cerciorado de que el cliente era capaz de comprender estos riesgos y de que, a la vista de su situación financiera y de los objetivos de inversión, este producto era el que más que le convenía.”

En cuanto a **la carga de la prueba del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros** debe pesar sobre el profesional financiero, (ver sentencia AP, Valencia sección 6ª del 12 de Julio del 2012; ROJ: SAP V 3458/2012) respecto del cuál la diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica de un ordenado empresario y representante leal en defensa de sus clientes (Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2005), lo cual es lógico por cuanto desde la perspectiva de éstos últimos (los clientes) se trataría de probar un hecho negativo como es la ausencia de dicha información (AP Valencia 26-04-2006). La SAP, Valencia sección 9 del 16 de Mayo del 2013 (ROJ: SAP V 2821/2013) reitera la doctrina jurisprudencial y así dice que: la carga de la prueba de la información recae en la entidad bancaria (como hemos declarado, entre otras en Sentencias de 19 de abril y 1 de julio de 2011) y la carga de la prueba del error de consentimiento recae sobre la parte que lo alega, para lo cual se hace necesario el examen de la prueba practicada en cada proceso.

QUINTO.- A la vista de la prueba practicada debe concluirse que la información que se aportó a los actores en relación a la primera de las subscripciones de participaciones preferentes es claramente insuficiente, ignorándose como se produjo la ordenes de compra, al no aportarse documentación de la misma, y en relación a la suscripción de 2010, basta la lectura del documento 20 de la demanda para observar que es un mero formulario genérico al que se han incorporado los

datos concretos de la operación, pero no se concreta de forma proporcionada y correcta cuales son las características del producto, ni las consecuencias respecto al capital invertido, ni ningún otro elemento que permita conocer el producto suscrito, tal como un folleto explicativo, en especial el riesgo que afectaba a dicha operación.

Es decir no se indica en la información suministrada a los actores los elementos básicos del instrumento financiero y sus consecuencias económicas especialmente en caso venta de las participaciones preferentes. Y en especial la entidad bancaria no comprobó cual era el perfil del inversionista, ni en relación a la primera suscripción, en el que si bien no existía obligación de practicar el test de conveniencia, si el establecer cuál era el perfil inversor del cliente y comprobar que la información suministrada del producto permitía al cliente comprender el alcance y naturaleza de aquel, y en relación a la suscripción del año 2010 al no practicar el test de idoneidad preceptivo de conformidad con el artículo 79 bis de la Ley 24/1988, de tal forma que permitió que los actores adquirieran un producto financiero complejo, infringiendo la normativa de información preceptiva.

En este sentido la declaración de la testigo [REDACTED], afirmó que no habiendo participado en la suscripción de 2010, y no recordando la de 2003, en esa época no se informaba de los riesgos del producto, ni en la posibilidad de pérdida del capital.

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.- Respecto a las circunstancias de los actores 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 el actor no tenía conocimiento de las características del producto, suponiendo estar contratando un plazo fijo desconociendo el contenido de lo que firmaba y sus consecuencias. 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, a este respecto resulta relevante que los clientes no han cursado estudios superiores, ni ha trabajado en contextos relacionados con la inversión financiera, desempeñándose como albañil y tareas agrícolas, respectivamente, en la actualidad jubilados. En modo alguno puede atribuirse al actor la condición de “profesional” referenciada en la normativa reguladora del mercado de valores anteriormente expuesta sino la condición de minorista, dado el carácter de los productos bancarios de los que ha sido titular. No ha probado la parte demandada que tuviera dichos conocimientos financieros indicados. Tampoco ha acreditado la parte demandada la existencia de asesoramiento externo en el momento de la celebración del contrato. A este respecto debe tenerse en cuenta, que diferentes pronunciamientos jurisprudenciales restringen la concurrencia de la circunstancia de error en supuestos en que se han efectuado varias órdenes de compra sucesivas en el tiempo, al considerar que el cliente debería haber observado una mayor diligencia, por cuanto se entiende que si ya había sido adquirente de dicho producto y reitera la operación, el mismo debía tener un conocimiento de aquello que realizaba. No obstante en el presente supuesto deben tenerse en cuenta las circunstancias del cliente, por cuanto cuando realiza la primera orden de compra es la entidad la que llama al cliente para que proceda a la compra de los productos, los actores no tienen un pasado financiero especulativo, no tienen conocimientos especiales en la materia, adquieren los productos en la misma oficina con la que trabaja durante años, de tal forma que es perfectamente plausible que el cliente adquiriera los productos varios años después de la primera operación, únicamente a recomendación de la entidad bancaria y en base a la confianza depositada en la misma.

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.

En base a lo anteriormente expuesto debe declararse la nulidad de los contratos de suscripción de participaciones preferentes Serie A, por vicio del consentimiento determinado por error esencial y no imputable al actor, 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, y ello básicamente por tres motivos: 1) las circunstancias personales de los demandantes, que le alejan del perfil del inversor que adquiere esta clase de productos complejos; 2) las características de la operación financiera realizada, incompatibles con la voluntad del actor; 3) la falta de prueba sobre el cumplimiento de los deberes de la entidad financiera en orden a la adecuada y completa información a su cliente consumidor de los riesgos del producto que suscribía, en particular con respecto a las previsibles dificultades de su posterior transmisión y consiguiente recuperación de la suma invertida..

SEPTIMO.- 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. De esta forma se produce la "restitutio in integrum", con retroacción "extunc" de la situación, al procurar que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador. En este sentido citar la sentencia de 17 de septiembre del 2013 de la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia que al respecto ha resuelto que:*"En relación con los efectos de la nulidad de los contratos suscritos, que se declara, han de concretarse, como solicita el demandante, en la mutua restitución de lo percibido por ambas partes, con sus intereses legales, desde las fechas de las liquidaciones correspondientes"*,

y que "dichas cantidades devengarán, desde las fechas de las correspondientes liquidaciones parciales, el interés legal correspondiente".

La declaración de nulidad de los contratos de adquisición de participaciones preferentes debe extenderse también al negocio jurídico de canje por acciones de 16 de marzo de 2012, por falta de causa conforme el artículo 1275 del Código Civil, por ser nulo el contrato de preferentes cuyos efectos arrastran al de adquisición de acción.

En supuesto semejante al presente donde el canje se efectúa a instancia de la entidad crediticia. Tal y como se observa en el documento 21 de la demanda, se pronuncia la sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia en Sentencia de 30 de diciembre de 2013, al indicar: "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.

Por ello coincidimos con el Juez que no se trata de dos operaciones de inversión autónomas e independientes entre si, sino que por política comercial de la actora (prescindiendo de sus motivaciones y causas), 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 y si la adquisición de estas es nula, no concurre causa en la adquisición de las acciones, tal como ha fundamentado la sentencia recurrida con la cita jurisprudencial del Tribunal Supremo de 22/12/2009 y 17/6/2010 que damos por reproducida en aras a inútiles repeticiones.

A diferencia de los supuestos citados por el apelante sobre diversas sentencias de esta Sala enjuiciando productos completamente diferentes al examinado ahora (permutas financieras suscritas por sociedades mercantiles), en el presente caso, estamos ante el mismo marco de negocio de inversión y no es que el contrato de adquisición de subordinadas 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 artículo 1311 del Código Civil pues no se demuestra que tal negocio (acciones) fuese suscrito con pleno conocimiento del significado de las subordinadas.”

Es por ello obligación de la parte demandada la devolución de la suma reclamada de 24.000.- euros más los intereses legales devengados desde la fecha de suscripción de la orden de compra pero del mismo modo los actores deberán reintegrar las acciones derivadas del canje a la parte demandada así como la

totalidad de los importes abonados como intereses a determinar en ejecución de sentencia debiendo la ejecutada presentar certificación de dichos intereses.

En este sentido no cabe señalar que la imposición de restitución de las cuantías con sus intereses desde el momento de cargo en cuenta, suponga enriquecimiento injusto del actor, al ser un efecto derivado del precepto señalado, así la Sentencia del tribunal Supremo de fecha 4 de julio de 2011, recoge la Sentencia de fecha 4-11-1994, que señala: *“En ningún caso la pretensión del recurrente supondría un enriquecimiento injusto para él pues ..., no se enriquece torticeramente el que adquiere en virtud de contrato legal, que no ha sido invalidado o en virtud de un legítimo derecho que ejercita sin abuso...”* . Tratándose en el presente supuesto del uso ordinario de un derecho que ejercita la actora, apreciando que el momento del inicio de dichos intereses derivado de la nulidad, se computan de forma retroactiva en Sentencia del Tribunal Supremo de fechas 23 de noviembre de 2011 y 22 de diciembre de 2009, en las que se distingue entre intereses derivados de la declaración de nulidad, intereses legales y en su caso intereses moratorios.

OCTAVO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 de la LEC se imponen las costas a la parte demandada, sin que quepa apreciar dudas de hecho ni de derecho.

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

FALLO

Que estimando la demanda formulada a instancia de [REDACTED], representados por la Procuradora [REDACTED], contra la mercantil “Bankia, SA” (como sucesora de Bancaja), representado por la Procuradora [REDACTED], debo declarar y declaro la nulidad de los contratos de adquisición de participaciones preferentes celebrado entre los demandantes y demandada así como del canje de

participaciones preferentes 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, inclusive las acciones derivadas del canje, por tanto condeno a la demandada a la devolución de la suma reclamada de 24.000.- euros en concepto del principal más los intereses legales devengados desde las fechas de suscripción de las órdenes de compra, pero deduciendo de dichos importes las cantidades percibidas por la 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; y con imposición de costas a la parte demandada.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de VALENCIA (artículo 455 LECn). El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de **VEINTE DÍAS** siguientes al de su notificación.

INFORMACION SOBRE EL DEPÓSITO PARA RECURRIR

De conformidad con la D.A. 15ª de la LOPJ, para que sea admitido a trámite el recurso de apelación contra esta resolución deberá constituir un depósito de 50 €, que le será devuelto sólo en el caso de que el recurso sea estimado.

El depósito deberá constituirlo ingresando la citada cantidad en el banco BANESTO, en la cuenta correspondiente a este expediente (4552 0000) indicando, en el campo "concepto" el código "02 Civil-Apelación" y la fecha de la resolución recurrida con el formato DD/MM/AAAA

En el caso de realizar el ingreso mediante transferencia bancaria, tras completar el Código de Cuenta Corriente (CCC, 20 dígitos), se indicará en el campo "concepto" el número de cuenta el código y la fecha que en la forma expuesta en el párrafo anterior.

En ningún caso se admitirá una consignación por importe diferente al indicado. En el caso de que deba realizar otros pagos en la misma cuenta, deberá verificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o

distinta clase.

Están exceptuados de la obligación de constituir el depósito quienes tengan reconocido el derecho a litigar gratuitamente, el Ministerio Fiscal, Estado, Comunidades Autónomas, entidades locales y organismos autónomos dependientes de los tres anteriores.

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

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el/la Sr/a. Magistrado que la dictó, estando el/la mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, el/la Secretario Judicial doy fe.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el/la Sr/a. Magistrado que la dictó, estando el/la mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, el/la Secretario Judicial doy fe.