

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO 6 DE VALENCIA

N.I.G. [REDACTED]

Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO - [REDACTED]/[REDACTED]- CS

De: D/ña. [REDACTED]

Procurador/a Sr/a. HERNANDEZ SANCHIS, MANUEL ANGEL

Contra: D/ña. BANKIA SA

Procurador/a Sr/a. [REDACTED], [REDACTED]

SENTENCIA N° 146/2014

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

Vistos por mí, D^a. M^a Jesús Giménez Bolós, Juez en funciones de apoyo del Juzgado de Primera Instancia número 6 de Valencia, los autos de Juicio Ordinario n° [REDACTED] promovidos a instancia de D^a [REDACTED], representada por el Procurador de los Tribunales D. Manuel Angel Hernández Sanchis, y asistidos jurídicamente por el Letrado D^a M^a Dolores Arlandis Almenar, contra la mercantil BANKIA SA, (como sucesora de Caja de Ahorros de Valencia Castellón y Alicante, Bancaja), representada por la Procuradora de los Tribunales D^a [REDACTED], y asistida jurídicamente por el Letrado D. [REDACTED], cuyas demás circunstancias personales constan suficientemente en las actuaciones.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Por turno de reparto correspondió a este Juzgado demanda de juicio ordinario interpuesta por el Procurador D. Manuel Angel Hernández Sanchis, en nombre y 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 el procedimiento, se dio traslado de la demanda al demandado, quien se personó en legal forma y contestó la demanda, oponiéndose a la misma, solicitando que se desestime la demanda, con expresa condena en costas a la parte actora.

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 en la Audiencia Previa al juicio, no llegándose a un acuerdo entre las partes, examinadas las cuestiones planteadas y fijados los hechos controvertidos, se propusieron

por las partes los medios de prueba. Examinadas y admitidas las 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.-En la demanda origen del presente procedimiento, la parte actora solicitaba que se declare la nulidad o en su caso la anulabilidad por alguna o todas de las siguientes causas, error en el consentimiento de la demandante en la suscripción de los contratos de participaciones preferentes serie A, así como el posterior canje de las por acciones de la entidad, por vulneración de las normas imperativas, o por dolo omisivo, y subsidiariamente que se declare que la demandada ha tenido una conducta culposa o cuanto menos negligente en la relación contractual, incumpliendo las obligaciones de información, diligencia y transparencia que venían impuestas. Y se condene a la entidad demandada al resarcimiento a la demandante, en concepto de daños y perjuicios, el importe de la inversión, siendo esta 61.200 euros, con sus intereses legales correspondientes.. Dicha acción principal se fundamenta en la normativa de protección del inversor de la Ley de Mercado de Valores y en los artículos 1261, 1265 y 1266, así como 6.3 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 al perfil minorista y conservador de los demandantes, sin conocimientos financieros, conducta que se circunscribe al hecho de no informar de los niveles de riesgo de la operación y, las verdaderas condiciones y características del producto.

Solicitando la nulidad extensiva a los contratos 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 que no concurren los presupuestos necesarios para la prosperabilidad de la acción que de contrario se le dirige, alegando, en esencia, ser mero intermediario en la adquisición realizada por la parte actora, por lo que la entidad financiera no asume función alguna de asesoramiento al cliente, sino que existe 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, de falta de litisconsorcio pasivo necesario, defecto en el modo de proponer la demanda, novación extintiva de los contratos impugnados, caducidad de la acción de nulidad, y la inviabilidad de la acción de

anulabilidad al encontrarse los contratos cancelados a la fecha de interposición de la demanda. Con respecto a las dos primeras excepciones alegadas, fueron desestimadas en la audiencia previa al juicio.

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 dies "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 disentida, 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 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"

TERCERO.-Antes de entrar en el examen de la prueba practicada y, por tanto, de establecer los hechos objeto del litigio, es conveniente hacer ciertas consideraciones sobre la clase de producto que el demandante suscribió

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 (LA LEY 1260/1985), 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 (LA LEY 7083/2011), por la que se transpone a nuestro Derecho la Directiva 2009/111/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009 (LA LEY 20150/2009), en función, especialmente, de determinar las condiciones para admitir como recursos propios de las entidades de crédito a los que denomina instrumentos de capital híbridos, entre los que se 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, del Mercado de Valores (LA LEY 1562/1988) 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.-Régimen actual de la información reglada como sistema de protección del inversor, y régimen vigente cuando se suscribió. Alcance de los deberes de información y asesoramiento de la entidad financiera, sobre la naturaleza, características y riesgos del instrumento que ofrece.

En cuanto al deber de información, en relación a la suscripción de participaciones preferentes, 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 informador -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.

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 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 le 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 y/o anulabilidad de los contratos. Debemos por tanto analizar los caracteres o perfil del inversor, 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 o no vicio de consentimiento determinante de la nulidad que se pretende.

Por la parte actora se aportó junto con la demanda, diferente documentación relativa a la situación personal formativa y económica de la actora (doc. nº 1 DNI, doc. nº 2 vida laboral), En cuanto a la relación con la entidad y suscripción de productos, se aporta como doc. nº 3, documento relativo a la categorización del cliente como minorista, como doc. nº 4 test de idoneidad de fecha 14 de mayo de 2.010, doc. nº 5 órdenes de compra de valores de fecha 6 de noviembre de 2.000, 18 de octubre de 2.001, 25 de junio de 2.002, como doc. nº 6 contrato marco de valores negociables de fecha 23 de junio de 2.001, como doc. nº 8 memoria de la CNMV correspondiente a 2009, como doc. nº 9 guía de la CNMV sobre la catalogación de los instrumentos financieros como complejos y no complejos, como doc. nº 10 estudio del defensor del pueblo sobre las participaciones preferentes de fecha 14 de marzo de 2.013, y como doc. nº 11 oferta de recompra y suscripción de fecha 20 de marzo de 2.012, y anexo a la orden, como doc. nº 12 test de conveniencia de fecha 20 de marzo de 2.012, como doc. nº 14, certificado emitido por la entidad Bankia, en donde consta las participaciones preferentes suscritas por la demandante, como doc. nº 15, dictamen pericial elaborado por la adquisición de participaciones preferentes.

En la Audiencia previa al juicio, por la parte actora, se incorporó como doc. nº 18 copia de la resolución emitida por la CNMV, que analiza el contenido del test de conveniencia. Y adjuntó junto con el escrito de fecha 11 de marzo de 2.014, las declaraciones de renta de la demandante, correspondientes a los ejercicios 2008 a 2012. Se aporta como doc. nº 24 del anexo del informe pericial, el test de idoneidad realizado por la demandante, el 14 de mayo de 2.010, y el test de idoneidad realizado por la demandante el 20 de marzo de 2.012, y con respecto al canje aporta como doc. nº 26 del anexo, la oferta de recompra y suscripción de fecha 20 de marzo de 2.012, por un importe nominal de 61.200 euros.

Por la entidad demandada se incorporó como doc. nº 4 informe pericial económico, emitido respecto al valor de las Participaciones Preferentes y los mecanismos de transmisibilidad, como doc. nº 5, copia del certificado emitido por la entidad financiera, de fecha 2 de enero de 2.013, que acreditan los rendimientos obtenidos por la demandante, procedentes de las participaciones

preferentes suscritas por la misma, y como doc. nº 6 copia del contrato marco de valores. Se alega así mismo que la demandante es licenciada en derecho, por lo que considera que no puede alegar ignorancia respecto de la firma de los documentos bancarios, la parte actora conocía la naturaleza riesgos, y condiciones del producto financiero. Se aporta como doc. nº 7, información fiscal de la demandante de fecha 23 de abril de 2.013.

En el acto del juicio, ambas partes, renuncian a la prueba testifical admitida en la Audiencia Previa al Juicio. Y declara en calidad de perito, Sra. García Pascual, quien señalo que la demandante está catalogada por la propia entidad con un perfil conservador, como consta en el test de idoneidad realizado a la demandante, en fecha 14 de mayo de 2.010, por lo tanto acreedora del nivel máximo de protección en la comercialización de productos financieros.

Y señala que durante el seguimiento de las inversiones, se puede observar que todas las contrataciones realizadas por la Sra. [REDACTED] se realizaron sin entregar información previa, distinta de la que pudiera existir en las órdenes y sin haber ofrecido explicación adicional sobre sus riesgos y características, señala como productos contratados, en concreto participaciones preferentes serie A, en fecha 7 de octubre de 1999 por importe de 6.000,90 euros , 6 de noviembre de 2000 por importe de 10.200 euros, 18 de octubre de 2001 por importe de 36.000 euros, el 6 de marzo de 2.002 por importe de 3000,30 euros, y el 25 de junio de 2.002 por importe de 6.000 euros, siendo el importe total 61.200,90 euros. Indicando que advierte la verdadera naturaleza del producto suscrito, el día 20 de marzo de 2.012, momento que le comunican a la actora, que el canjeque es la única alternativa para no perder la totalidad de la inversión.

Considera el perito, que Sra. [REDACTED], es una cliente minorista sin conocimientos ni formación financiera, y alega que las compras sucesivas no implican una experiencia previa. Y fundamentalmente en el folio 23 y siguientes, se hace un análisis de las órdenes de compra, y destaca que como descripción de valores aparece PA PREF S/A y PPF BEF S/A, por lo que considera que la descripción de las participaciones preferentes no es exacta, y no permite la identificación del producto. En todas las ordenes, aparece la frase, el titular hace constar que conoce el significado y transcendencia de la presente orden, si bien este tipo de frase, conforme a los establecido por la CNMV, memoria 2010 pagina 25, indica que no son valida puesto que trasladan al cliente las obligaciones de información y de verificación, que le son propias de la entidad financiera y a ella exigibles, y por último no aparece ninguna referencia a la perpetuidad, y tampoco indica la opción de amortización anticipada a favor del emisor, se debería reflejar el tipo de interés o el carácter variable de la rentabilidad. Por lo tanto considera que las órdenes de compra analizadas, contienen errores y ausencias esenciales de información, como son la incorrecta identificación del tipo de producto, la inexistencia de fecha de vencimiento, el carácter variable de la retribución y la posibilidad de amortización anticipada. Se realiza un análisis del folleto informativo de participaciones preferentes serie A, y señala que los folletos y los documentos informativos deben de ser entregados con la necesaria antelación, con carácter previo por lo que no se considera suficiente la entrega en el momento de la firma de la suscripción, dado el elevado riesgo del producto contratado, y la complejidad de su estructura. Y la información posterior es importante cara al seguimiento de las inversiones, así como a la toma de posibles decisiones de desinversión.

Y con respecto a la adecuación del producto al cliente, es imprescindible además de entender todas y cada una de las características del producto y sus riesgos asociados, conocer la circunstancias personales y financieras del inversor, sus objetivos, rentabilidad y capacidad de asumir riesgo, y en el presente supuesto, la Sra. [REDACTED] es licenciada en derecho, y de profesión

funcionaria administrativa del Ayuntamiento de Castellón, no tiene ningún tipo de relación con los mercados financieros. Además conforme el RD 1310/2005, de 4 de noviembre, la Sra. [REDACTED] no cumple las condiciones para ser considerada inversor cualificada, por lo que considera que dado el perfil del inversor, la Sra. [REDACTED], no cumplía con las condiciones, por lo que las participaciones preferentes no eran adecuadas para la misma. Y la información previa a la compra no fue suficiente, para conocer las particularidades de los productos contratados, ni sus riesgos.

Examinada la prueba practicada en el presente procedimiento, ha quedado acreditado que ni en la fase precontractual ni en la fase contractual se ofreció a la actora una información suficiente y adecuada sobre los riesgos que asumían, 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 los productos que adquiriría.

Por lo que hace referencia al perfil del suscriptor, según se desprende de lo actuado, el perfil inversor del Sra. [REDACTED], es licenciada en derecho, pero como consta en el informe de vida laboral, ha trabajado en empresas como [REDACTED] SA, [REDACTED] o en el Ayuntamiento de [REDACTED] y según se alega en la demanda como administrativa, por lo que no consta acreditado que la misma tenga pleno conocimiento del producto complejo y de riesgo que estamos analizando. Por el contrario la demandante ha sido calificada, con un perfil minorista y conservador, sin conocimientos financieros que confiaba en la entidad demandante para depositar su dinero y tratar de obtener el mayor interés pero sin que en modo alguno, haya quedado acreditado, que solicitara productos de alto riesgo como el presente en que no sólo llega a no percibir interés sino a perder su capital

Establece el artículo 53 del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros obligatorios, en el apartado 3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos.

Pese a 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, 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.

La única documentación que consta en el presente procedimiento, son tres de las cinco órdenes de compra suscritas por la actora, que constan como doc. nº 5 de la demanda, órdenes de compra de valores de fecha 6 de noviembre de 2.000, 18 de octubre de 2.001, 25 de junio de 2.002, que son 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.

Por lo tanto 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 ninguna prueba testifical, que corrobore que tras un adecuado estudio del perfil del suscriptor se le informara individualizadamente de las complejidades de las inversiones, deberes de información que no se cumplen con la entrega del folleto de emisión, aún en el supuesto de que se le hubiera entregado a los clientes, circunstancia que no ha quedado acreditado en el presente procedimiento.

Por lo que debemos concluir que la información que se aportó a la actora en relación a la suscripción de participaciones preferentes es claramente insuficiente, no se concreta de forma proporcionada y correcta cuales son 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 un folleto explicativo, en especial el riesgo que afectaba a dicha operación, no consta el plazo que se ofreció a la cliente para conocer el producto, ni las indicaciones que la entidad efectuó para asegurarse que la cliente conocía el producto. No se indica en la información suministrada a la actora, 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.

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.-Sobre el resultado anteriormente expuesto deben proyectarse las pretensiones entabladas por la parte actora.

La parte actora mantiene en primer lugar, que el contrato es nulo o anulable por vicio del consentimiento, dado que el mismo fue prestado por error.

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 actora 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 actora no tenía 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, pues si bien es cierto, que la demandante es licenciada en derecho, pero ha trabajado en empresas como ~~SA~~, ~~SA~~ o en el Ayuntamiento de ~~SA~~, y según se alega en la demanda como administrativa, por lo que no consta acreditado que la misma tenga pleno conocimiento del producto complejo y de riesgo de las participaciones preferentes. En modo alguno puede atribuirse a la actora la condición de "profesional" referenciada en la normativa reguladora del mercado de valores anteriormente expuesta sino la condición de "minorista", tal y como fue calificada por la entidad bancaria, y consta en el doc. nº 3 de la demanda, y con un perfil inversor conservador, doc. nº 4 de la demanda. La entidad bancaria no acredita que la parte actora sea experta conocedora de temas financieros y que fuera irrelevante la información a suministrar. Tampoco ha acreditado la parte demandada la existencia de asesoramiento externo en el momento de la celebración del contrato, y ello a pesar que se producen en el tiempo varias órdenes de compra, sin que ello, en el presente caso, signifique un deber del actor de extremar su diligencia, ya que la actuación de la entidad financiera ha sido la misma en todos los supuestos, por cuanto no consta que ni en una sola de las operaciones informara de forma adeudada al cliente de las características del producto. 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 no se practica información alguna sobre la naturaleza del producto, entendiéndose que se había contratado un plazo fijo o producto similar siguiendo la misma mecánica cuando celebró los siguientes contratos, es la entidad la que ofrece al cliente el producto para que proceda a la compra de los productos, la actora, no tiene conocimientos especial en la materia, adquiere 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 años después de la primera operación, únicamente a recomendación de la entidad bancaria y en base a la confianza depositada en la misma. A este respecto 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;

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.

En este sentido recoge una reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sec. 9ª, S 2-12-2013, nº 277/2013, rec. 556/2013, ponente Ilmo. Sr. Magistrado Caruana Font de Mora, Gonzalo, En el fundamento de derecho "SEPTIMO. Paso siguiente y principal defensa de la entidad demandada es que D...es un experto inversor con pleno conocimiento del producto contratado dado ser persona que lleva más de veinte años consumiendo productos de inversión. Ciertamente consta que el demandante es persona inversora, no en vano ostenta desde hace años con la entidad demandada un contrato de administración y depósito de valores, pero no por ello debe concluirse, sin más, como pretende la parte demandada apelante con el pleno conocimiento del producto complejo y de riesgo que estamos analizando. Lo realmente trascendente es que a fecha de contratación del producto (Diciembre de 2006) el actor conociese el significado, funcionamiento y riesgos de las participaciones preferentes, como producto complejo y de alto riesgo. Para realizar el juicio comparativo con otros productos financieros o de inversión determinantes de ese grado de conocimiento o experiencia, la parte demandada aportó con la contestación a la demanda una extensa documental y analizada la misma, es evidente de entrada que deben excluirse por inservible para tal juicio, operaciones que, o bien no son complejas (acciones que cotizan en bolsa) o que no llevan un alto riesgo (deuda pública) u otras sobre las que nada se explicita (fondos) y es carga de la entidad demandada conforme al artículo 217 de la Ley Enjuiciamiento Civil la justificación de la actual defensa.....Por tanto de estas tres operaciones en las que se defiende la demandada, solo la última refiere de forma indicativa a participaciones preferentes, pero en la misma no hay explicación alguna del producto ni consta tampoco previa información para concluir que en la contratación de las Landsbanski conociese el significado, funcionamiento y riesgos del producto, por lo que resulta inidónea para sentar esos conocimientos del demandante que es lo relevante y de tal instrumento no se desprende pudiese llegar a tener los mismos.. OCTAVO.Nulidad de las órdenes de compra y efectos de tal declaración. La falta de información del producto ofrecido y su suscripción desconociendo sus elementos esenciales determinan la nulidad del contrato en cuanto se presta un consentimiento sin tener la representación real de lo que se suscribe por un error esencial, conforme al artículo 1265 y 1266 del Código Civil, calificado jurisprudencialmente por "conocimiento defectuoso importante de cuantas circunstancias tenían que contribuir a la recta formación del debido consentimiento" (Sentencia Tribunal Supremo 23/2/1993 y 19/2/1996)";

Y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10ª, Sentencia de 26 Jun. 2012, rec. 158/2012 La circunstancia de que el actor hubiera adquirido, con anterioridad, otros productos bancarios e intervenido en diversas operaciones, como la compra de acciones en bolsa, así como el hecho que tenga una cierta formación, al ser graduado social, no supone que tenga un manejo y conocimiento suficiente del mercado bancario y financiero como para llegar a la conclusión de que estaba adquiriendo participaciones preferentes y el tipo de riesgo que ello conllevaba, teniendo en cuenta la oscuridad y confusión que genera el contrato aportado con la demanda, oscuridad que por otra parte nunca puede favorecer a quien hubiese ocasionado la oscuridad.

Al igual que ocurre en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección nº 9 de fecha 2 de diciembre de 2.012, a la que hemos hecho referencia, debemos señalar que ciertamente consta que la Sra. ██████ es persona inversora, no en vano ostenta desde hace años con la entidad demandada un contrato de suscripción de participaciones preferentes desde el 6 de noviembre de 2.000, pero no por ello debe concluirse, sin más, el pleno conocimiento del producto complejo y de riesgo que estamos analizando. Lo realmente trascendente es que a fecha de contratación de

los productos, la actora conociese el significado, funcionamiento y riesgos de las participaciones preferentes, como producto complejo y de alto riesgo. Para realizar el juicio comparativo con otros productos financieros o de inversión determinantes de ese grado de conocimiento o experiencia, la parte demandada aportó con la contestación a la demanda una extensa documental y analizada la misma, es evidente de entrada que deben excluirse por inservible para tal juicio, operaciones que, o bien no son complejas (acciones que cotizan en bolsa) o que no llevan un alto riesgo (deuda pública) u otras sobre las que nada se explicita (fondos) y es carga de la entidad demandada conforme al artículo 217 de la Ley Enjuiciamiento Civil la justificación de la actual defensa.

Se aporta como doc. nº 7 de la contestación a la demanda, información fiscal de la demandante, y en la misma consta que la demandante tiene acciones, si bien como señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección nº 9 de fecha 2 de diciembre de 2.012, a la que hemos hecho referencia, no son operaciones complejas, por lo que deben de excluirse por inservibles para tal juicio.

En este mismo sentido, señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª, de 30 de diciembre de 2.013, Sentencia nº 308/13, rollo de apelación número 000658/2013, ponente Ilmo. Sr. Magistrado Caruana Font de Mora, Gonzalo, "En consecuencia, el contrato de adquisición de obligaciones subordinadas se adquirió con error esencial y excusable. En este último punto la parte apelante pone el énfasis en el perfil y diligencia no de la actora sino del hijo que suscribió tal contrato, pues se invocase persona experimentada en temas bursátiles, tenedor de una amplia gama de cartera de valores, determinante de comprender y entender el significado de las obligaciones subordinadas. Con independencia de que la titular de las subordinadas es la demandante y no el hijo y que en la orden de compra no se mencionada la actuación de éste en nombre de aquella, lo cierto es que ██████████, igualmente inversor, no tenía suscrito producto complejo y de riesgo igual o semejante a las subordinadas. Para justificar que conocía tal clase de producto la parte demandada ha traído el extracto de la cuenta de valores que tenía el hijo con la clase de valores que posee y resulta que ninguno de ellos tiene la naturaleza y riesgos propios de las obligaciones subordinadas. Se trata de acciones que cotizan en bolsa que tiene conforme al artículo 79 bis de la Ley de Mercado de Valores el carácter de no complejo. Es más, la propia testigo ██████████, empleada de Bankia, con quien trataba el hijo de la demandante y testigo en que se apoya la parte apelante, dejó muy claro que el Sr. ██████████ jamás había adquirido participaciones preferentes o subordinadas, solo acciones que cotizan en Bolsa, que, obviamente, son producto completamente diferentes a los ahora enjuiciados. Por ende el perfil del hijo de la actora no revela conocimiento ni experiencia en tal clase de productos y no puede imputarle la falta de diligencia en obtener información, cuando tal deber es de la entidad que oferta tal producto inversor, pues no es que el cliente tenga una obligación de informarse sino que es la entidad bancaria al que ostenta el deber de prestar tal información que como recuerda la sentencia de Tribunal Supremo de 18/4/2013 no se cumple con la mera disponibilidad sino con la efectiva prestación".

Y señala una reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sec. 9ª, S 21 de enero de 2014, nº 17/14, rec. 839/2013, ponente Ilma. Sra. Magistrada Dª Rosa María Andrés Cuenca, "Traemos a colación, al efecto, lo que esta misma Sala indicaba en sentencia reciente, de 30-12-13, dictada en rollo de apelación 358/13, al indicar que (...)Por ende, esa obligación informativa legalmente dispuesta y transcrita cobra una especial relevancia dada la complejidad

contractual para que el cliente sepa el negocio que va a suscribir, para que comprenda y conozca realmente el alcance y contenido de la operación, el riesgo que asume y sólo cuando conoce tales aspectos decidir si acepta o no la operación. La omisión del deber informativo consecuente con que el cliente no esté "con conocimiento de causa", exigido legalmente para tomar la decisión en el campo del mercado de valores, puede producir un consentimiento no informado y por tanto viciado por concurrir error, al no saber o comprender el suscriptor la causa del negocio y debe ser sancionado por mor del artículo 1265 del Código Civil con la nulidad del contrato.

Al caso, siendo carga de la entidad demandada justificar la prestación de ese deber de la entidad demandada, no hay prueba alguna siquiera de una mínima información... no revela conocimiento ni experiencia en tal clase de productos y no puede imputarle la falta de diligencia en obtener información, cuando tal deber es de la entidad que oferta tal producto inversor, pues no es que el cliente tenga una obligación de informarse sino que es la entidad bancaria al que ostenta el deber de prestar tal información que como recuerda la sentencia de Tribunal Supremo de 18/4/2013 no se cumple con la mera disponibilidad sino con la efectiva prestación. Ello sirve, asimismo, para rechazar la referencia al folleto a "disponibilidad" de la contratante y que el incumplimiento de obligaciones administrativas no comporta por sí solo defecto de consentimiento, pues con ser factible tal circunstancia, en forma teórica, claramente, en este supuesto concreto, las circunstancias concurrentes nos colocan en la situación contemplada en la sentencia recurrida".

Así las cosas, podemos concluir que dado el perfil de la demandante, y 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 las suscripciones la actora pensara erróneamente que los productos que le ofrecía su interlocutor de confianza en la entidad- en tanto que llevaba muchos años trabajando con el- respondían a las características deseadas, seguridad máxima, disponibilidad y rentabilidad, pudiendo, al mismo tiempo y por las mismas razones, 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 los contratos impugnados. 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 que lo contrata, una representación mental equivocada, sobre el objeto del contrato.

Aplicando la doctrina jurisprudencial al presente caso no cabe duda, que por lo expuesto, concurrió en el consentimiento prestado por lademandante error esencial y excusable, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa, y que de haber sido informada correctamente no habría contratado, error así mismo imputable a la entidad demandada, al vulnerarse el deber de información, y los protocolos específicos del mismo para un supuesto como el presente, relativos al riesgo del negocio, de la inversión, de sus características, y de la adecuación para el perfil del cliente, error que solo sería inexcusable si la demandada hubiera cumplido con sus obligaciones de información, existiendo relación causal entre el error y la finalidad del negocio, que era además de la rentabilidad, la recuperación del capital invertido, no convalidándose el negocio por la actuación del demandante de confirmación de la ordende compray la percepción de intereses sin protesta alguna hasta la fecha de la propuesta de canje por acciones, pues aquel comportamiento es lógico en tanto el cliente no alcanza a percibir el error en que ha incurrido, que sólo constata al advertir las consecuencias

negativas que conlleva el producto, con esa comunicación de canje

En base a lo anteriormente expuesto debe declararse la nulidad de los contratos de suscripción de participaciones preferentes, por vicio del consentimiento determinado por error esencial y no imputable al actor, por cuanto resulta probado que en el presente caso el consentimiento del demandante fue prestado por error.

SÉPTIMO.-Último punto a analizar es la operación comercial del canje de las participaciones preferentes por las acciones de Bankia-

En el presente supuesto en fecha 20 de marzo de 2.012, se produce el canje por acciones de Bankia, de las Participaciones Preferentes, emitida por Bancaja, de fecha 7 de enero de 1999, de 6 de enero de 2000, de 18 de octubre de 2.001, de 6 de marzo de 2002 y de 25 de junio de 2002, por un valor nominal de 61.200 euros, se aporta como doc. nº 11 de la demanda, oferta de recompra y suscripción, y como doc. nº 12 el test de conveniencia realizado en la misma fecha que la orden de recompra y suscripción de acciones.

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 propio 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 adquisición de las participaciones preferentes, debe extenderse también al canje por acciones de 20 de marzo de 2.012 por falta de causa conforme el artículo 1275 del Código Civil, por ser nulo el contrato de participaciones preferentes, cuyos efectos arrastran al de adquisición de acción, o en su caso de implicar una novación por ser la novadanula 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 participaciones preferentes. En consecuencia, siendo declarado nulo el contrato de adquisición de valores por vicio del consentimiento por error, 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 actora, 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 participaciones preferentes, y si la adquisición de estas es nula, no concurre causa en la adquisición de las acciones.

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.

Cierto es que como consecuencia del mencionado canje de participaciones preferentes por acciones, se hace imposible que los actores restituyan a la demandada las participaciones preferentes inicialmente adquiridas, 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 devolver por Bankia a la actora será de 61.200 euros, cantidad que deberá ser reducida, en aquélla que resulte de sumar el total importe de los rendimientos obtenidos por las obligaciones subordinadas desde las fechas de sus respectivas adquisiciones.

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 61.200 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.

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 D^a [REDACTED] representada por el Procurador de los Tribunales D. Manuel Angel Hernández Sanchis, y asistidos jurídicamente por el Letrado D^a M^a Dolores Arlandis Almenar, contra la mercantil BANKIA SA, (como sucesora de Caja de Ahorros de Valencia Castellón y Alicante, Bancaja), representada por la Procuradora de los Tribunales D^a [REDACTED] y asistida jurídicamente por el Letrado D. [REDACTED] debo declarar y declaro la nulidad de los contratos de adquisición de participaciones preferentes celebrados entre la 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 condenando a la demandada Bankia, SA a la devolución a la demandante, de la suma reclamada de SESENTA Y UN MIL DOSCIENTO EUROS (61.200 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; y 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.