

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 25
VALENCIA**

Avenida DEL SALER (CIUDAD DE LA JUSTICIA), 14º - 5º

N.I.G.: 46250-42-2-2013-0034377

Procedimiento: Asunto Civil 001012/2013 JUICIO ORDINARIO

SENTENCIA nº 161/2014

JUEZ QUE LA DICTA: D/Dª ANA MARIA MESTRE SORO

Lugar: VALENCIA

Fecha: dieciséis de septiembre de dos mil catorce

PARTE DEMANDANTE: [REDACTED]

Abogado: ARLANDIS ALMENAR, MARIA DOLORES

Procurador: HERNANDEZ SANCHIS, MANUEL ANGEL

PARTE DEMANDADA BANKIA SA

Abogado: [REDACTED]

Procurador: [REDACTED]

OBJETO DEL JUICIO: Nulidad contractual

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que por la parte actora se presentó escrito de demanda que por turno de reparto correspondió a este Juzgado, aduciendo los hechos que constan en autos, y tras alegar los fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, terminó suplicando al Juzgado se dictase sentencia de acuerdo con sus peticiones.

SEGUNDO.- Que admitida a trámite la demanda, se emplazó a la parte demandada, quien compareció dentro del plazo legal, contestando a la demanda, señalándose fecha para la celebración de audiencia previa y la celebración de juicio, con el resultado que obra en grabación en soporte informático.

TERCERO.- En la tramitación de estos autos se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .-En el presente procedimiento instado por ██████████ ██████████ ██████████ en su condición de heredero de su fallecido padre ██████████ ██████████ ██████████ contra BANKIA SA , es objeto de la controversia según se estableció por las partes en la audiencia previa al juicio , si existió error en el consentimiento en las ordenes de adquisición de participaciones preferentes BEF serie A de 12 de marzo de 2010 por importe de 3.000€ , de participaciones preferentes BEF serie B de 6 de mayo de 2010 por 12.000€ , de participaciones preferentes BEF serie B de 21 de mayo de 2010 por 1.200€ , de participaciones preferentes BEF serie B de 23 de agosto de 2010 por 600 € y de obligaciones Bancaja E 08 07-22 de 11 de octubre de 2010 por 1.000€ , por tanto se considera que se ejercita finalmente la acción de anulabilidad como resulta del relato factico de la demanda .

Se solicita por la actora que se declaren nulos los contratos litigiosos por vicio en el consentimiento (error) , porque siendo su padre , quien falleció en fecha 19 de febrero de 2012 , una persona de muy avanzada edad con una demencia senil progresiva que desembocó en una declaración de incapacidad mediante sentencia de fecha 17 de octubre de 2011 , de escaso nivel formativo y nula formación en finanzas , le colocaron varios productos complejos de alto riesgo en varios meses , cuando le venció un plazo fijo , no siendo adecuados a su perfil y sin darle información, y que en fecha 12 de marzo de 2012 y bajo presión se suscribió por el hoy actor como heredero el canje por acciones ,con un test no conveniente ; que no se le informo del riesgo ni antes ni después de la inversión y de haber cumplido la demandada diligentemente con su labor de asesoramiento atendido el elevado riesgo y complejidad de los productos no los hubiera contratado .

Pretensión respecto a la cual la demandada se opone alegando las excepciones de falta de litisconsorcio pasivo necesario que fue desestimada en la audiencia previa ; en cuanto al fondo entiende que se ha producido una novación extintiva de los contratos de suscripción de participaciones preferentes y obligaciones subordinadas al ser aceptado el canje por acciones de Bankia quedando extinguida la acción de anulabilidad ; que se suscribieron las ordenes de compra de los productos porque eran mas rentables , no tratándose de plazos fijos, no existió error , se informo , cumpliendo la entidad con sus obligaciones ; y la oferta de canje fue consecuencia de la nueva regulación bancaria , aceptandola voluntariamente ; recibiendo trimestralmente y mensualmente los rendimientos , así como la información fiscal ; y por tanto no hay vicio en el consentimiento , ni incumplimiento alguno de la entidad .

SEGUNDO.- Para resolver la cuestión planteada debemos partir de que no se discute por la demandada que la parte actora (o de quien trae causa) tiene un perfil minorista , y ha reiterado la sección novena de la Audiencia Provincial de Valencia que los productos objeto de autos son complejos y de riesgo , y teniendo en cuenta que lo que determina la conducta informativa legalmente impuesta a la entidad bancaria no solo depende del tipo de relación jurídica que se establezca entre esta y el inversor sino también de modo esencial el perfil del cliente , y al ser la parte actora minorista la protección ha de ser máxima , cuando ademas los productos son complejos como en este caso .

Atendida la fecha de las contrataciones es de aplicación la Ley 47/2007 de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley del Mercado de Valores, que introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2004/39 CE, sobre Mercados de Instrumentos Financieros, conocida por sus siglas en inglés como MIFID (Markets in Financial Instruments Directive) en especial su art 79 bis. De ahí que aun en el caso de hallarse ante unas operaciones de comercialización y no de asesoramiento, la entidad queda obligada a prestar información con arreglo a lo establecido en el art 79 bis punto 7 de LMV. Así debe tratar los intereses de los inversores "como si fueran propios", dar una información "imparcial, clara y no engañosa" con el deber de facilitarles información comprensible sobre los instrumentos financieros y las estrategias de la inversión, exigiéndose aunque no se preste el servicio de asesoramiento un deber de la entidad de identificar la cualificación y conocimientos del inversor con relación a un concreto producto "con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente", debiendo advertir al cliente de su adecuación cuando así lo sea.

Ello conlleva una inversión de la carga probatoria, de forma que la entidad financiera sujeta al cumplimiento de las mencionadas obligaciones es la parte que habrá de demostrar su diligente actuación en las operaciones realizadas, más aún cuando estamos ante productos adquiridos por consumidores. Así lo indica la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de la sección 6ª de fecha 12 de julio de 2012: "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 claro y exacto de aquello sobre lo que prestan su aceptación y de las consecuencias que ello supone. Esta igualdad esencial que respecto de las partes debe presidir la formación del contrato, ha de desplegar su eficacia en las diferentes fases del mismo. En la fase precontractual debe procurarse al contratante por la propia entidad una información lo suficientemente clara y precisa para que aquel entienda el producto o servicio que pudiera llegar a contratar y si se encuentra dentro de sus necesidades y de las ventajas que espera obtener al reclamar un servicio o al aceptar un producto que se le ofrece. En la fase contractual basta como ejemplo la existencia de la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de Contratación, en cuyo artículo 8 se mencionan expresamente las exigencias de claridad, sencillez, buena fe y justo equilibrio de las prestaciones en el contrato suscrito entre las partes, que por la propia naturaleza del contrato van a ser fijadas por el Banco en este caso. Posteriormente, ya firmado el contrato, se exige igualmente arbitrar unos mecanismos de protección y reclamación que sean claros y eficaces en su utilización y que vayan destinados a la parte que pudiera verse perjudicada por

la firma del contrato, en defensa de los posibles daños a sus intereses".

Entrando en el error en el consentimiento base de la nulidad pretendida, se alega por la parte demandante que existió error en los riesgos que se asumía, entendiéndolo su padre dada su edad y estado mental que tenía plazos fijos, habiéndose dejado asesorar por el empleado de la oficina de confianza.

La STS de 26 de julio de 2000 en orden a la declaración de nulidad del contrato por error en el consentimiento, afirma que han de concurrir los requisitos que la Jurisprudencia (entre otras Sentencias 18 febrero 1994, 14 julio 1995, 28 septiembre 1996 y 6 febrero 1998) exige al respecto, es decir, que recaiga "sobre la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración, de modo que se revele paladinamente su esencialidad; que no sea imputable a quien lo padece; un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado, y que sea excusable, en el sentido de que sea inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular (Sentencias 14 y 18 febrero 1994, y 11 mayo 1998). Según la doctrina del propio Tribunal Supremo la excusabilidad ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso, incluso las personales, tanto del que ha padecido el error, como las del otro contratante, pues la función básica del requisito es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente (Ss. 4 enero 1982 y 28 septiembre 1986).

En los contratos en general que suscriben los consumidores, clientes bancarios o inversores minoristas constan manifestaciones formales de haber sido, efectivamente, informados, con lo que se pretende que quede acreditado documentalmente el cumplimiento de las obligaciones legales de información a cargo de las entidades, todo ello en consideración a que, como hemos señalado anteriormente la carga de la prueba de la correcta información corresponde a la entidad financiera, así la inclusión en el contrato de una declaración de ciencia en tal sentido en el caso del inversor, básicamente, que conoce los riesgos de la operación no significa, sin embargo, que se haya prestado al consumidor, cliente o inversor minorista la preceptiva información, no constituye una presunción "iuris et de iure" de haberse cumplido dicha obligación ni de que el inversor, efectivamente, conozca los riesgos, último designio de toda la legislación sobre transparencia e información.

En el ámbito de la protección del consumidor, del cliente bancario o del inversor la información es considerada por la ley como un bien jurídico y el desequilibrio entre la información poseída por una parte y la riqueza de datos a disposición de la otra es considerado como una fuente de injusticia contractual. Por ello el legislador obliga al empresario, el banco o la entidad financiera a desarrollar una determinada actividad informativa. La acreditación de haber desarrollado la actividad informativa legalmente exigida se consigue, en principio, mediante las declaraciones de ciencia que se incluyen en el contrato. En tal supuesto se genera una presunción "iuris tantum" de que se ha desplegado la actividad informativa exigible relativa a la naturaleza de los productos y a los riesgos que supone.

Dicha presunción puede ser desvirtuada en el proceso mediante la oportuna prueba, la doctrina de las Audiencias Provinciales, viene manteniendo, en cuanto a la carga

de probar la suficiencia y claridad de la información, como hemos señalado, que "es la entidad de crédito la que debe probar que ha cumplido con los deberes de información necesarios según la legislación vigente" (sentencia 486/2010, de 4 de diciembre, de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos) y que "la diligencia que le es exigible (a la entidad financiera) no es la de un buen padre de familia sino la del ordenado empresario y representante leal, en defensa de los intereses de sus clientes" (sentencia de 16 de diciembre del 2010, de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Asturias)".

En el presente caso hay documentos contractuales, las ordenes de compra de las participaciones preferentes y de las obligaciones subordinadas y tests firmados por el fallecido, y documentos del canje firmados por el heredero hoy actor con un test no conveniente, pero no se ha traído por la demandada a juicio como testigos a los empleados que colocaron los productos y realizaron el canje para determinar como se obtuvieron esas firmas, ni se ha interrogado al respecto al demandante.

El fallecido no tenía conocimientos financieros ni la lucidez suficiente (docs 2 a 9 demanda y testifical de su vecino Sr ██████████) para comprender los productos, máxime cuando no consta que se le informara suficientemente sobre los mismos. Así, nos hallamos ante unas operaciones que no responden al perfil del cliente y, por tanto, si éste acepta, ha de deducirse que ello fue debido a que no fue correctamente informado.

La entidad bancaria demandada, no cumplió con su obligación de informar en los términos previstos en la Ley del Mercado de Valores para inversores minoristas y productos complejos, como eran los de autos, no consta que se informara del peor de los escenarios posibles (la pérdida total).

Téngase en cuenta que la obligación de informar, en el supuesto de autos, es activa (no es el cliente el que tiene que preguntar lo que no entiende) y por tanto se ha de alertar por el banco al cliente sobre el riesgo de los productos y si son adecuados a su perfil, conocer su situación económica, su experiencia financiera, sus objetivos, para poderle recomendar el producto adecuado (no basta con que firme unos documentos, ni un test, que teniendo en cuenta su contenido se revela generalista, escueto e impreciso y no responde a la verdad según lo actuado), estando ante unos productos complejos que no encajaban en su perfil, pudiendo necesitar el dinero invertido y la rentabilidad del mismo, por lo que no podía, ni debía asumir el riesgo de perder todo o parte de su dinero, lo que no se le transmitió al recomendarle los productos. No se ha acreditado por la demandada que se le preguntara al cliente hasta cuanto estaba dispuesto a perder, recomendándole unos productos que no le convenían, que no eran adecuados para el.

Así, por lo expuesto concurrió en el consentimiento prestado por la parte demandante (o de quien trae causa) error esencial y excusable, imputable a la entidad demandada, al vulnerarse el deber de información, 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 puede estimarse la confirmación del contrato anulable amparada en el artículo 1309 CC , como tampoco su conversión en otro negocio válido , que pugnaría con las propias condiciones en que se hace el canje de los productos .

La confirmación o convalidación del contrato anulable al que se alude por la parte demandada exige, como requisito de validez (art. 1309 CC), que el vicio originante -el error-de la invalidez del negocio haya cesado, lo cual no ha quedado acreditado que acontecía en el instante en que el actor aceptó el canje .Los términos en que dicho canje se produjo distan mucho de una situación pacífica y de voluntaria convalidación del contrato viciado -sea expresa o tácita-pues el negocio celebrado es un hecho notorio que se hizo bajo la circunstancia clara de necesitar de forma imperativa una solución de liquidez y sin renunciar a las acciones futuras para lograr la ineficacia de los contratos de origen .

La inevitable aplicación de la doctrina de la propagación de la ineficacia del contrato arrastra al canje realizado para la conversión , considerando de tal modo que, excluida la confirmación o conversión del contrato nulo en los términos antedichos, la ineficacia por nulidad relativa abarca o engloba los contratos iniciales y los posteriores con el mismo origen . Es incuestionable que existe un nexo de conexión evidente entre los contratos por los que se adquirieron las participaciones preferentes y las obligaciones subordinadas y el canje posterior . Como mantiene el TS en su sentencia de 17 de junio de 2010 y en una situación muy similar a la presente, los contratos están causalmente vinculados en virtud del nexo funcional, dado que sin las pérdidas de las obligaciones no se hubiera celebrado el segundo, que tenía por finalidad tratar de paliarlas o conjugarlas Debe mantenerse que existe una ineficacia en cadena o propagada, pues no hablamos tanto de contratos coligados a la consecución del resultado empírico proyectado, sino de contratos que actúan unos en condición de eficacia o presupuesto de los otros, de tal grado que la ineficacia de los contratos de origen que son presupuesto acarrea la nulidad del contrato dependiente que es consecuencia suya.

Añadir que no se convalida el negocio por la actuación de la parte demandante o de quien trae causa de la percepción de intereses , y de información contable y fiscal , sin protesta alguna , pues aquel comportamiento es lógico en tanto el cliente no alcanza a percibir el error en que ha incurrido, que sólo constatariaal advertir las consecuencias reales negativas que conlleva el producto, cuando se le avisa para el canje (ya al hijo) , no siendo por tanto de aplicación la doctrina de los actos propios , por todo ello procede acceder a las nulidades instadas .

Los efectos de la nulidad se residencian en el art. 1303 CC , que impone que deben restituirse recíprocamente las cosas del contrato con sus frutos y el precio con sus intereses, sin que al caso le afecten los artículos siguientes. Es doctrina jurisprudencial reiterada (sentencias del TS de 24 de marzo o de 22 de mayo de 2006 , entre otras muchas), que la obligación de restitución de objeto y precio nace de la Ley, y no del contrato que se declara nulo, hasta el punto de que no es preciso que las partes hayan solicitado expresamente tal devolución, bastando con que se solicite la nulidad para que surja la consecuencia legalmente establecido, sin que suponga incurrir en incongruencia.

Es por ello obligación de la parte demandada la devolución del principal invertido (17.800 euros) y los frutos que el capital ha generado, que se materializa en el interés legal devengado desde la efectividad de las ordenes de compra como medio de lograr un

justo reintegro patrimonial y en consecuencia la asunción por la demandada de las acciones que se canjearon a la parte actora . Empero, del mismo modo deberá la parte demandante reintegrar a la parte demandada la totalidad de los importes de intereses brutos abonados durante el periodo de vigencia de los contratos , con el interés legal desde el instante en que se abonaron .

En consecuencia de lo anterior, en ejecución de sentencia deberá determinarse la liquidación concreta de las prestaciones que deben restituirse, sobre la base liquidatoria (art. 219.2 LEC) que se acaba de citar, determinándose la cantidad oportuna que, por vía de la compensación judicial, resulta ser acreedora la parte actora . Por todo ello procede estimar la demanda .

TERCERO .- Las costas han de ser impuestas a la parte demandada de conformidad con el art 394 de la Lec, habida cuenta que este precepto establece que, *“En procesos declarativos las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones”*.

FALLO

Que estimando la demanda interpuesta por ██████████ ██████████ ██████████ ██████████ contra BANKIA SA , debo declarar y declaro la nulidad de las suscripciones de las participaciones preferentes y obligaciones subordinadas litigiosas , así como su posterior canje por acciones de Bankia , con restitución entre las partes de lo percibido , condenando a BANKIA a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a devolver a la parte demandante la cantidad total invertida de 17.800€ mas intereses legales desde la efectividad de las ordenes de compra y en consecuencia la asunción por la demandada de las acciones que se canjearon , y con restitución a BANKIA de la totalidad de los importes de intereses brutos abonados durante el periodo de vigencia de los contratos , mas el interés legal desde el instante en que se abonaron , 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 ante el tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de VEINTE DIAS hábiles contados desde el día siguiente a la notificación de aquella (art 458 de la lec en su redacción dada por la ley 37/2011 de 10 de octubre de medidas de agilización procesal). Asimismo para su interposición será precisa la consignación como depósito de 50 €, que deberán consignarse en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Juzgado, con advertencia de que no se admitirá a trámite ningún recurso cuyo depósito no esté constituido, y todo ello de conformidad con la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre.

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

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el/la Sr/a. Magistrado-Juez 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, en VALENCIA , a dieciséis de septiembre de dos mil catorce .