

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 16 DE VALENCIA

Av. Profesor López Piñero, 14 - 4ª Planta (Zona Azul)(Edificio Ciudad de la Justicia)
TELÉFONO: 961.929.025 **Fax nº** 961.929.325

Demandante: [REDACTED] y [REDACTED]
Procurador: HERNANDEZ SANCHIS, MANUEL ANGEL
Demandado: BANKIA SA
Procurador: [REDACTED]

PROCEDIMIENTO ORDINARIO nº 614/2013

SENTENCIA nº 169/2014

En Valencia a veinticinco de septiembre de dos mil catorce.

Vistos por mí, Dª Angela Fons Cuallado, Juez Sta. de Primera Instancia número. Dieciséis de Valencia, los presentes autos de juicio ordinario seguido en este Juzgado al número nº 614/13, promovidos por el Procurador de los Tribunales D Manuel A. Hernández Sanchis en nombre y representación de Dª [REDACTED] y D [REDACTED] asistidos de la letrado Dª Mª Dolores Arlandis Almenar contra BANKIA S.A. representados por la procuradora de los Tribunales Dª [REDACTED], asistida del letrado D [REDACTED].

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Por turno de reparto correspondió a este Juzgado, demanda formulada por el Procurador de los Tribunales D Manuel A. Hernández Sanchis en nombre y representación de Dª [REDACTED] Y D [REDACTED] con fundamento en los hechos y razonamientos de derecho que estimó de aplicación, solicitando se dictara sentencia conforme el suplico de su demanda.

SEGUNDO.-Admitida a trámite la demanda, se dio el oportuno traslado a la parte actora, presentando la procuradora Dª [REDACTED] en la representación acreditada de Bankia, escrito de contestación en el plazo señalado, en el que solicitaba, que tras los trámites oportunos se dictara sentencia desestimando íntegramente la demanda.

TERCERO.-Convocadas las partes a la celebración de la audiencia previa, y al no haberse alcanzado un acuerdo, cada parte ratificó su escrito de demanda y contestación. Habiéndose planteado por la demandada la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario y

excepción de falta de legitimación activa de D [REDACTED] tras el oportuno traslado a la contraparte, fueron desestimadas en el acto de la vista.

Recibido el pleito a prueba, por la parte actora se propuso: 1-documental por reproducida, 2-documental que aportó en el acto de la vista; 3-requerimiento a efectuar a la demandada para aportación de instrucciones de comercialización relativas a participaciones preferentes serie A y B de Bancaja; 4- testifical y 5- testifical pericial. Por la parte demandada se propuso: 1-documental por reproducida; 2-interrogatorio de la parte actora. Por S.Sª se declararon pertinentes la totalidad de las pruebas propuestas, señalándose para la celebración del oportuno juicio el día 19 de septiembre de 2014.

CUARTO.--Que en el acto del juicio se practicaron las pruebas admitidas, formulando posteriormente los Letrados sus conclusiones.

QUINTO.- Que en la tramitación de este procedimiento se han observado, en lo esencial, las formalidades legales, habiéndose procedido a la grabación del juicio con medios técnicos de imagen y sonido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-La parte actora, ejercita acción contra Bankia S.A. alegando en síntesis, que sus mandantes, que ostentan la condición de consumidores y clientes minoristas , sin ningún tipo de conocimiento financiero y de claro perfil conservador, suscribieron las siguientes órdenes de compra: en fecha 22 de marzo de 2000 Participaciones preferentes , por importe de 6000 euros; el 10 de junio de 2009 Obligaciones Bancaja E 10 por valor de 20.000euro; y en la misma fecha Participaciones Preferentes BEF S/A por valor de 4.800 euros; el 10 de diciembre de 2010, Participaciones Preferentes BEF S/A por valor de 600 euros, y en fechas 3 de febrero , 16 de marzo y 18 de julio de 2011 Participaciones Preferentes BEF S/A, por importe cada una de ellas de 600 euros. Que en la contratación de estos no fueron informados por los empleados de dicha entidad, veraz y correctamente sobre la naturaleza específica, características y riesgos de los productos financieros que suscribían, en particular, sobre la clase específica de los valores financieros: participaciones preferentes y obligaciones subordinadas. Tampoco fueron informados sobre los tipos de riesgo a los que los depósitos estaban sujetos, cuando los demandantes solicitaron un producto sin riesgos, cuando tales productos han sido catalogados por la Comisión Nacional del Mercado de valores como un producto complejo y de riesgo. Que en marzo de 2012, sus mandantes

reciben una llamada telefónica de la entidad, citándoles en la sucursal y ofreciéndoles sorpresivamente la devolución de una de las adquisiciones de participaciones Preferentes realizada el 10 de junio de 2009 por importe de 4.800 euros. Que el día 5 de marzo de 2012, se les ingresa en su cuenta corriente dicho importe. Pocos días después, la entidad financiera, remite un escrito informando de que la única solución para los clientes de Participaciones Preferentes, es el canje por acciones, por lo que no dando otra alternativa, aceptaron el canje de dichas participaciones. Que no se ofreció el canje de las Obligaciones Subordinadas de la Décima emisión, por lo que el canje de éstas no se produjo. Tras los fundamentos de derecho que estimó de aplicación, solicitó se dictara sentencia declarando la nulidad de pleno derecho o la anulabilidad de las Compras de Valores impugnadas y del canje posterior, todo ello con las consecuencias legales inherentes a dicha declaración condenando a la entidad demandada al pago de intereses legales desde la fecha de la inversión, así como los correspondientes desde la fecha de interposición de la demanda; subsidiariamente declare que la demandada ha tenido una conducta culposa o cuanto menos negligente en la relación contractual con sus mandantes, incumpliendo las obligaciones de información, diligencia y transparencia que le venía impuestas, condenando a la entidad demandada, al resarcimiento en concepto de daños y perjuicios, del importe de la inversión, siendo ésta de 28.400 euros, mas los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda, con expresa imposición de las costas causadas.

Frente a dicha pretensión, la parte demandada, planteó la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, así como excepción de falta de legitimación activa. Las citadas fueron desestimadas en su integridad en la Audiencia Previa celebrada el 15 de enero del año en curso. Alegó, de igual forma, la caducidad de la acción en relación con la nulidad o anulabilidad de las ordenes de adquisición de participaciones preferentes y obligaciones subordinadas, puesto que la consumación del contrato de suscripción de dicho productos tuvo lugar en la fecha en que se suscribieron las órdenes de compra cuya nulidad ahora se pretende, produciéndose la consumación el mismo día de la suscripción, razón por la cual la acción de nulidad ha caducado. Que la parte actora no ha actuado de buena fé con la interposición de la demanda, al vulnerar la prohibición de ir contra los actos propios, la doctrina del retraso desleal en el ejercicio de los derechos y la doctrina del abuso de la nulidad por motivos formales. Que Bancaja no infringió obligación legal alguna, puesto que informó a la parte actora, antes, durante y posteriormente a su contratación de participaciones preferentes para que tuviera pleno conocimiento de su funcionamiento y características no habiendo impuesto ni aconsejado a éstos sus suscripción, sino que únicamente informó de la existencia del producto y fue el actor quien emitió al orden de inversión. Que dichas ordenes de compra, fueron firmadas por al

demandante y tal firma tiene la eficacia de obligar a presumir el conocimiento y la conformidad del firmante con la totalidad de su contenido, salvo prueba en contrario; por ello, la firma de estos documentos implican la asunción de su contenido. Por ello, habiéndose facilitado toda la información verbal y escrita necesaria sobre las participaciones preferentes a la parte actora, ésta, decidió invertir en este tipo de producto financiera, no pudiendo alegar vicio en el consentimiento o dolo omisivo en la información facilitada. Que el producto adquirido puede ser vendido en un mercado que funciona en base a los principios de transparencia y liquidez que rigen otros mercados.

Tras los fundamentos de derechos que estimó de aplicación, terminó solicitando se dictara sentencia desestimando íntegramente la demanda, con expresa condena en costas a la parte actora.

SEGUNDO.- Se ejercita en la demanda, como acción principal, la de declaración de nulidad de los contratos financieros consistentes en suscripciones de obligaciones subordinadas y participaciones preferentes , en base a la existencia de vicio en el consentimiento prestado para el otorgamiento de los contratos por dolo o error, con fundamento en los artículos 1.261, 1.265 y concordantes del Código Civil.

Subsidiariamente se ejercita en la demanda la acción de indemnización por responsabilidad contractual ex art. 1.101 CC., por incumplimiento grave por la mercantil demandada de sus obligaciones contractuales y de la normativa legal reguladora de los servicios de inversión.

Consta acreditado en el procedimiento, al no ser un hecho controvertido entre las partes que los demandantes, suscribieron las siguientes órdenes de compra: en fecha 22 de marzo de 2000 Participaciones preferentes , por importe de 6000 euros; el 10 de junio de 2009 Obligaciones Bancaja E 10 por valor de 20.000euro; y en la misma fecha Participaciones Preferentes BEF S/A por valor de 4.800 euros; el 10 de diciembre de 2010, Participaciones Preferentes BEF S/A por valor de 600 euros, y en fechas 3 de febrero , 16 de marzo y 18 de julio de 2011 Participaciones Preferentes BEF S/A, por importe cada una de ellas de 600 euros. (Documentos 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 8 de los aportados junto con el escrito de demanda) Que en fecha 4 marzo de 2012, la entidad bancaria, procedió a la devolución de la adquisición de participaciones Preferentes realizada el 10 de junio de 2009 por importe de 4.800 euros. Que en fecha 16 de marzo de 2012 se procedió a la recompra de participaciones preferentes y suscripción de acciones de Bankia (documentos 15 y 16 de la demanda).

Atendido dicho extremo, procederá, en primer lugar el estudio de la

excepción de caducidad de la acción planteada por la demandada, que alega han transcurrido mas de cuatro años desde al fecha de contratación entre las partes y la presentación de la demanda.

El Artículo 1301 del Código civil, indica que "la acción de nulidad solo durará cuatro años", comenzando a correr el mismo, entre otros, "en los de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato". En el presente procedimiento, a la vista de los hechos alegados por la parte actora, nos encontramos ante un supuesto de anulabilidad, habiendo sentenciado el Tribunal Supremo que los "vicios invalidantes del consentimiento (error, violencia, intimidación o dolo) son causas de anulabilidad y no de nulidad absoluta. Atendiendo a ello, deberá establecerse el dies a quo del cómputo de dicho plazo, es decir, en que momento se entiende consumado el contrato que une a las partes, matizando que en todo caso podrá ejercitarse la acción durante toda la vigencia del contrato, desde su inicio hasta cuatro años después de su consumación.

Jurisprudencialmente se viene manteniendo que el mismo se iniciará una vez queden cumplidas todas las obligaciones o cuando están cumplidas las prestaciones de ambas partes (St ST11 de junio de 2003). Por ello, debe distinguirse si nos encontramos ante un contrato de tracto único o de tracto sucesivo, puesto que los últimos nacen con vocación de permanencia y a diferencia con los primeros, la perfección y consumación no coinciden en el tiempo. Es claro que en presente, entendiendo que nos encontramos ante un contrato de tracto sucesivo, a la vista de que las obligaciones subordinadas, por su propia naturaleza y fecha de vencimiento que generaba que la entidad que comercializaba los productos, debía asumir unas obligaciones- pago de intereses- que perduraban en el tiempo y que en definitiva iban más allá del día en que se perfeccionó el contrato; no había acontecido tal circunstancia a fecha de presentación de la demanda, razón por la cual debe rechazarse la excepción invocada y proceder al estudio del fondo del asunto.

TERCERO.- A la vista de la prueba practicada en autos, se considera acreditado en el procedimiento que los demandantes, en concreto D^a [REDACTED], en el momento de suscripción de las obligaciones subordinadas, carecía de una mínima formación económico-financiera, tratándose de persona dedicada a actividades laborales para las que no necesita una concreta cultura económico-financiera, puesto que alegado por la actora, no se ha practicado prueba en contra. Insta la parte demandante acción de nulidad o anulabilidad, en base a que el consentimiento prestado para tal adquisición estaba viciado por error, al no haberse facilitado ni ofrecido a los adquirentes la información necesaria acerca de la naturaleza, características y riesgos que asumía con tales compras, atendiendo al hecho de que eran cliente minorista con un perfil conservador.

Tal y como señala el Tribunal Supremo en reiteradas sentencias, entre otras la de 22 de mayo de 2006, para que el error, como vicio de la voluntad negocial, sea invalidante del consentimiento, debe ser esencial, recayendo sobre las condiciones de la cosa que hubiera motivado la celebración del contrato o bien que la cosa o producto carezca de las condiciones que se le atribuyen, y que "sea inexcusable, esto es, no imputable a quien lo sufre y no susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe, con arreglo a la cual el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración (Sentencias de 18 de febrero y de 3 de marzo de 1994, que se citan en la de 12 de julio de 2002 y cuya doctrina se contiene, a su vez, en la de 12 de noviembre de 2004, también Sentencias de 24 de enero de 2003 y 17 de febrero de 2005)".

Para valorar y determinar si efectivamente concurrió error esencial y excusable en los demandantes, procede analizar, en primer lugar el producto financiero objeto de compra.

La participación preferente viene regulada en la Ley 13/1985 de 25 de mayo de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de información de los Intermediarios Financieros, introducida en ésta por la Ley 19/2003 de 4 de julio y modificada por el artículo 1.10 de la Ley 6/2011 de 11 de abril por la que se traspone a nuestro Derecho la Directiva 2009/111/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009.

Dichas participaciones, son acciones o participaciones sociales de una sociedad, que se diferencian de las comunes en la carencia de derechos políticos, por lo que se consideran subordinadas, no concediendo, ningún tipo de preferencia, puesto que producida la liquidación o disolución de la sociedad, el tenedor de la participación no tiene ese carácter en el orden de relación de los créditos.

Dicta la citada Ley 13/1985, en su artículo 7 que las mismas constituyen recursos propios de las entidades de créditos cumpliendo en definitiva una función financiera de la entidad, por lo que no es una deuda del emisor, no ostentando por tanto el titular de la misma, ningún derecho de crédito frente a éste, no pudiendo exigir el pago, razón por la cual no tiene fecha de vencimiento. Es por tanto un valor negociable no de deuda, computa, al igual que el capital social y demás patrimonio, como recurso propio de la entidad de crédito emisora.

Por ello, el dinero que se invierte en las participaciones, esta sujeto de forma permanente a la cobertura de las pérdidas del emisor, lo que

supone el riesgo de pérdida total de la inversión, siendo incompatible con la función propia de las obligaciones y valores de deuda porque éstos últimos incorporan una deuda real del emisor y son recursos ajenos sujetos a restitución o pasivo.

La fuente de regulación de las mismas, es la Ley , que excluye de la misma derechos propios de los accionistas como los societarios y parte de los patrimoniales , no atribuyendo derecho a la restitución de su valor nominal, dado que la entidad de crédito que la emite debe invertirlo en su totalidad y de forma permanente en la entidad de crédito dominante de la filial emisora, quedando afectada directamente a los riesgos de ésta, por lo que la liquidez de dicha participación solo puede producirse mediante su venta en el mercado secundario de valores en que ésta cotice , por lo que en supuestos de ausencia de rentabilidad es difícil que se produzca la referida liquidez.

El Banco de España las define como un instrumento financiero emitido por una sociedad que no otorga derechos políticos al inversor, ofrece una retribución fija, condicionada a la obtención de beneficios y cuya duración es perpetua, aunque el emisor se reserve el derecho a amortizarlas a partir de los cinco años.

Por su parte, las obligaciones subordinadas, son instrumentos híbridos de capital, que combinan características propias tanto de la renta fija como de la renta variable, diferenciándose de las acciones o participaciones comunes ,en la carencia de derechos políticos aunque forman parte de los recursos propios del emisor , por lo que se consideran subordinadas, situándose en cuanto a orden de relación de créditos, por detrás de los acreedores comunes y delante de las cuotas participativas y participaciones preferentes emitidas y garantizadas por el emisor, y cotizando en un mercado secundario, diferenciándose de las preferentes, además de por su posición en la prelación de créditos, en que éstas tienen fecha de vencimiento.

La Ley 24/1988 de 28 de julio de Mercado de Valores, considera valores no complejos los desprovistos de riesgo, el cual es de general conocimiento y en los que exista posibilidades frecuentes de venta y otro tipo de liquidación , por lo que atendido a las notas que caracterizan los productos origen de la litis, supone entender que no son unos productos aptos como productos de inversión para clientes minoristas merecedores de una información clara y detallada sobre el emisor , naturaleza y riesgos de un producto financiero.

CUARTO.- Refiere la entidad Bankia que únicamente asumió la obligación de atender las órdenes de compra de participaciones preferentes y obligaciones subordinadas dada por los actores, así como la administración de los valores depositados en la entidad, pero no la de asesorar en materia de inversiones.

Viene manteniéndose por los Tribunales, que aun encontrándonos ante una operación de comercialización de producto y no de asesoramiento, la entidad de referencia queda obligada a prestar información con arreglo a lo establecido en el artículo 79.7 de la Ley de Mercado de Valores en su originaria redacción, concretando tal y como señala la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia sección 6ª en su sentencia de 12 de julio de 2012, que el Real Decreto 629/1993 de 3 de mayo ..."concretó , aún más, la diligencia y la transparencia exigidas, desarrollando, en su anexo, un código de conducta presidida por los criterios de imparcialidad y buena fé, 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 (artículo 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). Dicho Real Decreto fue derogado por la Ley 47/2007 de 19 de diciembre (LA LEY 12697/2007), por la que se modifica la Ley del Mercado de Valores (LA LEY 1562/1988), 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 Directiva). La citada norma continuó con el desarrollo normativo de protección del cliente introduciendo la distinción entre clientes profesionales y minoristas, a los fines de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros (art. 78 bis); reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el art. 79 bis regulando exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, entre otros extremos, sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece a los fines de que el cliente pueda "tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa" debiendo incluir la información las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias, no sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencias financiera y aquellos objetivos (art. 79, bis número. 3, 4 y 7)".

La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014, que en relación al deber de informar por parte de la entidad, señala la diferencia entre asesoramiento y mera comercialización: "Como afirma la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), "(l)a cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente" (apartado 53). Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el art. 52 Directiva 2006/73 , que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de

inversión del art. 4.4 Directiva 2004/39/CE. El art. 4.4 Directiva 2004/39/CE define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como " la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros ". Y el art. 52 Directiva 2006/73/CE aclara que " se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...)", que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales. Carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público. De este modo el Tribunal de Justicia entiende que tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un swap, realizada por la entidad financiera al cliente inversor, "que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público" (apartado 55). Todo ello hace concluir que la entidad demandada si realizó labores de asesoramiento.

Atendiendo a lo expuesto, aunque con el tiempo se ha ido modificando la normativa aplicable respecto al deber de información que asume tanto el emisor como el que comercializa el producto, a fecha de compra de las primeras participaciones (año 2000, según indica la parte demandada) y de las obligaciones, ésta venía obligada a informar exhaustivamente a la actora sobre el producto que le estaba ofertando, puesto que a tal fecha de contratación era preceptiva la existencia de información previa y apreciación de la conveniencia de la inversión en fase precontractual (Ley 26/1988 de 29 de julio sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores, Real Decreto 629/1993 de 3 de mayo sobre normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros obligatorios) decayendo por tanto las argumentaciones realizadas al respecto por la demandada. En cuanto a las ventas de productos con posterioridad a MIFID, debe señalarse que no obra en los autos, los test de conveniencia o más bien de idoneidad que obligatoriamente debían haberse realizado por parte de la entidad bancaria dado que la entidad efectuaba una labor de asesoramiento ya que ofrecía el producto al cliente, por lo que por parte de la entidad demandada, no se obtuvo información sobre el perfil del inversor, infringiendo por tanto la normativa aplicable. Si se realizó test de conveniencia con carácter previo a la firma de la orden de recompra y canje por acciones celebrado en fecha 16 de marzo de 2012, respecto de las participaciones preferentes, tal y como se acredita con el documento acompañado junto con el escrito de contestación a la demanda. Resulta cuanto menos paradójico, que en el mismo se haga constar que el negocio a realizar es

“no conveniente” cuando meses antes (18 de julio de 2011), por los mismos clientes se había ordenado la compra de participaciones preferentes, sin que la entidad bancaria, obligada a examinar el perfil del contratante, hiciera objeción alguna a la firma de tales órdenes de compra.

No consta, al no haberse aportado a los autos, que se entregara ningún tipo de información escrita a los demandantes sobre la naturaleza de los productos ofertados, por lo que procederá valorar la información que de forma verbal les fue facilitada.

Establecido dicha obligatoriedad en la información, se hubieren dado las ordenes de compra en una u otra fecha, procede determinar si efectivamente éste se cumplió, y en ausencia del mismo, si justificó el error en el consentimiento de los adquirentes.

La carga de la prueba de la correcta información corresponde a la entidad financiera, por ser ella la que tiene obligación legal de informar, y porque no puede exigirse al actor la prueba de un hecho negativo.

Pues bien no consta en la causa prueba que permita entrever que dicha obligación fue cumplida, dado que no se presenta documento alguno que acredite que tras el oportuno estudio del perfil del cliente, éste fuera informado de la naturaleza del producto, no constando, que se hiciera entrega de material informativo alguno, tal y como se ha señalado con anterioridad.

En prueba de interrogatorio D^a ██████████, manifestó que cuando compró por primera vez participaciones preferentes, fue informada de que era un producto seguro de renta fija, con liquidez inmediata. Que ella adquirió dichos productos porque no fue informada de la verdadera naturaleza de los mismos, puesto que ella es una ahorradora conservadora y no hubiera asumido el riesgo que tal operación llevaba aparejada si hubiera conocido la complejidad de los mismos. En prueba testifical D ██████████, empleado de Bankia, relató que aunque no lo recordaba, cree que los actores, por su perfil, debían tener contratados productos similares a los plazos fijos. Que él en la fecha de las suscripciones consideraba que eran unos productos seguros, por lo que supone que no les diría que corrían el riesgo de perder sus ahorros. No existe discrepancia entre la declaración de la perjudicada y la del testigo, puesto que si el último manifestó que pensaba que era un producto seguro y desconocía que habían sido calificados como de “bonos basura”, difícilmente pudo ofrecer una información veraz.

Todo ello hace concluir que no se aprecia que se haya cumplido la obligación de información que permitiera a los demandantes conocer, los productos de referencia,(máxime cuando incluso las siglas que aparecían en las órdenes de suscripción, podían generar

equivocaciones) y sobre todo que el principal invertido pudiera perderse, al estar sujeto de forma permanente a la cobertura de las pérdidas del emisor, dándose por tanto los requisitos propios del error, puesto que los clientes, que habían realizado hasta la fecha operaciones financieras a instancia de los empleados de la sucursal, no hubieran celebrado, de conocer su naturaleza y riesgos, dichos contratos, dado que carecían de conocimientos financieros para conocer la realidad de la inversión realizada, atendiendo a la complejidad de los mismos. Señalar, en la misma línea argumental, que la perito D^a Nuria María García, tras ratificar el informe pericial presentado como documento número 18 de los acompañados al escrito de demanda, en el que se califica los productos financieros de referencia como "complejos" y de alto riesgo, atendiendo a la calificación de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, y valorando el perfil de los demandantes, llegó a la conclusión de que tales productos no eran productos convenientes para ellos.

El Tribunal Supremo (ST TS 22 de mayo de 2006), mantiene que para que el error, como vicio de la voluntad negocial, sea invalidante del consentimiento es preciso, por una parte, que sea sustancial o esencial, que recaiga sobre las condiciones de la cosa que principalmente hubieran dado motivo a la celebración del contrato, o en otros términos, que la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen, y precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio atendida la finalidad de éste (Sentencias de 12 de julio de 2002, 24 de enero de 2003 y 12 de noviembre de 2004)", y que además sea excusable, no imputable a quien lo sufre y no susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe, impidiendo con esta última condición que el ordenamiento proteja a aquel que ha sufrido error por su conducta negligente (Sentencias de 18 de febrero y 3 de marzo de 1.994, 12 de julio de 2002, 12 de noviembre de 2004, Sentencias de 24 de enero de 2003 y 17 de febrero de 2005)".

El error en que incurrieron supone un desconocimiento sobre la finalidad contractual perseguida, siendo éste esencial puesto que afecta a obligaciones principales del contrato, así como sustancial, afectando a un elemento básico del contrato, como es la falta de información al cliente, imputable a la entidad bancaria y sobre todo, el riesgo que asumía con tal contratación, considerando que el mismo es suficientemente importante para anular los contratos de compra. Debe concluirse, que el error en que incurrieron los demandantes es esencial y excluyente.

QUINTO.-La demandada opone que la recompra de las participaciones preferentes y su canje por acciones de Bankia, implica una novación extintiva de la relación contractual que regía entre las partes, de manera que no es posible declarar la nulidad de unos contratos que han sido sustituido por otros y que por tanto ya no existen.

La novación se define como la sustitución o cambio de una obligación por otra posterior que extingue o modifica la primera. Tanto la doctrina como la jurisprudencia reconocen diversas modalidades de novación, por sus efectos: novación propia o extintiva y otra impropia o modificativa, que no opera extintivamente, de modo que mientras el vínculo primitivo subsista, aunque modificado, habrá novación impropia (SSTS 22 septiembre 1982, 11 noviembre 1983, 30 octubre 1985, etc.). De conformidad con lo establecido en el art. 1.204 CC, para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya, es preciso que así se declare terminantemente, o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles.

Distingue también, entre novación subjetiva (sustitución de la persona del deudor o subrogación de un tercero en los derechos del acreedor), objetiva (variación de su objeto o de sus condiciones principales) y mixta.

Por ello, deberá calificarse e interpretarse el contrato de recompra y suscripción de acciones celebrado entre las partes, teniendo en cuenta que la misma debe realizarse valorando no solo las estipulaciones establecidas en el mismo, sino la intención real de los contratantes, según lo dispuesto en los artículos 1.281 a 1.289 Código Civil .

En el presente caso , y en lo que a dicho contrato se refiere , el demandante no prestó un consentimiento viciado por error, puesto que ya conocía las condiciones del mismo, pero es claro que no se realizó de forma voluntaria , puesto que atendiendo al contenido de la carta remitida por la entidad comercializadora, no se les ofreció alternativa alguna a la celebración de dicho contrato teniendo que optar, en un corto plazo de tiempo ,a contratar la compra de acciones de Bankia ante la realidad de no poder vender de forma alguna las participaciones preferentes de las que eran titulares. En cuanto a las obligaciones subordinadas atendiendo al contenido de la Resolución del 16 de abril de 2013, de la Comisión Rectora del Fondo de reestructuración Ordenada Bancaria, se produjo el canje obligatorio de las mismas. Por ello, se estima de aplicación el artículo 1.208 que dispone: "la novación es nula si lo fuere 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". El Tribunal Supremo, en sentencias de 17 de junio de 2010 y 22 de diciembre de 2009, admite la propagación de efectos de nulidad de un contrato de inversión en relación con el contrato realizado con posterioridad. En virtud de ello, debe decretarse la nulidad, tanto de la suscripción de preferentes y obligaciones subordinadas, como del canje posterior por acciones de la entidad bancaria.

La consecuencia directa de ello, es la restitución de las cosas objeto del contrato y del precio con sus intereses, conforme a lo dispuesto en el

artículo 1303 del Código Civil.

Atendiendo a la Disposición adicional 2ª, letra B) de la Ley 13/1985 de 13 de mayo sobre coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros que establece que en los supuestos de emisiones realizadas por una sociedad filial de las previstas en la letra a), los recursos obtenidos deberán estar invertidos en su totalidad, descontando gastos de emisión y gestión y de forma permanente en la entidad de crédito dominante de la filial emisora, de manera que quedan directamente afectos a los riesgos y situación financiera de dicha entidad de crédito dominante y de la de su grupo o subgrupo consolidable al que pertenece, es clara la responsabilidad en la que incurre Bankia S.A como comercializadora del producto.

SEXTO.-Conforme a lo dispuesto en el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se hace expresa condena en costas a la parte demandada.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Que estimando la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D Manuel A. Hernández Sanchis en nombre y representación de Dª [REDACTED] y D [REDACTED] asistidos de la letrado Dª Mª Dolores Arlandis Almenar contra BANKIA S.A. representados por la procuradora de los Tribunales Dª [REDACTED], asistida del letrado D [REDACTED]

debo declarar y DECLARO LA NULIDAD de las siguientes:

- orden de compra de Participaciones preferentes de fecha 22 de marzo de 2000, por importe de 6000 euros.
- orden de compra de Obligaciones Bancaja E 10 de fecha 10 de junio de 2009 por valor de 20.000 euros.
- orden de compra de Participaciones Preferentes BEF S/A de fecha el 10 de diciembre de 2010, por valor de 600 euros
- orden de compra de Participaciones Preferentes BEF S/ de fechas 3 de febrero de 2011 por valor de 600 euros
- , orden de compra de Participaciones Preferentes BEF S/ de fecha 16 de marzo de 2011 por valor de 600 euros

- orden de compra de Participaciones Preferentes BEF S/ de fecha 18 de julio de 2011 por valor de 600 euros.
- Contratos de recompra y suscripción de acciones Bankia.

y como consecuencia de ello **DEBO CONDENAR Y CONDENO** a BANKIA S.A. a que de haga pago a D^a [REDACTED] y D [REDACTED] de la cantidad de CINCUENTA MIL EUROS (50.000 euros), todo ello mas los intereses legales devengados desde la fecha de suscripción de cada una de las ordenes de compra, a cuyo fin deberá la parte actora presentar certificación de la fecha de inversión de referencia, pero deduciendo de dichos importes las cantidades percibidas por al 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 mas el interés legal desde las fechas de las correspondientes liquidaciones parciales.

Todo, con expresa imposición a la demandada al pago de las costas procesales causadas.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de Valencia (artículo 455 LECn).

El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de **VEINTE DÍAS** contados desde el siguiente a la notificación de ésta resolución. En este escrito el apelante deberá exponer las alegaciones en que se basa la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que se impugnan (art. 458.2 LEC).

Asimismo, salvo las excepciones previstas, deberá el impugnante al interponer el recurso acreditar haber constituido en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Juzgado, cuya numeración le será facilitada en el número de teléfono indicado en el encabezamiento de este documento, el depósito de **50 EUROS** previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de Noviembre, con la prevención que de no hacerlo **NO SE ADMITIRÁ A TRÁMITE** dicho recurso (apartado 7).

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

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el/la Sr/a. 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 veinticinco de septiembre de dos mil catorce .