

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 6
VALENCIA**

Avenida DEL SALER (CIUDAD DE LA JUSTICIA), 14º - 3º
TELÉFONO: 96-192-90-15

N.I.G.: 46250-42-2-2013-0038753

Procedimiento: Asunto Civil 001135/2013

SENTENCIA N° 000171/2014

JUEZ QUE LA DICTA: D/Dª DAVID GERICO SOBREVELA

Lugar: VALENCIA

Fecha: veintiuno de julio de dos mil catorce

PARTE DEMANDANTE: [REDACTED]

Abogado: MARIA DOLORES ARLANDIS ALMENAR

Procurador: HERNANDEZ SANCHIS, MANUEL ANGEL

PARTE DEMANDADA BANKIA SA

Abogado: [REDACTED]

Procurador: [REDACTED]

OBJETO DEL JUICIO: Ordinarios

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que por la meritada representación de la parte actora se presentó demanda arreglada a las prescripciones legales en la que, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho que estimaba aplicables, terminaba suplicando que se dictara sentencia declarando la nulidad o anulabilidad por error en el consentimiento del actor en la suscripción de las participaciones preferentes A y B, de las participaciones preferentes SIE y de las obligaciones subordinadas E.08, así como el posterior canje obligatorio por acciones, con las consecuencias inherentes a dicha declaración; por vulneración de normas imperativas por Bancaja, ahora Bankia, o por dolo omisivo; todo con las consecuencias legales inherentes a dicha declaración y 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, que se declarara que por la entidad demandada, Bankia S.A. se han incumplido dolosamente, o cuanto menos culposamente, las obligaciones de información, diligencia y transparencia en su relación con el actor y, en consecuencia, se condenara a la entidad demandada al resarcimiento a la actora, en concepto de daños y perjuicios, del importe de 70.000 euros con sus intereses

legales correspondientes; con imposición de las costas procesales causadas a la entidad demandada. Fundaba su acción, en síntesis, en las alegaciones siguientes: El actor D. [REDACTED] tenía al momento de la colocación de los primeros productos objeto de la demanda 74 años, contando con 79 al momento de interposición de la demanda. Durante toda su vida labora trabajó como conserje en un colegio, y como carpintero. Su nivel de estudios es bajo, no entendiendo los términos bancarios ni sobre productos financieros como los que se refiere la demanda, y nunca ha realizado operaciones con instrumentos de características similares ni de riesgo elevado. Su perfil es claramente conservador, habiendo sido titular de depósitos a plazo fijo y de libretas de ahorro, u otros productos como cuenta por Más, acciones, lámina depósito multirenta y unos fondos de inversión garantizados; productos cuyo riesgo y complejidad no se asemejan a las participaciones preferentes y obligaciones subordinadas, siendo todos de naturaleza conservadora. El actor ostenta la condición de consumidor y cliente minorista. La demandada es una entidad financiera que opera con dicha condición en el mercado de valores, como profesional experto, por lo que la relación entre las partes no puede ser analizada exclusivamente desde la perspectiva civil de los artículos 1265 y siguientes del Código Civil, debiendo tenerse también en cuenta las obligaciones jurídicas que afectan a una y otra parte en relación a su posición precontractual, especialmente la demandada como comercializadora experta de productos financieros complejos, sometida a la Ley del Mercado de Valores y normas de desarrollo de la misma. D. [REDACTED] era cliente desde hacía más de 50 años de la entidad demandada y desde hace más de 30 años de la urbana de Bancaja nº [REDACTED], situada en la [REDACTED], poseyendo en la misma un alto grado de confianza y habiendo depositado allí los ahorros fruto de su trabajo. La participación preferente es un producto financiero que presenta altos niveles de riesgo y complejidad en su estructura y condiciones. Las obligaciones subordinadas son instrumentos híbridos, dotados asimismo de complejidad y alto riesgo. Desde el año 2009 todas las calificaciones crediticias se han ido deteriorando, alcanzando la consideración de bono basura y producto de alto riesgo, circunstancias que en ningún momento se pusieron en conocimiento del actor. Ambos productos ya en 2011 poseían la calificación crediticia de bono basura, información relevante para emitir un consentimiento informado y que fue sustraída por la demandada, de lo que resulta un evidente dolo omisivo y un conflicto de intereses, pues la demandada tiene una evidente necesidad de recapitalización frente a su cliente ahorrador. Respecto de las órdenes de compra, no existió información precontractual, postcontractual ni durante la vigencia de los contratos, acerca de las verdaderas características y riesgos que se asumían por el actor. El Banco no es el mero intermediario de la operación sino la contrapartida directa de la operación y actúa por cuenta propia. De un lado actúa como comercializadora del producto y asesora al cliente y por otro actúa como creador, vendedor y beneficiario de los productos estructurados en forma de obligaciones subordinadas y participaciones preferentes, resultando palmario que existe un conflicto de interés entre los preferentistas y obligacionistas y el propio banco. En cuanto a los hechos, en 2008 el actor recibió una llamada telefónica del director de la entidad demandada, de la urbana citada, ofreciéndole la posibilidad de depositar sus ahorros en un depósito donde tener su dinero de forma segura, que le

reportaría unos buenos intereses. En palabras del propio director, era un plazo fijo con disponibilidad inmediata y no poseía ningún riesgo. Con fecha 12 de marzo y 4 de noviembre de 2008 suscribe lo que le decían que eran depósitos a plazo fijo, pero lo que le estaban colocando eran participaciones preferentes. En 2009 la entidad aconseja al actor la suscripción de otros depósitos con liquidez, sin riesgo alguno, con la posibilidad de recuperar el dinero en cualquier momento, que también le reportarían unos buenos intereses. Así, con fecha 21 de septiembre de 2009 le colocan participaciones preferentes serie A por importe de 7.800 euros y participaciones preferentes SIE (Sabadell Internacional Equity) por importe de 6000 euros. El 25 de septiembre le colocan participaciones preferentes SIE y obligaciones subordinadas E.08 por importe ambas de 5000 euros, y con fecha y con fecha 30 de diciembre de 2009 le colocan participaciones preferentes SIE por importe de 4000 euros. En 2010 le vuelven a ofrecer depositar sus ahorros en lo que le explicaban que eran operaciones a plazo fijo sin ningún tipo de riesgo. Así, el 24 de marzo de 2010 suscribe orden de compra de participaciones preferentes serie B por importe de 6000 euros. El 22 de abril de 2010 la propia entidad aconseja al actor la cancelación de una imposición a plazo fijo para proceder ese mismo día a la compra de participaciones preferentes serie A por importe de 5.400 euros, fecha en que ya tenían la condición de bono basura. El 29 de septiembre de 2010 participaciones preferentes serie A por importe de 4800 euros. En 2011, cuando ya todos los productos objeto de la demanda tenían la consideración de bono basura, se le vuelve a ofrecer por la demandada estos depósitos. Así, el 31 de enero de 2011 suscribe obligaciones subordinadas E.08 por importe de 8000 euros y el 11 de abril de 2011 suscribe dos órdenes de participaciones preferentes serie A por importes de 3000 y 6000 euros. En las órdenes de compra las participaciones preferentes se describen con abreviaturas que no permiten la identificación del tipo de producto que se contrata de forma clara y detallada. No se permite la identificación del emisor. La identificación del tipo de producto como PPF da lugar a interpretación errónea al entender que se suscribe un plazo fijo. Las obligaciones subordinadas también se describen con abreviaturas. No aparece ninguna referencia a la perpetuidad, en caso de las participaciones preferentes, o al vencimiento en 2022 en caso de las obligaciones subordinadas. Tampoco se indica la opción de amortización anticipada a favor del emisor ni el tipo de interés o el carácter variable de la rentabilidad. En cuanto a los documentos referentes a las participaciones preferentes serie A de fecha 29/09/2010 y las obligaciones subordinadas de la 8ª emisión de 31 de enero de 2011, se entregaron el 29 de septiembre de 2010 y el 31 de enero de 2011, es decir, el mismo día de la firma de la orden de compra, y debieron de haber sido entregados con la suficiente antelación para poder realizar una lectura pormenorizada y poder entender los riesgos. Se trata de una información contable y financiera que puede calificarse de muy compleja y técnica. No se indica la rebaja de calificación crediticia del emisor, que se ha ido deteriorando desde junio de 2009. tampoco consta el precio de las participaciones preferentes y las obligaciones subordinadas. En ningún momento se procedió a realizar a D. ██████ el preceptivo test de idoneidad, documento exigible desde la aplicación de la normativa MIFID, y por tanto de obligado cumplimiento desde las primeras contrataciones efectuadas en 2008. En las contrataciones de 2008 no se realiza ningún test, y en las de 2009, 2010 y 2011 aparecen algunos

test de conveniencia, más sencillos que el de idoneidad, que se contradicen entre ellos y que identifican el producto de forma incorrecta. En marzo de 2012, permaneciendo los ahorros del actor bloqueados y sin acceso alguno, la entidad financiera ofrece como única solución el canje por acciones, por lo que al actor no le quedó otra alternativa que aceptar el canje de ambos productos. Las órdenes de canje se redactan de forma compleja y se caracterizan por su difícil comprensión por personas no especializadas en este tipo de productos. En el caso que nos ocupa la demandada estaba prestando un servicio y una labor de asesoramiento, no de simple intermediación ni de simple ejecución de órdenes, y en esa labor asumida incumplió las obligaciones de diligencia, transparencia e información. La adecuación del producto al cliente es un factor esencial en el proceso de inversión, y era obligación de la entidad asegurarse de que los productos eran apropiados, en base a los conocimientos, situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión del actor; requisitos que no se cumplieron. Si se estima la acción de nulidad, el posterior canje de los productos por acciones de la entidad devendría nulo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.310 en relación con el 1.261 del Código Civil.

SEGUNDO.- Que, admitida a trámite la demanda y dispuesto el emplazamiento del demandado para que compareciera en tiempo y forma y la contestara, lo verifiqué, invocando en primer lugar las excepciones de falta de litisconsorcio pasivo necesario y defecto legal en el modo de proponer la demanda, oponiéndose, solicitando su desestimación y la expresa imposición de costas al actor. Fundaba su oposición, en síntesis, en las alegaciones siguientes: No es posible, producida la recompra y la suscripción por la actora de acciones de Bankia S.A., plantear la nulidad de los contratos que la actora menciona en el suplico de la demanda, al encontrarse extinguidos. Por otro lado, la aceptación de la oferta de recompra y suscripción de acciones constituye un acto de confirmación tácita de los contratos. Los contratos que se impugnan estaban cancelados a la fecha de interposición de la demanda, y en tales casos, siguiendo los criterios judiciales sentados en casos semejantes, resulta inviable el ejercicio de la acción de anulabilidad por vicio del consentimiento. La acción que se ejercita está afecta en su ejercicio por un plazo de caducidad de 4 años, siendo el plazo de caducidad y no susceptible de interrupción, y habría transcurrido en las compras de 2008 y 2009. El actor suscribió en 13 ocasiones obligaciones subordinadas y participaciones preferentes desde el año 2012, que le reportaron grandes beneficios mediante el abono de cupones trimestrales. Y se hizo previa suscripción por el demandante de toda la normativa requerida por la normativa vigente. Bancaja cumplió fiel y puntualmente todas las obligaciones de información legalmente establecidas, entregándose a la parte actora toda la documentación informativa requerida por la normativa vigente. Dicho cumplimiento se materializó con la entrega del test de conveniencia, resumen de riesgos, tríptico resumen del folleto de la emisión o ficha del producto y orden de compra de participaciones preferentes. Bancaja no asumió labores de asesoramiento. Los únicos servicios prestados al cliente fueron administración y depósito de valores, recepción y transmisión de órdenes y ejecución de órdenes. Por tanto, Bancaja actuó como mera intermediaria en la recepción, transmisión y ejecución de las órdenes de suscripción de participaciones

preferentes y obligaciones subordinadas y en ningún caso asumió labores de asesoramiento financiero ni de gestión discrecional de cartera, que exigen un mayor compromiso en el análisis de la conveniencia del producto para el perfil del cliente y generan la obligación de pago de honorarios derivados de tal asesoramiento. El demandante no era tan desconocedor del mundo financiero como la parte alega y, en su caso, constituiría una falta inexcusable de diligencia. El actor ha obtenido rendimientos durante casi 5 años, superiores a los que podía haber obtenido con otro tipo de productos financieros y sin que se haya planteado su disconformidad con el producto, su funcionamiento o sus riesgos, sino cuando el Banco le transmitió la decisión de no abonar más remuneraciones, dada su situación. Las participaciones preferentes y las obligaciones subordinadas no son un producto creado por Bankia, sino aprobado por el Banco de España y comercializado por todo tipo de entidades financieras con todo tipo de clientes, incluidos los minoristas, cuya comprensión en cuanto a su naturaleza y alcance requiere de unamínima diligencia por parte del cliente ante el que se presentan. El hecho de que un cliente sea calificado como minorista, por contraposición a persona jurídica y/o inversor profesional, en términos financieros y del mercado de valores, no lo convierte en una persona no apta para operar en el tráfico jurídico y económico ni que carezca de capacidad de obrar ni incapaz de leer y comprender documentos tan claros como los que se le entregaron y explicaron con carácter previo a la contratación. Cuando el servicio prestado es la recepción y transmisión de órdenes, tal como ha establecido la CNMV, no existe una recomendación personalizada al cliente en atención a sus conocimientos y experiencia inversora, su objetivo de inversión y situación financiera. En estos casos, es el cliente quien toma directamente la iniciativa y decide ordenar la contratación del instrumento financiero en cuestión, debiendo distinguirse la comercialización del asesoramiento. Bancaja cumplió en la contratación cuya nulidad ahora se postula de forma escrupulosa todos sus deberes de información. La parte actora pudo haber acudido todos estos años al mercado interno para proceder a la venta de sus participaciones preferentes, y lo que decidió, dada su rentabilidad, fue mantenerlos en su cartera y sólo una vez ha dejado de percibir su remuneración debido a la crisis económica global, ha decidido presentar reclamación. Toda la información ha estado a disposición del actor, tanto en las oficinas de Bancaja como en la página web de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. La parte actora firmó libre y conscientemente las órdenes de compra del producto financiero desde 2008. se realiza una perfecta identificación del producto financiero, que de ningún modo puede confundirse con imposiciones a plazo fijo u otro tipo de depósitos bancarios atípicos. En la parte inferior la actora declara que ha recibido información sobre el instrumento financiero al que se refiere la orden así como que ha realizado el test de conveniencia. Tal como se indica en las órdenes, las mismas no se verifican en el marco de ningún servicio de asesoramiento, sino a iniciativa de la parte actora, declarando haber realizado el test de conveniencia y que el instrumento financiero al que la orden se refiere resulta conveniente. La invocación del pretendido error se verifica cuando el producto ha dejado de generar rendimientos, sorprendiendo que la parte actora nunca se planteara de dónde procedían tan elevados rendimientos. Se puede concluir que la parte actora conocía perfectamente la naturaleza, riesgos y condiciones del producto financiero que suscribe, siendo su libre voluntad, ni

errónea ni viciada, la de contratar dicho producto financiero. El actor ha estado percibiendo el pago de cupones trimestrales. Consciente de que los depósitos a más de dos años evolucionaban en claro descenso, se decantó por contratar participaciones preferentes. En las fechas de contratación del producto Bancaja contaba con una calificación crediticia elevada en el sector y un historial en la emisión de estos productos que acreditaba su seguridad y buena rentabilidad. Dichas participaciones preferentes eran un producto rentable, sólido y cuya liquidez era casi inmediata, si bien tales efectos derivaban de la coyuntura del mercado y no eran efectos propios inherentes a la naturaleza del producto caracterizado por su perpetuidad y riesgo de pérdida no sólo de la remuneración sino incluso el nominal. El motivo de la disminución en el valor de las preferentes reside en la imprevisible evolución de la situación económica. Cuando el actor suscribe las participaciones preferentes, era un producto objetivamente interesante para el inversor que buscaba una rentabilidad fija, con la aparente garantía mostrada por la solvencia e la sociedad emisora, especialmente si se trata de una entidad bancaria y posibilidad de obtener liquidez inmediata vendiendo en el mercado secundario, lo que permite recuperar el capital si los precios se mantienen estables. Las participaciones preferentes y las obligaciones subordinadas gozaban de una buena solvencia inicial. Como consecuencia de la crisis financiera mundial y española, se produjo una paralización y bloqueo del comercio de este tipo de productos. En el momento en que la parte actora suscribió la orden, nadie pudo haber previsto que el escenario cambiaría radicalmente, convirtiendo aquello que tenía liquidez y generaba rendimientos por encima de los estándares en un producto que ya no genera rendimientos y cuya liquidez es muy reducida.

TERCERO.- Que, convocadas las partes a la audiencia previa, comparecieron ambas sin llegar a acuerdo alguno, fueron desestimadas las excepciones de falta de litisconsorcio pasivo necesario y defecto legal en el modo de proponer la demanda, se ratificaron en sus escritos iniciales y solicitaron la práctica de prueba.

CUARTO.- Que, convocadas las partes para la celebración del Juicio, comparecieron las personadas, practicándose a instancia de la parte actora prueba documental, testifical y pericial. A instancia de la parte demandada, se ha practicado prueba documental.

QUINTO.- Que, practicada la prueba, con el resultado que consta en el soporte previsto en la Ley, fue conferido traslado a las partes, que efectuaron el correspondiente resumen de las pruebas practicadas con alegación de los argumentos jurídicos en que fundaban sus pretensiones, quedando los autos pendientes de esta resolución.

SEXTO.- Que en la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resueltas ya las excepciones procesales, procede entrar a analizar la excepción de caducidad, que es de carácter sustantivo, a resolver con carácter previo a analizar el iter de formación de la voluntad contractual. Esta cuestión ha sido ya resuelta por la Sección Novena de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, órgano encargado de la resolución de los recursos de apelación contra las sentencias de los juzgados de esta provincia en esta clase de asuntos. Así, señala la sentencia de dicho Tribunal de 25 de febrero de 2014: "Tal y como expresa la reciente sentencia de 30-12-13, de esta Sala, dictada en rollo 658/13, que recoge la línea argumental de las últimas resoluciones dictadas, ha de rechazarse la alegación de caducidad de la acción, pues la fecha de la que se debe partir -tanto en cuanto a preferentes como a subordinadas- no es la de adquisición, sino la de 21-3-12, de canje, resultando obvio que no ha transcurrido el plazo de cuatro años. La Sala debe rechazar el argumento de la parte apelante y volver a reiterar el razonamiento expuesto en la sentencia de 11/7/2011 (Pnte .Sra Martorell) indicando que: "*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, "concurran 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. Por su parte, en la Sentencia de 21 de enero de 2000 se declara que "...resulta inaplicable el artículo 1301 ... ya que el plazo de los cuatro años procede respecto a los contratos en los que concurren los requisitos del artículo 1261, y las relaciones afectadas de nulidad absoluta, como la que nos ocupa, al resultar inexistentes en derecho, no pueden convalidarse con el transcurso del tiempo, al ser imprescriptible la acción de nulidad" (Y en los mismos términos las Sentencias de 22 de noviembre de 1983, 25 de julio de 1991, 31 de octubre de 1992, 08 de marzo de 1994, 27 de febrero de 1997 y 20 de octubre de 1999). .../... 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 de 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 1987 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 1987 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." "Al caso nos encontramos ante un contrato de inversión que no se consuma en el momento de la orden de compra de los valores, tal como pretende la parte apelante al decir consumado con la adquisición del producto que pasa al patrimonio del cliente, pues tal inversión tiene un plazo a lo largo del cual la entidad demandada tiene que cumplir sus obligaciones informativas sobre su evolución y desarrollo y de gestión (así el abono de cupones de forma anual) y custodia dado el contrato de gestión entre litigante".

En cuanto al impedimento de la imposibilidad de ejercitar la acción estando cancelados los contratos a que se refiere el hecho tercero de la contestación con cita de resoluciones de la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia, es de resaltar que este Tribunal ha matizado el criterio que venía sosteniendo, indicando la sentencia de 29 de octubre de 2013 que "el efecto, cabe recordar, como indicábamos, entre otras, en sentencias de 21 de Enero de 2013 y 5 de Marzo de 2013 (apelación 898/12), con remisión a la sentencia de esta Sala de 9/7/12, dicada en rollo 248/12, que se "ha venido a matizar la doctrina anterior de esta propia Sala, si bien, en general, en supuestos de finalización de efectos del contrato (por ejemplo, en caso de renovación, renegociación del contrato por otros posteriores) en que se afirmaba, como expresa la propia sentencia objeto de

recurso, la inviabilidad de examinar el error como vicio del consentimiento por razón, estrictamente, de la finalización de efectos del contrato. Decimos ello sin perjuicio, obviamente, de la valoración que el propio hecho de la "finalización" del plazo contractualmente previsto, la ausencia de reclamación merezcan la consideración de actos propios o de ratificación contractual en relación con la pretensión de anulabilidad del contrato por error en el consentimiento, lo que, evidentemente, habrá de ser valorado con la cuestión de fondo...", para continuar señalando que "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 artículo 1301 del Código Civil."

En aplicación de esta tesis, no habiendo transcurrido el plazo de 4 años desde la consumación de los contratos de participaciones preferentes y obligaciones subordinadas, no existe impedimento legal para que entremos en el análisis de la concurrencia de error vicio del consentimiento por el hecho de que los contratos se hayan cancelado por el canje por acciones.

SEGUNDO.- Centrada la controversia desde el punto de vista fáctico en si la demandada prestó la información adecuada y suficiente para que el actor comprendiera las características y riesgos de los productos que suscribió y prestara un consentimiento libre y eficaz, y en si efectivamente lo prestó, así como las circunstancias en que se produjeron las suscripciones, pasaremos a analizar la prueba practicada al respecto.

En calidad de testigo declara D^a [REDACTED], que, en esencia, manifiesta: Su padre trabajó muchos años en un taller de guitarra y los últimos años estuvo como conserje en un colegio. Su nivel de estudios es básico y es una persona conservadora y ahorradora. La declarante vivió con sus padres hasta 2005. Sí que suele ver a sus padres. Se dio cuenta de los productos hace un par de años al ver un extracto. La declarante no tenía idea de todos los productos que su padre tenía contratados. La declaración de renta se la hace su hermano, que trabaja en Hacienda.

La parte demandada propuso como prueba testifical la declaración del empleado de Bancaja que comercializó los productos, pero ha renunciado a esta prueba en el acto del juicio.

En cuanto a la documental, aparecen las órdenes de suscripción de los productos. En las mismas, la clase de valor aparece con abreviaturas (PPF.BEF, OBS. BANCAJA). En las mismas aparece en la parte inferior una leyenda indicando que "el titular hace constar que conoce el significado y trascendencia de la presente orden". Algunas órdenes van acompañadas de un anexo en los que se hace una referencia genérica al que la renta fija tiene los riesgos de mercado, de crédito y de liquidez. Se acompaña, además, un resumen o información de las participaciones preferentes de fecha 29/09/2010 y otro similar de las obligaciones subordinadas de la octava emisión de 31/01/2011. Finalmente, se acompañan breves test de conveniencia a partir del 21/09/2009, algunos en blanco, figurando que el cliente no desea hacerlo, y otros rellenados, dando el resultado de conveniente.

TERCERO.- La sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial

de Cáceres estudia el régimen jurídico de las participaciones preferentes, señalando: "Las participaciones preferentes aparecieron reguladas en la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros. En su artículo 7 se indica que las participaciones preferentes constituyen recursos propios de las entidades de crédito. Las participaciones preferentes cumplen una función financiera de la entidad y computan como recursos propios, por lo que el dinero que se invierte en participaciones preferentes no constituye un pasivo en el balance de la entidad. **El valor nominal de la participación preferente no es una deuda del emisor, por lo que el titular de la misma no tiene un derecho de crédito frente a la entidad, no pudiendo exigir el pago.** La consecuencia de ello es que el riesgo del titular de la participación preferente es semejante, aunque no igual, al del titular de una acción. En la Disposición Adicional Segunda de esta ley se regulan los requisitos exigidos para la computabilidad de las participaciones preferentes como recursos propios. Esta Disposición Adicional Segunda fue redactada por el apartado diez del artículo primero de la Ley 6/2011, de 11 de abril, por la que se transpone a nuestro Derecho la Directiva 2009/111/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por la que se modificó la Ley 13/1985, la Ley 24/1988, de 28 de julio del Mercado de Valores y el R.D. Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, sobre adaptación del derecho vigente en materia de entidades de crédito al de las Comunidades Europeas. La Directiva 2009/111/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2.009 no califica la participación preferente como instrumento de deuda, sino como instrumento de capital híbrido al que se ha de aplicar el mismo tratamiento contable y financiero que reciben los recursos propios de la entidad de crédito emisora, de ahí que una primera aproximación a esta figura nos lleva a definirla como **un producto financiero que presenta altos niveles de riesgo y complejidad en su estructura y condiciones**, como así se reconoce en la exposición de motivos del RDL 24/2012 de reestructuración y resolución de entidades de crédito. En la misma línea, 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 suele reservarse el derecho a amortizarlas a partir de los cinco años, previa autorización del supervisor (en el caso de las entidades de crédito, el Banco de España). En la meritada Disposición se desarrollan los requisitos de emisión de las participaciones preferentes y se señala como características de las mismas que no otorgan a sus titulares derechos políticos, salvo supuestos excepcionales, y que no otorgan derechos de suscripción preferente respecto de futuras nuevas emisiones. Otra característica fundamental de las participaciones preferentes es que tienen carácter perpetuo, aunque el emisor puede acordar la amortización anticipada a partir del quinto año desde su fecha de desembolso, **previa autorización del Banco de España, que sólo la concederá si no se ve afectada la situación financiera, ni la solvencia de la entidad de crédito, o de su grupo o subgrupo consolidable.** También se establece que el Banco de España puede condicionar su autorización a que la entidad sustituya las participaciones preferentes amortizadas por elementos de capital computables de igual o superior calidad. **No se atribuye al titular de las mismas un derecho a la**

restitución de su valor nominal, por lo que es en efecto un valor perpetuo y sin vencimiento, indicándose expresamente en la letra b) de la Disposición Adicional Segunda 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 queden 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, de acuerdo con lo que se indica en las letras siguientes. Debe destacarse que las participaciones preferentes cotizan en los mercados secundarios organizados y que, en los supuestos de liquidación o disolución de la entidad de crédito emisora o de la dominante, las participaciones preferentes darán derecho a obtener exclusivamente el reembolso de su valor nominal junto con la remuneración devengada y no satisfecha, que no hubiera sido objeto de cancelación, situándose, a efectos del orden de prelación de créditos y frente a lo que su nombre pueda erróneamente hacer interpretar, como inmediatamente detrás de todos los acreedores, subordinados o no, de la entidad de crédito emisora o de la dominante del grupo o subgrupo consolidable de entidades de crédito y delante de los accionistas ordinarios y, en su caso, de los cuotapartícipes. En relación a la rentabilidad de la participación preferente se infiere que el pago de la remuneración estará condicionado a la existencia de beneficios o reservas distribuibles en la entidad de crédito emisora o dominante. También ha de mencionarse que la liquidez de la participación preferente sólo puede producirse mediante su venta en el mercado secundario, por lo que en supuestos de ausencia de rentabilidad hace difícil que se produzca la referida liquidez. En definitiva, las participaciones preferentes son valores emitidos por una sociedad que no confieren participación en su capital ni derecho de voto. Es un elemento jurídico a medio camino entre las acciones y las obligaciones de las sociedades. Se trata de un instrumento de captación de capital que consiste en la emisión de la deuda, cuyo rendimiento se concreta en el hipotético pago de unos intereses, condicionado a que la entidad tenga beneficios. Con vocación definitoria dice la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 30 de enero de 2013 que las participaciones preferentes constituyen un producto complejo de difícil seguimiento de su rentabilidad que cotiza en el mercado secundario, lo que implica para el cliente mayores dificultades para conocer el resultado de su inversión y para proceder a su venta, y, correlativamente, incrementa la obligación exigible al banco sobre las vicisitudes que puedan rodear la inversión. La Comisión Nacional del Mercado de Valores ha indicado sobre este producto que "son valores emitidos por una sociedad que no confieren participación en su capital ni derecho a voto. Tienen carácter perpetuo y su rentabilidad, generalmente de carácter variable, no está garantizada. Se trata de un instrumento complejo y de riesgo elevado que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido.... Las PPR no cotizan en Bolsa. Se negocian en un mercado organizado... No obstante, su liquidez es limitada, por lo que no siempre es fácil deshacer la inversión... ". Las participaciones preferentes son un producto complejo, en modo alguno sencillo, destinado tradicionalmente a inversores con

experiencia en instrumentos complejos, con plena consciencia de que existe un riesgo de pérdida de la inversión, de falta de liquidez inmediata y que requiere para su comprensión de conocimientos técnicos suficientes. El carácter complejo de las participaciones preferentes encuentra reflejo normativo en el actual artículo 79 bis 8.a) Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, que considera valores no complejos a dos categorías de valores. En primer lugar, a los valores típicamente desprovistos de riesgo y a las acciones cotizadas como valores ordinarios, éstas cuyo riesgo es de «general conocimiento». Así, la norma considera no complejos de forma explícita a las " (i) acciones admitidas a negociación en un mercado regulado o en un mercado equivalente de un tercer país; (ii) a los instrumentos del mercado monetario; (iii) a las obligaciones u otras formas de deuda titulizada, salvo que incorporen un derivado implícito; y (iv) a las participaciones en instituciones de inversión colectiva armonizadas a nivel europeo." En segundo lugar, como categoría genérica, el referido precepto considera valores no complejos a aquéllos 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 ". En su consecuencia, la participación preferente es claramente 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. En este sentido, cabe señalar que la Comisión Nacional del Mercado de Valores señala en su página web que las participaciones preferentes son un instrumento complejo y de riesgo elevado que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido. A pesar de ese carácter complejo del producto participaciones preferentes y de que, como expusimos, tradicionalmente estaba destinado y era utilizado por inversores con experiencia en ese tipo de productos, es lo cierto que en el panorama financiero actual hemos asistido a la comercialización generalizada del mismo a personas que carecen de aquellos conocimientos. La comercialización masiva de las participaciones preferentes en los últimos años se ha debido fundamentalmente, como se señala en la sentencia de 23 de julio de 2013 de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Asturias, "a la necesidad de financiación de determinadas entidades financieras, pues la inversión que realizaban los partícipes se integraba como patrimonio neto y no como pasivo, permitiendo mayor liquidez a las mismas; es decir, que iban dirigidas a transformar en patrimonio neto el pasivo de clientes de las entidades de crédito que tenían sus ahorros en depósitos bancarios, como una política de reforzamiento de sus recursos propios". La referida sentencia concluye que "se trata de productos complejos, volátiles, híbrido 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 período.

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 sólo delante de los accionistas ordinarios, y en su caso, de los cuotapartícipes (apartado h) de la Disposición Adicional Segunda de la Ley 13/1985, según redacción dada por la Disposición Adicional Tercera de la Ley 19/2003, de 4 de julio). Sin que tampoco pueda olvidarse la complejidad que encierra la vocación de perpetuidad ínsita en la naturaleza de dicho producto, pues al integrarse en los fondos propios de la entidad ya no existe un derecho de crédito a su devolución, sino que, antes 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 en el panorama financiero actual ante la falta de demanda".

En cuanto a las obligaciones de información a prestar por la entidad bancaria, el artículo 79, párrafo 1º, de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en la redacción dada por la Ley 47/2007, de 19 de noviembre, establece que "las entidades que presten servicios de inversión deberán comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios, y, en particular, observando las normas establecidas en este capítulo y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo".

El artículo 79 bis establece:

"Obligaciones de información:

- 1. Las entidades que presten servicios de inversión deberán mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes.*
- 2. Toda información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario, deberá ser imparcial, clara y no engañosa. Las comunicaciones publicitarias deberán ser identificables con claridad como tales.*
- 3. A los clientes, incluidos los clientes potenciales, se les proporcionará, de manera comprensible, información adecuada sobre la entidad y los servicios que presta; sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión; sobre los centros de ejecución de órdenes y sobre los gastos y costes asociados de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con*

conocimiento de causa. A tales efectos se considerará cliente potencial a aquella persona que haya tenido un contacto directo con la entidad para la prestación de un servicio de inversión, a iniciativa de cualquiera de las partes.

La información a la que se refiere el párrafo anterior podrá facilitarse en un formato normalizado.

La información referente a los instrumentos financieros y a las estrategias de inversión deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias.

4. El cliente deberá recibir de la entidad informes adecuados sobre el servicio prestado. Cuando proceda dichos informes incluirán los costes de las operaciones y servicios realizados por cuenta del cliente.

5. Las entidades que presten servicios de inversión deberán asegurarse en todo momento de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes, con arreglo a lo que establecen los apartados siguientes.

6. Cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, la entidad obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate; sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquel, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan. Cuando la entidad no obtenga esta información, no recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente. En el caso de clientes profesionales la entidad no tendrá que obtener información sobre los conocimientos y experiencia del cliente.

7. Cuando se presten servicios distintos de los previstos en el apartado anterior, la empresa de servicios de inversión deberá solicitar al cliente, incluido en su caso los clientes potenciales, que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente.

Cuando, en base a esa información, la entidad considere que el producto o el servicio de inversión no sea adecuado para el cliente, se lo advertirá. Asimismo, cuando el cliente no proporcione la información indicada en este apartado o ésta sea insuficiente, la entidad le advertirá de que dicha decisión le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él.

Las advertencias previstas en este apartado se podrán realizar en un formato normalizado.

8. Cuando la entidad preste el servicio de ejecución o recepción y transmisión de órdenes de clientes, con o sin prestación de servicios auxiliares, no tendrá que seguir el procedimiento descrito en el apartado anterior siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

a) Que la orden se refiera a acciones admitidas a negociación en un mercado regulado o en un mercado equivalente de un tercer país; a instrumentos del mercado monetario; a obligaciones u otras formas de deuda titulizadas, salvo que incorporen un derivado implícito; a instituciones de inversión colectiva armonizadas a nivel europeo y a otros instrumentos financieros no complejos. Se considerarán mercados equivalentes de terceros países aquellos que cumplan unos requisitos equivalentes a los establecidos en el Título IV. La Comisión Europea publicará una lista de los mercados que deban considerarse equivalentes que se actualizará periódicamente.

Tendrán la consideración de instrumentos financieros no complejos, además de los indicados expresamente en el párrafo anterior, aquellos en los que concurran las siguientes 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.**

No se considerarán instrumentos financieros no complejos:

- *i) los valores que den derecho a adquirir o a vender otros valores negociables o que den lugar a su liquidación en efectivo, determinada por referencia a valores negociables, divisas, tipos de interés o rendimientos, materias primas u otros índices o medidas;*
- *ii) los instrumentos financieros señalados en los apartados 2 a 8 del art. 2 de esta Ley;*

b) que el servicio se preste a iniciativa del cliente;

c) que la entidad haya informado al cliente con claridad de que no está obligada a evaluar la adecuación del instrumento ofrecido o del servicio prestado y que, por tanto, el cliente no goza de la protección establecida en el apartado anterior. Dicha advertencia podrá realizarse en un formato normalizado;

d) que la entidad cumpla lo dispuesto en la letra d) del apartado 1 del art. 70 y en el art. 70 ter.1.d)."

Sobre las obligaciones subordinadas, señala la reciente sentencia de la Sección Novena de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia de 30 de diciembre de 2013: *"Respecto a este negocio jurídico reprocha el Juzgador de la instancia a la entidad demandada, no haber prestado información alguna a la hora de ofertar el producto. No se discute que tal producto de inversión es de riesgo y complejo y por ende sometido al marco legal de la Ley de Mercado de Valores en su materia informativa en su redacción previa a la reforma operada por la Ley 47/2007 de 19 de diciembre y por tanto incide directamente el Real Decreto 692/1993 de 8 de mayo. El artículo 79 (redactado conforme a la Ley 44/2002 de 22 de noviembre), en su ordinal 1 apartado a), obliga a la entidad de crédito a "comportarse con la diligencia y transparencia en interés de su cliente" y "mantener al cliente oportunamente informado". También el artículo 5 del RD 692/1993 obliga a prestar al cliente toda información relevante para la decisión de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la obtención adecuados para encontrar "los productos y servicios más apropiados a sus objetivos" y con especial relevancia e importancia por su incidencia en el caso presente, la información 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". 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”

A la vista de la normativa, hemos de analizar si la entidad bancaria demandada cumplió con sus obligaciones de información respecto del cliente exigibles en relación con la naturaleza y complejidad del producto que iba a adquirir. Respecto de la carga de la prueba, señala la sentencia de la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia de 4 de junio de 2013 *“hemos señalado, igualmente, que la carga de la prueba de la información recae en la entidad bancaria (Sentencias de 19 de abril y 1 de julio de 2011) y la carga de la prueba del error de consentimiento sobre la parte que lo alega, para lo cual se hace necesario el examen de la prueba practicada en cada proceso”*.

Señala la sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014: *“Para entender bien el alcance de la normativa específica, denominada MiFID por ser las siglas del nombre en inglés de la Directiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instrumentos financieros (Markets in Financial Instruments Directive), de la que se desprenden específicos deberes de información por parte de la entidad financiera, debemos partir de la consideración de que estos deberes responden a un principio general: todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate. Este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 CC y en el derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, reflejo de lo cual es la expresión que adopta en los Principios de Derecho Europeo de Contratos (The Principles of European Contract Law -PECL-cuyo art. 1:201 bajo la rúbrica " Good faith and Fair dealing " ("Buena fe contractual"), dispone como deber general: " Each party must act in accordance with good faith and fair dealing " ("Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe"). Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de proporcionar a la otra parte información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran en este caso los concretos riesgos que comporta el producto financiero que se pretende contratar. En lo que ahora interesa, que es determinar el alcance de los deberes de información y asesoramiento de la entidad financiera en la contratación con inversores minoristas de productos financieros complejos, como es el swap, al tiempo en que se llevó la contratación objeto de enjuiciamiento (13 de junio de 2008), "las normas de conducta para la prestación de servicios de inversión a clientes" del art. 19 Directiva 2004/39/CE ya habían sido traspuestas a nuestro ordenamiento por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que introdujo el contenido de los actuales arts. 78 y ss de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en adelante LMV). También había entrado en vigor el RD 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, que desarrolla esta regulación. 7. Información sobre los instrumentos financieros. El art. 79 bis LMV regula los deberes de información que recaen sobre las entidades*

financieras que presten estos servicios de inversión. Estos deberes no se reducen a que la información dirigida a sus clientes sea imparcial, clara y no engañosa (apartado 2), sino que además deben proporcionarles, "de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión", que "deberá incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias" (apartado 3). El art. 64 RD 217/2008, de 15 de febrero, regula con mayor detalle este deber de información sobre los instrumentos financieros y especifica que la entidad financiera debe "proporcionar a sus clientes (...) una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional". Y aclara que esta descripción debe "incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas". En su apartado 2, concreta que "en la explicación de los riesgos deberá incluirse, cuando sea justificado en función del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los conocimientos y perfil del cliente, la siguiente información:

a) Los riesgos conexos a ese tipo de instrumento financiero, incluida una explicación del apalancamiento y de sus efectos, y el riesgo de pérdida total de la inversión.

b) La volatilidad del precio de ese tipo de instrumento financiero y cualquier limitación del mercado o mercados, en que pueda negociarse.

c) La posibilidad de que el inversor, asuma, además del coste de adquisición del instrumento financiero en cuestión, compromisos financieros y otras obligaciones adicionales, incluidas posibles responsabilidades legales, como consecuencia de la realización de transacciones sobre ese instrumento financiero.

d) Cualquier margen obligatorio que se hubiera establecido u otra obligación similar aplicable a ese tipo de instrumento".

8. Evaluación de la conveniencia y de la idoneidad. Además, las entidades financieras deben valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad.

La entidad financiera debe realizar al cliente un test de conveniencia, conforme a lo previsto en el art. 79bis. 7 LMV (arts. 19.5 Directiva 2004/39/CE), cuando se prestan servicios que no conllevan asesoramiento. Se entiende por tales, los casos en que el prestatario del servicio opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada. Este test valora los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente, con la finalidad de que la entidad pueda hacerse una idea de sus competencias en materia financiera. Esta evaluación debe determinar si el cliente es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión ofertado o demandado, para ser capaz de tomar decisiones de inversión con conocimiento de

causa. Como aclara el art. 73 RD 217/2008, de 15 de febrero, se trata de cerciorarse de que el cliente " tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado ". Esta " información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos enumerados a continuación, en la medida en que resulten apropiados a la naturaleza del cliente, a la naturaleza y alcance del servicio a prestar y al tipo de producto o transacción previsto, incluyendo la complejidad y los riesgos inherentes:

- a) Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que está familiarizado el cliente.
- b) La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el periodo durante el que se hayan realizado.
- c) El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes " (art. 74 RD 217/2008, de 15 de febrero).

Contrariamente a lo que entiende el recurrente, estas exigencias propias del test de conveniencia son menores que cuando debe valorarse la idoneidad del producto conforme al art. 79bis. 6 LMV (art. 19.4 Directiva 2004/39/CE). El test de idoneidad opera en caso de que se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras mediante la realización de una recomendación personalizada. La entidad financiera que preste estos servicios debe realizar un examen completo del cliente, mediante el denominado test de idoneidad, que suma el test de conveniencia (conocimientos y experiencia) a un informe sobre la situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y los objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del cliente, para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan. Para ello, especifica el art. 72 RD 217/2008, de 15 de febrero, las entidades financieras " deberán obtener de sus clientes (...) la información necesaria para que puedan comprender los datos esenciales de sus clientes y para que puedan disponer de una base razonable para pensar, teniendo en cuenta debidamente la naturaleza y el alcance del servicio prestado, que la transacción específica que debe recomendarse (...) cumple las siguientes condiciones:

- a) Responde a los objetivos de inversión del cliente. En este sentido, se incluirá, cuando proceda, información sobre el horizonte temporal deseado para la inversión, sus preferencias en relación a la asunción de riesgos, su perfil de riesgos, y las finalidades de la inversión.
- b) Es de tal naturaleza que el cliente puede, desde el punto de vista financiero, asumir cualquier riesgo de inversión que sea coherente con sus objetivos de inversión (...).
- c) Es de tal naturaleza que el cliente cuenta con la experiencia y los conocimientos necesarios para comprender los riesgos que implica la transacción (...).

9. 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). **A la vista de esta interpretación y de lo acreditado en la instancia, no cabe duda de que en nuestro caso Caixa del Penedés llevó a cabo un servicio de asesoramiento financiero, pues el contrato de swap fue ofrecido por la entidad financiera, por medio del subdirector de la oficina de Palamós, aprovechando la relación de confianza que tenía con el administrador del cliente inversor, como un producto financiero que podía paliar el riesgo de inflación en la adquisición de las materias primas. Caixa del Penedés debía haber realizado un juicio de idoneidad del producto, que incluía el contenido del juicio de conveniencia, y ha quedado probado en la instancia que no lo llegó a realizar. Para ello, debía haber suministrado al cliente una información comprensible y adecuada sobre este producto, que incluyera una advertencia sobre los concretos riesgos que asumía, y haberse cerciorado de que el cliente era capaz de comprender estos riesgos y de que, a la vista de su situación financiera y de los objetivos de inversión, este producto era el que más que le convenía".**

Y la sentencia de la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia de 24 de marzo de 2014 señala que "debe señalarse que tal obligación es necesaria prestarla aunque sea la mera comercialización, pero igualmente por las mismas consideraciones que la Juez ha atendido a las características personales, físicas y de instrucción de la demandante (no discutidas de contrario), resulta totalmente inverosímil que fuese la Sra. Cecilia quien se interesara por tales productos y fue la entidad demandada quien ofrece y recomienda el mismo

(además es un producto emitido por la propia Bancaja) y conforme a la sentencia del TJCE de 30/5/2013 (C-604-2011) que interpreta el artículo 4 de la Directiva 20004/39 (aplicable al caso presente), entiende concurre asesoramiento en materia de inversión cuando hay prestación de recomendación personalizada a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión y fija como concepto de recomendación personalizada (de acuerdo con el artículo 52 de la Directiva 2006/73) cuando "se dirige a una persona en su calidad de inversor o posible inversor y se presenta como conveniente para esa persona o se basa en una consideración de sus circunstancias personales".

Señala la misma sentencia de 20 de enero de 2014 del Pleno del A lto Tribunal: *"12.El deber de información y el error vicio. Por sí mismo, el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error. El error que, conforme a lo expuesto, debe recaer sobre el objeto del contrato, en este caso afecta a los concretos riesgos asociados con la contratación del swap. El hecho de que el apartado 3 del art. 79 bis LMV imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como el swap contratado por las partes, el deber de suministrar al cliente minorista una información comprensible y adecuada de tales instrumentos (o productos) financieros, que necesariamente ha de incluir "orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos", muestra que **esta información es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento. Dicho de otro modo, el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero. En nuestro caso el error se aprecia de forma muy clara, en la medida en que ha quedado probado que el cliente minorista que contrata el swap de inflación no recibió esta información y fue al recibir la primera liquidación cuando pasó a ser consciente del riesgo asociado al swap contratado, de tal forma que fue entonces cuando se dirigió a la entidad financiera para que dejara sin efecto esta contratación.***

De este modo, el deber de información contenido en el apartado 3 del art. 79 bis LMV presupone la necesidad de que el cliente minorista a quien se ofrece la contratación de un producto financiero complejo como el swap de inflación conozca los riesgos asociados a tal producto, para que la prestación de su consentimiento no esté viciada de error que permita la anulación del contrato. Para cubrir esta falta de información, se le impone a la entidad financiera el deber de suministrarla de forma comprensible y adecuada. Pero conviene aclarar que lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente minorista

que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera del deber de informar previsto en el art. 79 bis.3 LMV, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información. Al mismo tiempo, la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente.

13. Incumplimiento de los test adecuación e idoneidad. Sobre la base de la apreciación legal de la necesidad que el cliente minorista tiene de conocer el producto financiero que contrata y los concretos riesgos que lleva asociados, y del deber legal que se impone a la entidad financiera de suministrar a dicho cliente una información comprensible y adecuada sobre tales extremos, **para salvar la asimetría informativa que podía viciar el consentimiento por error, la normativa MiFID impone a la entidad financiera otros deberes que guardan relación con el conflicto de intereses en que incurre en la comercialización de un producto financiero complejo y, en su caso, la prestación de asesoramiento financiero para su contratación.** En el primer caso, en que la entidad financiera opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada, la entidad debe valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, y evaluar si es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión que va a contratar, mediante el denominado test de conveniencia. En el segundo, **si el servicio prestado es de asesoramiento financiero, además de la anterior evaluación, la entidad debería hacer un informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente, para poder recomendarle ese producto, por medio del llamado test de idoneidad.** En un caso como el presente, en que el servicio prestado fue de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad financiera no se limitaba a cerciorarse de que el cliente minorista conocía bien en qué consistía el swap que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además **debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía.** En caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación, en atención a los intereses del cliente minorista que contrata el swap, como si al hacerlo tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo. **La omisión del test que debía recoger esta valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la**

ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo".

CUARTO.- Al cliente le tenía que haber quedado claro al menos que lo que estaba adquiriendo, al contrario que un depósito, era un producto de naturaleza perpetua o a muy largo plazo, cuya rentabilidad no quedaba asegurada, al depender de que la entidad tuviera beneficios, y que, en caso de querer deshacer la inversión, podían verse imposibilitado de hacerlo u obtener menor importe que el que había invertido. Debía haber comprendido que no iba a poder exigir el reembolso del importe invertido a la entidad y que no era posible establecer previsiones certeras sobre las condiciones de las que dependía la obtención de beneficios o la facilidad de recuperar el dinero invertido en caso de querer hacerlo. Y de la prueba practicada no podemos llegar a la convicción de que se prestara la información suficiente, adecuada y clara en relación con la capacidad y conocimientos de D. ██████████ para que comprendiera la significación y contenido de las participaciones preferentes y obligaciones subordinadas que adquiriría con el alcance a que nos hemos referido, por los motivos siguientes:

- La información escrita que aparece en la documentación obrante en autos que recibió el actor no puede considerarse suficiente para que una persona de edad avanzada, con pocos estudios y sin formación en productos financieros comprenda la significación y alcance de unos productos complejos y de riesgo elevado como las participaciones preferentes o las obligaciones subordinadas. Tampoco se acredita por la demandada que el Sr. ██████ estuviera familiarizado con productos financieros de similar complejidad. No puede considerarse acreditado que la información prestada fuera suficiente por el hecho de que la Comisión Nacional del Mercado de Valores publicara las características y condiciones de las emisiones de participaciones preferentes. En las suscripciones anteriores al 29/09/2010 es evidente que las respectivas órdenes carecen de la más elemental información para que pueda comprenderse la naturaleza y riesgos del producto que se adquiere. El producto aparece con abreviaturas y es cierto que en caso de las participaciones preferentes la abreviatura utilizada (PPF) puede inducir a confusión con el plazo fijo. La mera referencia preimpresa a que el titular hace constar que conoce el significado y trascendencia de la presente orden no acredita en absoluto que así sea ni que se preste una información adicional suficiente, clara y comprensible. Lo mismo podemos decir respecto de los anexos en los que se hace una mera referencia a los riesgos de mercado, crédito y liquidez de la renta fija, genérica y no comprensible para una persona como el Sr. ██████. En cuanto al resumen de las participaciones preferentes de 29/09/2010, sólo tendría relevancia para el producto adquirido en esa fecha o después, pero tampoco constituye a nuestro juicio una prueba suficiente de que para esa suscripción contara el Sr. ██████ con una información adecuada y suficiente para comprender la naturaleza y riesgo del producto. En esos momentos ya tenía 76

años y se utilizan términos que, para una persona de esa edad y sin formación, no aseguran que comprenda que está adquiriendo un producto que puede dejar de darle beneficios, que no tiene vencimiento y que puede conllevar incluso la pérdida de la inversión si no hay algún interesado que esté dispuesto a adquirirlo cuando quiera deshacerse de él o reportarle cuantiosas pérdidas. Así, no creemos que la referencia a que cotizan en el Mercado AIAf de renta fija sea suficiente para que el Sr. ██████ comprendiera el riesgo de querer recuperar la inversión y no poder hacerlo. Y tampoco vemos que se informe de forma clara y comprensible de que el producto puede dejar de reportar beneficios en caso de una mala situación de la entidad. En sentido similar podríamos pronunciarnos respecto de las obligaciones subordinadas de la octava emisión, de fecha 31/01/2011, año en el que el Sr. ██████ cumpliría 77 años, si bien en este caso podía ser más comprensible la forma de negociación, al indicarse que cotizaban las obligaciones en la Bolsa de Valencia, así como la fecha de vencimiento, en 2022.

- Pero es que si alguna duda suscita en cuanto a la información prestada en esta adquisición de obligaciones subordinadas de 2011, debe tenerse en cuenta que no se ha sometido al Sr. ██████ a los test adecuados para que la entidad demandada se asegurara que estaba prestando un consentimiento informado y eficaz. En la demanda se alega que fue el empleado de la entidad demandada quien se puso en contacto con el actor para ofrecerle estos productos, indicándole que eran imposiciones a plazo fijo y que no tenían riesgo. En la contestación se alega que no hay relación de asesoramiento y que la entidad se limitaba a recibir y transmitir órdenes. Pero no se ha identificado al empleado de la sucursal que intervino en la comercialización de los productos y se ha renunciado a su declaración testifical, que habría sido muy útil para dilucidar sobre cómo llegó el Sr. ██████ a interesarse por estos productos y cómo se materializó la negociación. Ante tal ausencia probatoria, imputable a la demandada porque en sus manos estaba procurar que declarara el empleado o empleados suyos que intervinieron en la comercialización o, para el caso de que ya no fueran empleados, facilitar los datos que hubieran permitido su localización, no nos resulta verosímil que una persona de avanzada edad, sin ninguna relación con los mercados financieros y sin formación, acudiera espontáneamente a su sucursal bancaria para interesarse por productos como las participaciones preferentes y las obligaciones subordinadas; de lo que cabe concluir que hubo recomendación personal, en los términos de la normativa y jurisprudencia citada, lo que conlleva que estemos ante un asesoramiento y, por ende, ante la necesidad de someter al cliente al test de idoneidad para valorar si el producto respondía a los objetivos de inversión del cliente y si los riesgos que presentaban las obligaciones subordinadas y participaciones preferentes eran coherentes con los objetivos de inversión del Sr. ██████. Pero incluso aunque entendiéramos no exigible el sometimiento del actor al test de idoneidad, tampoco los test de conveniencia que obran en las actuaciones cumplen, a nuestro juicio, con las exigencias de la normativa MIFID ya en vigor. En algunos casos no se realizan los tests, indicando que el cliente no deseaba, lo que no deja de ser

extraño. Pero los tests son escuetos, contienen 5 preguntas y difícilmente por contestar a esas preguntas puede saberse si en realidad el cliente comprende la significación y riesgos de las participaciones preferentes y las obligaciones subordinadas. Fijémonos, a título ejemplificativo, con el test de 31 de enero de 2011. La primera pregunta es si en los últimos años ha efectuado inversiones en obligaciones subordinadas o participaciones preferentes de alguna entidad, y se contesta que sí. La segunda si conoce estos productos, y se contesta que sí, pero no se formulan preguntas sobre los mismos para cerciorarse la entidad de si ese conocimiento es real y efectivo. La tercera pregunta es indicar el nivel de estudios, y se marca la cruz en el apartado de básicos. La cuarta pregunta es si en su actividad laboral tiene relación con asuntos o temas financieros, y se contesta que no. Finalmente, la quinta pregunta es sobre la periodicidad de sus inversiones financieras, y se marca la cruz relativa a una vez al trimestre. El resultado que ofrece el test es el de "conveniente". La pregunta que nos surge a nosotros es la siguiente: ¿Por contestar que en los últimos años sí que se ha invertido en obligaciones preferentes u obligaciones subordinadas y que sí que se conocen estos productos, sin relación con mercados financieros ni otros estudios que los básicos puede concluirse que realmente el cliente conoce la significación y riesgos de estos productos?. La respuesta nos parece evidente: No. Nos parece que se trata más bien de aparentar que se cumple con la obligación legal de someter al cliente al test de conveniencia que de realmente indagar y averiguar sobre su experiencia financiera y sobre si realmente conoce la naturaleza y riesgos del producto que va a suscribir.

.- Todas estas carencias no se subsanan porque un hijo del actor sea empleado de Hacienda y le hiciera la declaración de la renta, labor relativamente fácil con los programas informáticos al uso y que, por el hecho de que una persona pueda confeccionar una declaración de renta con rendimientos del capital mobiliario y una pensión, no asegura que conozca productos complejos como los que nos ocupan, ni que prestara asesoramiento a su padre sobre los productos que suscribía. Tampoco evidentemente el hecho de trabajar en Hacienda, donde son muchos los trabajos que se pueden desempeñar y de muy diferente cualificación, tiene significación a los efectos que nos ocupan.

.- En cuanto a la rentabilidad, que fuera mayor que la de los depósitos al uso en aquellas fechas carece de significación para que pueda concluirse que se conocía la naturaleza y riesgos de las participaciones preferentes y las obligaciones subordinadas y que se prestó un consentimiento informado, válido y eficaz en las suscripciones. Como tampoco el hecho de que fueran varias las suscripciones, si se realizan en un período relativamente corto y entre ellas no se produce ningún hecho relevante para concluir que el cliente adquiere un conocimiento suficiente y adecuado de los productos. Si se van suscribiendo valores, se va cobrando periódicamente y no se plantea la problemática de no poder recuperar la inversión no acertamos a comprender por qué a partir de un determinado momento el cliente adquiere un conocimiento suficiente y adecuado del producto.

De todo lo anterior, no habiendo sido sometido el actor a los tests que resultaban exigibles, conforme a la jurisprudencia citada del Alto Tribunal y por las reglas sobre la carga de la prueba, debemos concluir que D. [REDACTED] cuando suscribió los productos a los que se refiere la demanda lo hizo desconociendo elementos esenciales de dichos productos y de los riesgos que podían reportarle, sin prestar, por tanto, un consentimiento válido, al estar viciado por error. Dicho error es excusable para el actor e imputable a la entidad bancaria. Por todo ello, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1265 y 1266 del Código Civil, los contratos son anulables, con nulidad relativa o anulabilidad y, por tanto, de eficacia claudicante; procediendo declarar la nulidad ante la acción ejercitada por la parte actora.

QUINTO.- En cuanto al canje, señala la sentencia de la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia de 30 de diciembre de 2013, a la que se remite la de 25 de febrero de 2014 del mismo tribunal, señala que *"último punto a analizar es la nulidad de la operación negocial del canje de las obligaciones subordinadas por las acciones de Bankia operada en 23 de Marzo de 2012 que la sentencia anula por falta de causa conforme al artículo 1275, por ser nulo el contrato de adquisición de subordinadas cuyos efectos arrastran al de adquisición de acciones o en su caso de implicar una novación por ser la novada nula conforme al artículo 1208 del Código Civil, explicitando el Juzgador en el Fundamento de Derecho Sexto las razones por las que tal decisión es congruente, argumento no atacado en el recurso de apelación que sobre tal negocio invoca la prestación de información y pleno conocimiento por parte del suscriptor y la resolución voluntaria o novación extintiva del contrato de subordinadas. 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 de la Directiva 2006/73, interpretada por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 30/05/2013 (asunto C-604/2011) al decir, " se entenderá que una recomendación es personalizada si se dirige a una persona en su calidad de inversor o posible inversor y si se presenta como conveniente para esa persona o se basa en una consideración de sus circunstancias personales ", concurriendo al caso todos esos requisitos. Después, la operación inversora*

ofertada se ejecuta en una unidad de acto, pues en el mismo momento y documento se efectúa la recompra de las subordinadas y la suscripción de las acciones. Es decir, no es el cliente del banco (la actora o su hijo) quien de motu proprio interesa el cambio de su producto por acciones de Bankia sino que fue la entidad actora la que recomienda a este concreto cliente que convierta de forma simultánea sus obligaciones subordinadas en acciones de Bankia por las mejoras que va a lograr. Por ello coincidimos con el Juez que no se trata de dos operaciones de inversión autónomas e independientes entre sí, sino que por política comercial de la actora (prescindiendo de sus motivaciones y causas), es un mismo negocio, estando claramente vinculadas las subordinadas a las acciones; si bien el producto tenido se convierte en otro diferente, la causa de ofertar la compra de acciones reside en la tenencia de las subordinadas y si la adquisición de estas es nula, no concurre causa en la adquisición de las acciones, tal como ha fundamentado la sentencia recurrida con la cita jurisprudencial del Tribunal Supremo de 22/12/2009 y 17/6/2010 que damos por reproducida en aras a inútiles repeticiones. A diferencia de los supuestos citados por el apelante sobre diversas sentencias de esta Sala enjuiciando productos completamente diferentes al examinado ahora (permutas financieras suscritas por sociedades mercantiles), en el presente caso, estamos ante el mismo marco de negocio de inversión y no es que el contrato de adquisición de subordinadas se haya extinguido por su efectivo cumplimiento o vencimiento o que haya sido resuelto a instancia del inversor, sino que el mismo, a causa de la labor de la entidad bancaria, dada la recomendación dirigida al cliente, se transforma en acciones de Bankia, luego la nulidad de la adquisición del producto objeto de cambio, arrastra a la nulidad del nuevo adquirido, excluyendo la aplicación del artículo 1311 del Código Civil pues no se demuestra que tal negocio (acciones) fuese suscrito con pleno conocimiento del significado de las subordinadas”.

Partiendo de dichos argumentos, a nuestro juicio el canje sólo podría enervar la acción de nulidad si se considera que el contrato inicialmente inválido, con eficacia claudicante, ha sido confirmado por concurrir los requisitos del artículo 1311 del Código Civil. Para que esto hubiera sucedido así, se requeriría la acreditación de que por parte del actor, con conocimiento del error en el que incidió al contratar las participaciones preferentes, concurrió una intención de purificar o dotar de eficacia definitiva a unos actos que la tenían claudicante, con auténtica libertad para hacerlo, lo que exigiría que tuviera una alternativa en sentido contrario. Podemos preguntarnos si el demandante tuvo la opción de recuperar la inversión en lugar de canjear las participaciones preferentes por acciones. Ni se alega, ni menos se prueba. Porque si el canje fue la única posibilidad que se le ofreció de no perder la inversión a riesgo de quedarse con un producto que no les producía rentabilidad ni podía colocar en el mercado a precio razonable, nos parece evidente que dicho canje no pudo tener la virtualidad de confirmar el contrato viciado por error. Aquí la prueba también recae sobre la entidad demandada, y no vemos que haya acreditado que ofreció otras posibilidades alternativas al canje y mínimamente atractivas para recuperar en buena medida la inversión, de manera que la opción del canje pudiera tener la significación de confirmar los contratos iniciales. Por todo ello, se desestima el motivo de oposición.

SEXTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.303 del Código Civil, *“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, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes”*, lo que conlleva que los actores recuperen el dinero invertido, por importe de 30.000 euros, con devolución de las participaciones o de las acciones por las que las hubiera canjeado. Y deberán restituir los actores los intereses percibidos por las participaciones preferentes.

Señala la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2011 que *“no siempre los intereses constituyen el objeto de una prestación indemnizatoria. Antes bien, en ocasiones se consideran frutos o rendimientos de un capital, a los que, por virtud de la presunción de productividad de éste, tiene derecho el acreedor en aplicación de las reglas sobre la restitución integral de las prestaciones realizadas en cumplimiento de contratos declarados ineficaces y, al fin, sobre la interdicción del enriquecimiento sin causa - sentencias 81 /2003, de 11 de febrero, 325/2005, de 12 de mayo, y 1385/2007, de 8 de enero, entre otras muchas -. Así lo hacen los artículos 1295, primer párrafo, y 1303 del Código Civil, al regular los efectos de la rescisión o de la declaración de la nulidad del contrato, mediante una regla que obliga a devolver la cosa con sus frutos y el precio con sus intereses y que se aplica, también, a otros supuestos de ineficacia que produzcan consecuencias restitutorias de las prestaciones realizadas - sentencias 772/2001, de 20 de julio, 812/2005, de 27 de octubre, y 1385/2007, de 8 de enero, entre otras -, cual sucede con la resolución de las relaciones contractuales, como regla general. Pues bien, desde el punto de vista de la congruencia, una y otra clase de intereses recibe distinto trato en la jurisprudencia. En efecto, como establecen las sentencias números 988/1996, de 18 de noviembre, 274/2002, 21 de marzo, y 741/ 2008, de 18 de julio, entre otras, los intereses moratorios han de ser solicitados por las partes, de modo que no pueden los Tribunales condenar a su pago de oficio sin incurrir en incongruencia. Por el contrario, **para hacer efectivas las consecuencias restitutorias de la declaración de ineficacia de un contrato ejecutado, íntegramente o en parte, y para impedir, en todo caso, que queden a beneficio de uno de los contratantes las prestaciones que del otro hubiera recibido, con un evidente enriquecimiento sin causa, la jurisprudencia - sentencias 105 / 1990, de 24 de febrero, 120/1992, de 11 de febrero, 24 de febrero de 1992 (recurso número 105/1990), 81/2003, de 11 de febrero, 812/2005, de 27 de octubre, 934/2005, de 22 de noviembre, 473/2006, de 22 de mayo, entre otras - considera innecesaria la petición expresa del acreedor para imponer la restitución de las prestaciones realizadas, con inclusión de sus rendimientos, en cumplimiento del principio " iura novit curia " y sin incurrir en incongruencia, al considerar que se trata de una consecuencia directa e inmediata de la norma que atribuye retroactividad al efecto liberatorio derivado de la declaración de ineficacia. Interpretación que se refuerza por el hecho de que las mencionadas normas se anteponen a las reglas generales que, sobre la liquidación de los estados posesorios, contienen los artículos 451 a 458 del Código Civil. Esa doctrina es aplicable cuando el contratante hubiera omitido reclamar la restitución del precio y, también - argumento " a maiore ad minus"-, cuando, habiéndolo reclamado, no hubiera hecho referencia expresa a los intereses del mismo”**. Y la*

jurisprudencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Castellón de 29 de diciembre de 2006 señala que *“la declaración de nulidad comporta la obligación legal de restituir que surge a cargo de quienes fueron parte en el contrato declarado nulo, como se desprende del tenor literal del precepto antes citado, que establece que declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, de tal forma que la pérdida de la disponibilidad del dinero por parte de los actores se ve compensada de forma suficiente por la devolución del dinero mas los intereses legales”*.

En aplicación del artículo 1303 del Código Civil y de la jurisprudencia citada, que permite la condena al pago de intereses aun sin solicitud de parte, deberá la parte actora percibir el interés legal desde la fecha de suscripción de los valores.

La cuestión suscitada sobre los intereses a computar la resuelve la sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de A Coruña de 19 de febrero de 2014, señalando que *“las SSTs de 11 de febrero de 2003, 6 de julio de 2005 y 15 de abril de 2009 recogen la jurisprudencia interpretativa del artículo 1303 del Código Civil, señalando que el mentado precepto “tiene como finalidad conseguir que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador (sentencias de 22 de septiembre de 1989, 30 de diciembre de 1996, 26 de julio de 2000), evitando el enriquecimiento injusto de una de ellas a costa de la otra (sentencias de 22 de noviembre de 1983, 24 de febrero de 1992, 30 de diciembre de 1996 -llegar hasta donde se enriqueció una parte y hasta donde efectivamente se empobreció la otra-), es aplicable a los supuestos de nulidad radical o absoluta, no sólo a los de anulabilidad o nulidad relativa, (sentencias de 18 de enero de 1904, 29 de octubre de 1956, 7 de enero de 1964, 22 de septiembre de 1989, 24 de febrero de 1992, 28 de septiembre y 30 de diciembre de 1996), y opera sin necesidad de petición expresa, por cuanto nace de la ley (sentencias de 10 de junio de 1952, 22 de noviembre de 1983, 24 de febrero de 1992, 6 de octubre de 1994, 9 de noviembre de 1999). Por consiguiente cuando el contrato hubiese sido ejecutado en todo o en parte procede la reposición de las cosas al estado que tenían al tiempo de la celebración (sentencias de 29 de octubre de 1956, 22 de septiembre de 1989, 28 de septiembre de 1996, 26 de julio de 2000), debiendo los implicados devolverse lo que hubieren recibido por razón del contrato (sentencias de 7 de octubre de 1957, 7 de enero de 1964, 23 de octubre de 1973). El art. 1303 del Código Civil se refiere a la devolución de la cosa con sus frutos (sentencias de 9 de febrero de 1949 y 18 de febrero de 1994) y el precio con sus intereses (sentencia de 18 de febrero de 1994, 12 de noviembre de 1996, 23 de junio de 1997), norma que parece ideada en la perspectiva de la compraventa, pero que no obsta su aplicación a otros tipos contractuales». Pues bien, en el presente caso, la nulidad del contrato trae consigo la devolución de prestaciones con efectos ex tunc, y la pretensión de la actora de que se le restituyan las cantidades abonadas desde la celebración de los respectivos contratos y no desde la interposición de la demanda deviene legítima en virtud de la doctrina expuesta. No ofrece duda tampoco que el art. 1303 del CC acoge la regla principal de los efectos de la invalidez de los contratos, incluyendo naturalmente los casos de nulidad relativa o anulabilidad, en estos supuestos el alcance de la obligación restitutoria, como ya hemos adelantado, nace*

directamente de la ley, y, por ello, puede fijarse en sede judicial aunque no haya sido pedida por las partes (STS de 8 de enero de 2007); por consiguiente, es obvio que los demandantes han de devolver igualmente las prestaciones recibidas y entre ellas las cantidades abonadas por la demandada como contraprestación de la adquisición de las participaciones preferentes igualmente con sus intereses". Adviértase, además, que los actores han estado durante un tiempo privados de la disponibilidad del dinero invertido en participaciones preferentes.

Por todo ello, en aplicación de esta doctrina jurisprudencial, la entidad financiera demandada deberá satisfacer intereses legales desde la fecha de suscripción de cada uno de los productos y las cantidades a devolver por la parte actora por los rendimientos obtenidos devengarán el interés legal desde la fecha en que le fueron satisfechos; debiendo procederse a la compensación en ejecución de sentencia. El interés legal se incrementará en dos puntos desde la fecha de la presente resolución, por imperativo del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

SÉPTIMO.- Las costas se imponen a la parte actora, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al estimarse la demanda.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre de S.M. El Rey y por la autoridad conferida por el Pueblo Español

FALLO

Que, estimando la demanda interpuesta en nombre de D. ██████████ frente a BANKIA S.A., declaro la nulidad relativa por error en la prestación del consentimiento de las suscripciones de las participaciones preferentes A y B, de las participaciones preferentes SIE y de las obligaciones subordinadas E.08, a que se refiere la demanda así como el posterior canje obligatorio por acciones, condenando a BANKIA S.A. a pagar al actor la cantidad de 70.000 euros más los intereses y con las deducciones a que se refiere el último párrafo del fundamento jurídico sexto de la presente resolución; con imposición de costas a la 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 días contados desde el día siguiente a la notificación de aquélla. En la interposición del recurso el apelante deberá exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna (art

458 LECn).

Asimismo no se admitirá si al interponerlo la parte no acredita haber consignado en la entidad BANESTO y en la "Cuenta de Depósitos y Consignaciones" n° ES5500493569920005001274 4444 0000 01 113513 abierta a nombre de este Juzgado, con referencia al presente procedimiento la cantidad de **CINCUENTA (50) EUROS** en concepto de **DEPÓSITO PARA RECURRIR**, conforme a la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial (introducida por la L.O. 1/2009, de 3 de noviembre).

Tampoco se dará curso a la apelación (fuera de las exenciones previstas en el artículo 4 de la la Ley 10/2012 de 20 de noviembre) si no se presenta **modelo de tasa 696 diligenciado telemáticamente conforme a lo prevenido en la Orden HAP 2662/12**, que aprueba el modelo de autoliquidación.

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