

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 10  
VALENCIA**

**SENTENCIA 124/14**

En Valencia, a 23 de junio de dos mil catorce.

Vistos por D<sup>a</sup> Ruth Ferrer García, Juez de Adscripción Territorial en funciones de apoyo al Juzgado de Primera Instancia n° 10 de Valencia, los presentes autos de Juicio Ordinario n° /2013, seguidos ante este Juzgado a instancia del Procurador de los Tribunales D. Manuel Ángel Hernández Sanchis en nombre y representación de D<sup>a</sup> y de D. y D. como sucesores de D. asistidos por la Letrada D<sup>a</sup> María Dolores Arlandis Almenar, contra BANKIA S.A representada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> y asistida por el Letrado D. sobre nulidad contractual como pretensión principal, con fundamento en los siguientes:

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Que por el Procurador de los Tribunales D. Manuel Ángel Hernández Sanchis en nombre y representación de D<sup>a</sup> y de D. como sucesores de D. se presentó demanda de Juicio Ordinario contra BANKIA S.A, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba aplicables, terminó suplicando al Juzgado que se dicte Sentencia por la que se declare la nulidad por alguna de las siguientes causas: inexistencia del consentimiento con carácter imprescriptible en la suscripción de los contratos de participaciones preferentes serie A y B, así como del posterior canje por acciones de la entidad con las consecuencias inherentes a dicha declaración, por vulneración de normas imperativas por parte de la demandada, por dolo omisivo, todo ello con las consecuencias legales inherentes a dicha declaración y se condene a la entidad demandada al pago de los intereses legales desde la fecha de la inversión así como los correspondientes desde la fecha de la interposición de la demanda; subsidiariamente, se dicte Sentencia por la que se declare que la entidad demandada ha incumplido dolosamente, o al menos, culposamente, las obligaciones de información, diligencia y transparencia en su relación con los demandantes y se dicte Sentencia por la que se condene a la entidad demandada a resarcir a los demandantes en concepto de daños y perjuicios, el importe de 32.844 euros, con los intereses legales correspondientes; todo ello con imposición de las costas procesales.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda, se dio traslado de la misma a la parte demandada, emplazándola para que en el término de veinte días se persone en legal forma y conteste.

Dentro del término concedido compareció la Procuradora D<sup>a</sup> en nombre y representación de BANKIA S.A, personándose y presentando escrito de contestación a la demanda, en el que tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que consideró aplicables, terminó suplicando al Juzgado que dicte sentencia desestimando íntegramente la demanda y absuelva a la demandada de cuantas pretensiones se ejercitan en su contra, y todo ello con expresa condena en costas a la parte actora.

Dictándose resolución por la que se tuvo por personado al citado Procurador en la representación que acreditó y por contestada la demanda, se citó a las partes para la celebración de la audiencia previa al juicio para el día y hora que constan.

**TERCERO.-** Siendo el día y hora señalados, comparecen las partes debidamente representadas y

asistidas para la celebración de la audiencia previa. Manifestada por las partes la subsistencia del litigio y la imposibilidad de llegar a un acuerdo, se les concedió sucesivamente la palabra a los efectos de que las mismas se pronunciaran sobre los extremos contenidos en los artículos 426 y 427 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Las partes solicitaron el recibimiento del pleito a prueba, proponiéndose por las partes las pruebas que estimaron oportunas y una vez admitidas las que se consideraron pertinentes, se señaló fecha para la celebración del juicio el día y hora que constan, quedando debidamente citadas las partes.

**CUARTO.-** Siendo el día y hora señalados para la celebración del juicio, comparecieron las partes debidamente representadas, procediéndose a la celebración de las pruebas admitidas en el acto de la audiencia previa, con el resultado que obra en autos. Tras ello se concedió la palabra a las partes para que formularan sus conclusiones quedando los autos vistos para sentencia.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** La parte actora solicita que se dicte Sentencia por la que se declare la nulidad contractual como pretensión principal, en base a los siguientes hechos: D. y D<sup>a</sup> eran clientes ahorradores, minoristas, que no tenían conocimientos financieros específicos cuando adquirieron las participaciones preferentes objeto de litigio. Los demandantes no recibieron, por parte de la entidad demandada, información sobre las participaciones preferentes con carácter precontractual, contractual ni postcontractual, ni siquiera la entidad demandada facilitó a los demandantes copia de las órdenes de compra de las participaciones preferentes. Los demandantes pensaban que habían contratado un depósito a plazo fijo y no un producto financiero complejo. El 15 de marzo de 2012 los demandantes firmaron bajo presión y como única opción, ya que de otro modo perderían su inversión, la propuesta de la entidad para efectuar el canje de las participaciones preferentes de las que eran titulares por acciones de la entidad demandada. En fecha 15 de mayo de 2012, es decir, dos meses después del canje de las participaciones preferentes objeto de litigio por acciones de la entidad demandada, los demandantes vendieron dichos títulos por necesidad de efectivo, consistentes en 13.578 acciones de BANKIA, recibiendo por dicha venta la cantidad de 27.156 euros.

La parte demandada se opuso por los motivos que se recogen en la contestación a la demanda y alegó novación extintiva de los contratos de suscripción de participaciones preferentes como consecuencia de la aceptación de su canje por acciones de BANKIA S.A, extinción de la acción de anulabilidad por confirmación tácita derivada del canje de las participaciones preferentes objeto de litigio por acciones de BANKIA S.A y caducidad de la acción ejercitada por haber transcurrido el plazo previsto en el artículo 1.301 del Código Civil.

**SEGUNDO.-** En relación a la caducidad de la acción alegada por la entidad demandada, se debe traer a colación la sentencia de la AP de Valencia, Sección Novena, de 5 de marzo de 2013 que sostiene que “la sentencia de esta Sala de 9 de julio de 2012 dictada den rollo 248/12, ha venido a matizar la doctrina precedente de esta misma Sección, si bien, en general, en supuestos de finalización de efectos, el contrato en que se afirmaba (...) la inviabilidad de examinar el error como vicio del consentimiento por razón, estrictamente de la finalización de los 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 el contrato por error en el consentimiento, lo que evidentemente, habrá de ser valorado con la cuestión de fondo. Se indicaba expresamente en dicha resolución que “la acción de nulidad ejercitada no viene realmente fundada en la inexistencia de consentimiento (ex artículo 1261 CC),

sin que conste tal afirmación en la sentencia dictada por esta Sala en fecha 6 de octubre de 2010, tal y como pretende la parte apelante, y que efectivamente determinaría el no sometimiento a plazo alguno para su ejercicio, sino en la concurrencia de error en el consentimiento prestado con el argumento de que el legal representante de la entidad no tuvo cabal conocimiento del contenido de los contratos, supuesto de anulabilidad del artículo 1265 CC, respecto del que el artículo 1301 del Código Civil establece el plazo de 4 años para el ejercicio de la correspondiente acción de nulidad, plazo que ha de computarse, como el mismo precepto establece, desde la consumación del contrato. Pues bien, a propósito de dicha cuestión esta Sala ya tuvo ocasión de pronunciarse en Sentencia de fecha 11 de julio de 2011 (Pte. Sra. Martorell) indicando: “la norma aplicada por el magistrado “a quo” ha sido interpretada por la Sala Primera del Tribunal Supremo. Señala la Sentencia de 6 de septiembre de 2006 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 1301CC, “concurran los requisitos que expresa el artículo 1261 CC”, 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 CC, 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, 8 de marzo de 1994, 27 de febrero de 1997 y 20 de octubre de 1999). Habiendo sido expresamente controvertido en la alzada el día “a quo” para el cómputo del plazo prevenido en el artículo 1301 CC para los casos de anulabilidad por error, 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 artículo 1969 del citado Código. En orden a cuándo 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 artículo 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 la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar, como acertadamente entendieron ambas sentencias de instancia, cuando están 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 obligaciones que generó (...)”. Así, en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo, se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó que “el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo”, y la sentencia de fecha 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 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 que establece el artículo 1301 del Código Civil”.

Por tanto, en atención a las anteriores consideraciones jurídicas, debe ser desestimada la excepción de caducidad alegada por la demandada en el supuesto de autos, en tanto en cuanto los contratos seguían produciendo efectos, al menos, hasta que tuvo lugar el canje de las participaciones preferentes objeto de litigio por acciones de la entidad demandada.

**TERCERO.-** La Comisión Nacional del Mercado de Valores define las Participaciones Preferentes como “valores emitidos por una sociedad que no confieren participación en su capital ni conceden derecho a voto. Tienen carácter perpetuo, son instrumento complejo y de riesgo elevado, cuya rentabilidad variable, no está garantizada. Pueden deparar pérdidas en el capital invertido. Su liquidez es limitada y es de destacar la dificultad en deshacerse de la inversión. Constituyen un híbrido financiero supletorio del capital”.

La Participación Preferente tiene su fuente normativa en la disposición adicional segunda de la Ley 13/1985, de 24 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros, introducida en ésta por la Ley 19/2003 y modificada por el artículo 1.10 de la Ley 6/2011, por la que se transpone a nuestro derecho la Directiva 2009/111/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo. La Participación Preferente es un valor negociable de imprecisa naturaleza. Parece responder a un valor de deuda, por lo que, en principio encajaría en la naturaleza propia de las obligaciones ex artículos 401 y ss LSC, ya que éstas se caracterizan porque “reconocen o crean una deuda” contra su emisor; además su regulación legal las caracteriza como “instrumentos de deuda”, ahora bien, atendiendo a su régimen legal y a su tratamiento contable, resulta que la participación preferente se halla mucho más próxima a las acciones y valores participativos que a las obligaciones y demás valores de deuda. La función financiera legalmente impuesta a la participación preferente muestra que no es un valor de deuda o de captación de recursos financieros ajenos sujetos a restitución a unas condiciones de vencimiento; del mismo modo su contenido legal revela que los derechos típicos que los valores de deuda atribuyen a sus titulares son en ella inexistentes y que la participación preferente es, realmente, una clase especial de acción legalmente regulada. La función financiera legal de la participación preferente es la misma que la del capital social y demás elementos componentes del patrimonio neto, esto es, computar como recursos propios de la entidad de crédito emisora. Ello comporta un tratamiento jurídico y contable que la alejan del propio de los valores de deuda. El dinero invertido en participaciones preferentes está sujeto ministerio legis y de forma permanente a la cobertura de las pérdidas del emisor, lo que acarrea el riesgo de la pérdida total de la inversión. Por ello, la función financiera legal de la participación preferente es incompatible con la propia de las obligaciones y demás valores de deuda porque éstos incorporan una deuda jurídicamente real del emisor y tienen el tratamiento contable de recursos ajenos sujetos a restitución o pasivo. En cambio el nominal de la participación preferente no es una deuda del emisor, a pesar, de ser legalmente calificada como instrumento de deuda, ya que no atribuye a su titular derecho de crédito alguno que le faculte para exigir su pago a la entidad emisora. La Disposición adicional segunda de la Ley 13/1985 obliga a que el dinero captado mediante participaciones preferentes ha de estar invertido en su totalidad (...) y de forma permanente, en la entidad de crédito dominante de la filial emisora, de manera que quedan directamente afectos a los riesgos y situación financiera de dicha entidad de crédito dominante y la de su grupo o subgrupo consolidable. La participación preferente responde a la naturaleza de clase especial de acción cuya fuente de regulación es la ley, como sucede con las

acciones sin voto y las acciones rescatables, pero es una acción desvirtuada ya que los derechos esenciales del accionista, resultan excluidos de ella legalmente. La Directiva 2009/2011/CE califica la participación preferente como un 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, ello excluye su tratamiento como pasivo de la misma, que es lo que sugiere su calificación legal como instrumento de deuda. La naturaleza accionarial de la participación preferente deriva de la propia Disposición Adicional Segunda de la Ley 13/1985 ya que la participación preferente es destinataria de un especial régimen o sistema de rentabilidad cuya activación se condiciona legalmente a los resultados económicos de la entidad de crédito emisora (o de los del grupo consolidable en el que ésta se integre); tras la Ley 6/2011 puede depender de la decisión del órgano de administración de ésta; la participación preferente no atribuye derecho a la restitución de su valor nominal. Es un valor potencialmente perpetuo o sin vencimiento ya que su regulación dispone de forma imperativa que el dinero captado por la entidad de crédito mediante su emisión deberá estar invertido en su totalidad (...) 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 de la de su grupo o subgrupo consolidable. La liquidez de la participación preferente sólo puede producirse mediante su venta en el mercado secundario de valores en el que ésta cotice, lo que supone que el dinero invertido en ella deviene prácticamente irrecuperable ante los hechos que, legalmente determinan la desactivación de su sistema de rentabilidad, bien porque el pago de la misma lleva a que la entidad de crédito dejase de cumplir sus propias obligaciones en materia de recursos propios o porque no haya obtenido beneficios ni disponga de reservas repartibles, o bien tras la Ley 6/2011, porque así lo decida el órgano de administración de la entidad de crédito. La desactivación del sistema de rentabilidad de la participación preferente y el consiguiente impago de la misma es signo de “crisis” de la entidad “deudora” cuyo efecto correlativo en los mercados de valores es la desaparición de la liquidez de la inversión y la pérdida de su seguridad o posibilidad real de recuperar el dinero invertido, en otros términos, el único incentivo del mercado secundario de participaciones preferentes consiste en el pago regular de sus intereses o sistema de rentabilidad. Su desactivación elimina la rentabilidad y la liquidez de la inversión así como su seguridad. La participación preferente deja de ser un valor para convertirse en instrumento de inversión de máximo riesgo. El nivel de seguridad en la recuperación de la inversión que ofrece la participación preferente es equiparable al que deparan las acciones. Igual que sucede con las acciones, el único supuesto en el que podría nacer un derecho al pago del valor nominal de la participación preferente sería el de la liquidación de la entidad de crédito emisora y también de la sociedad dominante de ésta. Se puede concluir que la participación preferente es un valor de riesgo equiparable a las acciones o, en su caso, al de cuotas participativas de cajas de ahorros o de las aportaciones de los socios de las cooperativas de crédito. El riesgo que asume el titular de participaciones preferentes es similar al de los accionistas, pero con la particularidad de que a aquél no se le reconoce derecho alguno de participación en los órganos sociales de la entidad de crédito emisora. Los accionistas participan de forma directa en la revalorización del patrimonio social del emisor en proporción al valor nominal de sus acciones, mientras que el valor nominal de la participación preferente, ante tal eventualidad favorable, permanece inalterable, y por el contrario sí cabe su reducción en caso de pérdidas del emisor. Todas estas características difícilmente llevan a la conclusión de poder entender que las participaciones preferentes sean un instrumento financiero apto como producto de inversión para clientes minoristas en sentido estricto.

Respecto a estos productos, ya la CNMV desde el inicio de su comercialización advertía de dichas características y de que son un instrumento complejo y de riesgo elevado que puede generar rentabilidad pero, al mismo tiempo, también pérdidas en el capital invertido. Se trata de un producto de inversión al que se asocia un riesgo elevado de pérdidas. La calificación del producto de este modo, exige que la entidad de crédito que asesore, coloque, comercialice o preste cualquier clase de servicio de inversión sobre tales valores complejos cumpla de forma escrupulosa su obligación de

una información imparcial, clara y no engañosa.

**CUARTO.-** La Directiva 2004/39/CE MIFID, sobre mercados de instrumentos financieros, fue traspuesta al ordenamiento jurídico español mediante la ley 47/2007, que a su vez modifica la Ley del Mercado de Valores, continuando con el desarrollo normativo de protección del cliente introduciendo la distinción entre clientes profesionales y minoristas, con la finalidad de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros (artículo 78 bis de la LMV); reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el artículo 79 bis regulando exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, entre otros extremos, sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece con la finalidad de que el cliente pueda tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa, debiendo incluir la información las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias, sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencias financieras y aquellos objetivos.

El deber de información se ha reforzado todavía más, sobre todo en lo que se refiere a clientes minoristas, con el RD 217/2008 de 15 de febrero ( en vigor desde el 17 de febrero de 2008), el cual traspone, entre otras, la Directiva 2006/73 de la Comisión por la que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004, sobre el régimen jurídico de las empresas de inversión y exige en su artículo 60, suficiencia de la información, Si la información contiene datos sobre resultados futuros su apartado 5 impone que debe basarse en supuestos razonables respaldados por datos objetivos; el artículo 62 exige antelación suficiente en su práctica; el artículo 64, descripción general de la naturaleza y riesgos de los productos financieros. La 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 al cliente tomar decisiones de inversión fundadas; y los artículos 72 y siguientes regulan la evaluación de idoneidad y de conveniencia.

Además se debe hacer especial hincapié en el hecho de que este deber de información viene desglosado según las distintas fases contractuales, así la Sentencia 514/2012 de la Audiencia Provincial de Baleares establece que “determinada así la naturaleza del contrato y con ello las obligaciones asumidas por la entidad demandada, a la hora de analizar que debe entenderse por derecho de información a favor del cliente, tanto el momento de contratar como durante la pendencia del contrato (...) tal como se indicó en la [sentencia de esta Sala de 21 de marzo de 2.011 \(JUR 2011, 190142\)](#) , con alusión a la [SAP de Asturias de 27 de enero de 2.010 \(AC 2010, 6\)](#) , "el derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básica para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad tanto es lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar los sujetos que intervienen en él (el cliente bancario), principalmente, a través tanto de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación exigible. Examinada la normativa del mercado de valores sorprende positivamente la protección dispensada al cliente dada la complejidad de ese mercado y el propósito decidido de que se desarrolle con transparencia pero sorprende, sobre todo, el prolijo desarrollo normativo sobre el trato debido de dispensar al cliente, con especial incidencia en la fase precontractual. Esta especial atención por parte del legislador, estableciendo códigos y normas de conducta y actuación tienden a proteger, no únicamente al cliente consumidor, sino al cliente en general, en un empeño de dotar de claridad y transparencia a las operaciones que se realizan con las entidades financieras, y a cuyo sector concurren los consumidores, de forma masiva, tanto para la celebración de contrato más simples, como la apertura de una cuenta, como a los más complejos, como los productos de inversión con lo que se pretende rentabilizar los ahorros, saliendo al paso de ese modo de la cultura del "donde hay que firmar" que se había instalado en este ámbito.

Lo relevante, por tanto, es que la labor de asesoramiento de las entidades financieras sea personalizada, teniendo en cuenta y siempre, las circunstancias, personales y económicas que concurren y le son expuestas por sus clientes, de modo que suministrada al cliente toda la información necesaria, la decisión de adquirir unos u otros productos, es decir, la valoración de su adaptación a sus necesidades concretas, le corresponde exclusivamente a él y no al asesor, pues si bien es cierto, como apunta la [SAP de Barcelona de 4 de diciembre de 2009 \(JUR 2010, 34833\)](#) , que "no puede exigirse un resultado concreto de la obligación derivada del contrato, puesto que en todo caso quien tiene la última palabra sobre la inversión es el cliente, no lo es menos que la decisión del inversor sólo puede correr con los riesgos de la operación si el gestor le informa de todos los extremos por él conocidos, que puedan tener relevancia para el buen fin de la operación, en otras palabras, sólo puede hacerse responsable al cliente del desafortunado resultado de la inversión si el gestor en su comisión, ha desempeñado sus obligaciones diligentemente... y a fin de determinar la manera en que dicha información, debe hacerse llegar a sus clientes de forma adecuada, los apartados 6 y 7 del mismo precepto ( [art. 79 LMV \( RCL 1988, 1644 ; RCL 1989, 1149 y 1781\)](#) ) establecen la obligación por parte de la entidad, en función del tipo de prestación ofrecida, de obtener información sobre el cliente, sus conocimientos y experiencia en el ámbito de la inversión".

La sentencia de esta Sala de 21 de junio de 2011 , al referirse a la Ley del Mercado de Valores , indica que "La denominación que ha recibido esta normativa -normas de transparencia- resulta expresiva de una de sus finalidades, la de prestar una información adecuada a la clientela de las entidades de crédito, de forma que el cliente tenga o pueda tener una idea clara del contenido del contrato, en el momento de su celebración y durante su periodo de duración, puesto que la expresión "transparencia", en el ámbito contractual, se utiliza cuando de los términos expresados en la formalización de los contratos se deducen con claridad cuáles son las obligaciones que nacen para cada una de las partes que intervienen en ellos.

El derecho de información del cliente se considera, pues, como la forma más importante de la libertad contractual. Por ello tales normas intentan establecer los medios para que las condiciones contractuales, en un sector tan complejo como el de los servicios financieros, sean comprensibles para el cliente medio, es decir, presenten unas adecuadas condiciones de transparencia.

Sin embargo, la existencia de estas normas no se justifica por una exclusiva finalidad de protección de la parte contratante, con mayor déficit de información. Es necesario contextualizar este tipo de normas que disciplinan la participación de determinados agentes económicos en la posición oferente del mercado de crédito. Por lo tanto, en última instancia, constituyen una regulación profesional ordenada a sentar las bases para conseguir una mayor competencia entre las entidades, objetivo éste que aparece claramente enunciado en la propia Exposición de Motivos de la [Orden de 12-XII-1989 \(RCL 1989, 2700\)](#) en una sencilla frase que anuda ambos conceptos, mejor información y mayor competencia, en una relación de causa-efecto."

La SAP de Valencia Sección 9 de 30.10.2008, alude a que la "especial complejidad del sector financiero -terminología, casuismo, constante innovación de las fórmulas jurídicas, transferencia de riesgos a los clientes adquirentes...- dotan al mismo de peculiaridades propias y distintas respecto de otros sectores, que conllevan la necesidad de dotar al consumidor de la adecuada protección tanto en la fase precontractual -mediante mecanismos de garantía de transparencia de mercado y de adecuada información al consumidor (pues sólo un consumidor bien informado puede elegir el producto que mejor conviene a sus necesidades y efectuar una correcta contratación)- como en la fase contractual -mediante la normativa sobre cláusulas abusivas y condiciones generales, a fin de que la relación guarde un adecuado equilibrio de prestaciones- como finalmente, en la fase postcontractual, cuando se arbitran los mecanismos de reclamación.

El Tribunal Supremo en la reciente Sentencia de fecha 20 de enero de 2014, en relación al alcance de los deberes de información y asesoramiento de la entidad financiera respecto al cliente, establece que: “ordinariamente existe una desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y cliente, salvo que se trate de un inversor profesional. La complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros. Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, esta necesidad de protección se acentúa porque las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto (...). 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 un test de conveniencia conforme a lo previsto en el artículo 79 bis 7 LMV (artículo 19.5 Directiva 2004/39), 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 y la experiencia 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 artículo 73 del 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 servicio de inversión ofertado o demandado.” Estas exigencias propias del test de conveniencia son menores que cuando debe valorarse la idoneidad del producto conforme al artículo 79 bis. 6 LMV (artículo 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, 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. (...) Como afirma la STJUE de 30 de mayo de 2013, la 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. Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el artículo 52 de la Directiva 2006/73, que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del artículo 4.4 Directiva 2004/39/CE. De este modo, el Tribunal de Justicia entiende que tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación 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) (...). 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 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, 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.”

Hay que tener en cuenta, además, que con anterioridad a dicha normativa no significa que los adquirentes de estos productos estuvieran desprovisto de una normativa tuitiva de su posición, esencialmente en lo que afecta a la necesaria información previa y la apreciación de la conveniencia de la inversión. Antes de la trasposición de la Directiva 2004/39/CE (conocida como MIFID) a nuestro derecho mediante la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que reformó la LMV al efecto, y por el RD 217/2008, de 15 de febrero, ya existían normas que hacían hincapié en la obligación del información -de mayor importancia, cierto es, en la fase precontractual-que debía de mantenerse en todo momento de la vida del contrato. En tal sentido es predicable: artículo 48.2 de la Ley 26/1988 sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito; la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores que ya con anterioridad a su reforma por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, imponía la exigencia en sus arts. 78 y siguientes, a todas cuantas personas o entidades ejerzan, de forma directa o indirecta, actividades relacionadas con los mercados de valores (con mención, de forma expresa, a las entidades de crédito), de una serie de normas de conducta tales como, entre otras, las de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado y asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados. Es, precisamente en desarrollo de dicha ley, cuando el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros obligatorios -en la actualidad derogado por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero-vino a disciplinar un código general de conducta de los mercados de valores, en el que, en el apartado relativo a la información a los clientes, cabe resaltar como reglas de comportamiento, que las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos. Y a ello se añadía que la información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo. Con ello se trata de lograr que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata, debiendo cualquier previsión o predicción estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos. Y, en definitiva, ello es lo que se predica a través de los arts. 45.3y 72 del RD 217/2008, que imponen la prestación de información de una forma que le permita comprender la naturaleza y los riesgos del en consecuencia, tomar decisiones fundadas sobre sus inversiones.

**QUINTO.-** La Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 21 de noviembre de 2012, ha fijado una serie de pautas a la hora de analizar la concurrencia o no del vicio del consentimiento denunciado. Su fundamento de derecho cuarto señala que hay error-vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta (sentencias 114/1985, de 18 de febrero, 295/1994, de 29 de marzo, 756/1996, de 28 de septiembre, 434/1997, de 21 de mayo,

695/2010 de 12 de noviembre, entre otras). Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea. Es lógico que un elemental respeto a la palabrea dada (pacta sunt servanda), imponga la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y pueda quedar desvinculado quien lo sufrió. El contrato constituye el instrumento jurídico por el que quienes lo celebran, en ejercicio de su libertad – autonomía de la libertad-, deciden crear una relación jurídica entre ellos, y someterla a una “lex privata” cuyo contenido determinan. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos (sentencia de 15 de febrero de 1977). En primer término, para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración, lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias. Dispone el artículo 1266 del Código Civil que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer- además de sobre la persona en determinados casos- sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieran dado motivo a celebrarlo (sentencias de 4 de enero de 1982, 295/1994, de 29 de marzo, entre otras), esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (artículo 1261.2 del Código Civil). Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente sobre aquellas presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa. Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias pasadas, concurrentes o esperadas, y es en consideración a ellas que el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno sólo de los contratantes, o dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquél, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales haberlo le había parecido adecuado a sus intereses. Como se indicó, las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección del contrato (sentencia de 8 de enero de 1962, 29 de diciembre de 1978 y 21 de mayo de 1997). Resulta determinante que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual, si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano. Se expuso antes que el error-vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente segura. Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia en sentencias de 4 de enero de 1982, 756/1996, de 28 de septiembre, 726/2000, de 17 de julio, 315/2009, de 13 de mayo, exige tal cualidad, no mencionada en el artículo 1266, porque valora la conducta del ignorante o equivocado, negando protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y , en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida. Se trata de determinar si dicho incumplimiento generó el vicio, ya que como señala la Sentencia del Tribunal Supremo anteriormente citada, aunque en muchos casos un defecto de información puede llevar directamente al error de quien la necesitaba, no es correcta una equiparación, sin matices, entre uno y otro, al menos en términos absolutos.

Ahora bien, antes de analizar la prueba, es necesario determinar las reglas de la carga de la prueba que rigen en este tipo de procesos en los que se trata de dilucidar si se prestó consentimiento viciado por error derivado de una falta de información. La SAP, Valencia de 12 de julio de 2012, establece que en relación a la carga de la prueba del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, y sobre todo en el caso de productos de inversión complejos, ha de citarse la

STS de la Sala 1ª, de 14 de noviembre de 2005 en la que se afirma que la diligencia en el asesoramiento no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes, y, en segundo lugar, la carga probatoria acerca de tal extremo debe pesar sobre el profesional financiero, lo cual por otra parte es lógico por cuanto desde la perspectiva de los clientes se trataría de un hecho negativo como es la ausencia de dicha información. Se puede destacar que en definitiva se trata de un contrato de adhesión, de un producto financiero complejo de difícil seguimiento en su rentabilidad y que cotiza en el mercado secundario, que el cliente debe recibir información en fase precontractual completa y precisa acerca de las características del producto y de los riesgos que asumía, información que ha de ser lo suficientemente clara y precisa para que aquél conociera el producto o servicio que pudiera llegar a contratar y saber si se encuentra dentro de sus necesidades y de las ventajas que espera obtener al reclamar un servicio o al aceptar un producto que se le ofrece, que la carga de la prueba del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, corresponde a la entidad bancaria debiendo tener en cuenta que en el caso de productos de inversión complejos, la diligencia en el asesoramiento no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes.

Además se debe hacer especial hincapié en el hecho de que la Ley, en algunas ocasiones concede un plus de protección a la parte que es tenida como débil en el contrato, y así ocurre en la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios, cuyo artículo 3 bajo la rúbrica “concepto general de consumidor y usuario”, contiene la definición de consumidor a los efectos de la Ley en los siguientes términos: “a los efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional”, concepto que corresponde aplicar a la actora. Se debe recordar que son derechos básicos de los consumidores y usuarios, entre otros, “la información correcta sobre los diferentes bienes o servicios (...)”.

En la vista del juicio, Dª Nuria María Pascual, ratificó el informe pericial presentado; se contó, además, con la documental obrante en autos.

Dª Nuria María Pascual concluyó en su informe que las participaciones preferentes son instrumentos híbridos de carácter complejo con riesgo elevado, que la información previa a la compra de las mismas no fue suficiente, que no ha podido analizar todas las órdenes de compra y que el canje de las participaciones preferentes por acciones no era apropiado para inversores con perfil conservador. Dª Nuria concluye que los demandantes, tras la venta de las acciones que obtuvieron del canje, incurrieron en unas pérdidas aproximadas de 55% del total de la inversión inicial.

En cuanto a la valoración de la prueba pericial se debe partir necesariamente del artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil según el cual “el Tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica”. El artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se debe interpretar a la luz de la doctrina constitucional, concretamente a la luz del denominado “test de la razonabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución española” (RCL 1978/2836); (STS 28 de noviembre de 2008), en virtud del cual siempre y cuando la interpretación judicial de los dictámenes periciales sea racional y acorde con la realidad fáctica procesal, la misma se entenderá ajustada a la sana crítica.

Además, se debe hacer especial hincapié en el hecho de que la valoración y determinación jurídica de si la entidad demandada proporcionó o no suficiente información a la parte actora, corresponde al juzgador y no al perito, después de analizar toda la prueba obrante en autos.

En cuanto a la prueba documental, la parte actora presentó como documento número cuatro de la demanda, la información de las condiciones de prestación de servicios de inversión que recibió D. y como documento número cinco de la demanda consta la orden de compra de valores de fecha 20 de abril de 2007. En esta orden de compra de valores se hace referencia a la clase de valor con el siguiente tenor literal: “PPF.BEF S/B”, y en ella se recoge la cantidad ordenada, esto es, 50, el nominal ordenado que asciende a 30.000 euros, el cambio límite, la fecha fin de validez, la cuenta operante, el mercado AIAF-IBERCLEAR y el intermediario, BANCAJA. La parte actora acompaña a la demanda, dos documentos de fecha 30 de abril de 2007 relativos a las operaciones de inversión de D. y de D<sup>a</sup>. Como documento número seis de la demanda se aporta el contrato tipo de depósito y administración de valores cuyos titulares son D. y D<sup>a</sup> este contrato es de fecha 20 de abril de 2007.

Como documento número siete de la demanda consta el contrato marco de valores negociables titularidad de D. y de D<sup>a</sup> de fecha 20 de abril de 2007, así como el anexo particular al contrato indicado.

En cuanto al canje de las participaciones preferentes objeto de litigio por acciones de la entidad demandada, la parte actora presentó como documento número trece de la demanda la oferta de recompra y suscripción de fecha 15 de marzo de 2012, en el que se describe el valor objeto de venta como “PPF.BEF S/B” por importe nominal de 33.000 euros; así como el anexo a dicha orden. La parte actora presentó, además, la oferta de recompra de participaciones preferentes y suscripción de acciones de fecha 15 de marzo de 2012 en la que se describe el valor objeto de venta como “PPF.BEF S/A” por importe nominal de 27.000 euros; así como el anexo a dicha orden. La parte actora presentó el resumen folleto de la oferta de recompra y suscripción cuyo titular es D. y el resumen folleto en el que consta como titular D<sup>a</sup>, ambos folletos son de la misma fecha que las ofertas de recompra y suscripción anteriormente indicadas, es decir, de 15 de marzo de 2012.

La parte actora presentó el documento relativo al test de conveniencia que se practicó a D. en fecha 15 de marzo de 2012, que da como resultado “no conveniente”, así como el test de conveniencia que se practicó a D<sup>a</sup> en fecha 15 de marzo de 2012, que da como resultado “no conveniente”.

Ninguno de los documentos relativos al canje de las participaciones preferentes objeto de litigio por acciones de la entidad demandada, están firmados por los demandantes, y además, son todos de la misma fecha, esto es, de 15 de marzo de 2012.

Como documento número dieciséis de la demanda consta la orden de venta de las acciones que los demandantes obtuvieron como consecuencia del canje de las participaciones preferentes por acciones de BANKIA S.A. En este documento es de fecha 15 de mayo de 2012, hace referencia a 13.578 títulos y se describe el valor como AC. BANKIA S.A. En esta orden de venta el nominal asciende a 27.156 euros.

Como documento número diecisiete de la demanda consta una reclamación que efectuó D. en fecha 19 de febrero de 2013, dirigida a BANKIA, en la que solicitaba que se le proporcionara copia de la orden de compra de participaciones preferentes serie B por importe de 33.000 euros y de la orden de comprar de participaciones preferentes serie A por importe de 27.000 euros, así como el extracto de liquidación de valores.

La parte demandada no presentó documentación alguna en apoyo de sus manifestaciones.

La entidad BBVA remitió escrito al Juzgado poniendo de manifiesto que D. \_\_\_\_\_ y D<sup>a</sup> \_\_\_\_\_ figuraban como titulares de cuentas de ahorro e imposiciones a plazo fijo.

De la prueba analizada se desprende que la entidad demandada no proporcionó información suficiente y clara sobre las participaciones preferentes objeto de litigio a los demandantes con carácter previo a la contratación de las mismas, ni siquiera de forma postcontractual, ya que los datos contenidos en la única orden de compra que se adjunta a las actuaciones no permiten al cliente, con la simple lectura de la misma, conocer las características y riesgos del producto que está adquiriendo, teniendo en cuenta, además, que en la orden de compra se describe el valor con el siguiente tenor literal: “PPF.BEF S/B”. Si bien es cierto que en el momento de la adquisición de las participaciones preferentes por D. \_\_\_\_\_ no estaba en vigor la ley 47/2007, que traspuso la Directiva 2004/39/ CE MIFID, sobre mercados de instrumentos financieros, tal y como se ha puesto de manifiesto anteriormente al analizar la normativa aplicable, ya existían normas que exigían a las entidades financieras que proporcionaran a sus clientes información clara y transparente sobre el producto objeto de litigio, con carácter previo a la contratación del mismo, información que la entidad demandada no ha probado que suministrara a D. \_\_\_\_\_ ni a D<sup>a</sup> \_\_\_\_\_.

En cuanto al Canje de las participaciones preferentes por acciones de BANKIA que tuvo lugar en año 2012, la demandada alega la imposibilidad de plantear la acción de anulabilidad de los contratos por novación extintiva, alegando que la acción se ha extinguido por confirmación tácita de los contratos derivada de la aceptación del canje.

Se desestiman estos motivos citando la sentencia de SJPI, Mataró sección 1 del 24 de Abril del 2013 ( ROJ: SJPI 53/2013) que desestimo la misma alegación por lo que se reproducen sus conclusiones por estimarlas aplicables al presente caso: “La entidad demandada sostiene en relación a la operación de canje que la misma constituye una novación extintiva del contrato primigenio de suscripción de participaciones preferentes y/o obligaciones subordinadas y, por ende, no cabe ni existe acción de anulabilidad contra el mismo por cuanto ya está extinguido voluntariamente por la parte que lo ha extinguido a través de su novación (canje de participaciones preferentes por acciones) y, por ende, no hay acción contra el contrato inicial. No puede compartirse la referida argumentación con base a los siguientes argumentos: Si conforme a lo previsto en el art. 1.311 del CC la confirmación de un contrato anulable puede producirse tácitamente, cuando la confirmación se haga con conocimiento de la causa de nulidad, habiendo ésta cesado, y el legitimado para impugnarlo ejecute un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo, debe indicarse que si bien difícilmente puede sostener que en el momento de aceptarse el canje (marzo 2.012), el actor desconociera ya el error padecido sobre la verdadera naturaleza de la inversión realizada y los riesgos inherentes a la misma, toda vez que estos riesgos (riesgo de pérdidas y falta de liquidez) se habían ya materializado en su propio perjuicio y han sido profusamente divulgados por los medios de comunicación en los últimos años, sin embargo, es más que cuestionable que de la aceptación del canje se pueda inferir necesariamente una voluntad de renunciar a la acción de anulación de los contratos de adquisición de participaciones preferentes y obligaciones subordinadas que se hayan realizado con vicio del consentimiento.

La confirmación de un contrato, es una declaración de voluntad por la cual se opta por dotar al contrato viciado de una eficacia definitiva, haciendo que cese la situación de incertidumbre propia de la anulabilidad, por lo tanto, para valorar si un acto realizado por el legitimado para ello tiene carácter confirmatorio, hay que atender, como dice el propio art. 1311 CC, a la voluntad del legitimado de querer confirmar el negocio anulable, inferida de manera necesaria de dicho acto. No

cualquier acto posterior confirma un negocio que adolece de alguna causa de anulabilidad, sino sólo aquel que se haya realizado por el legitimado para impugnarlo con ánimo de querer purificarlo (...).

Tal y como expresa DE CASTRO, el adverbio «necesariamente» contenido en la formulación del art. 1311 CC, reclama la existencia de un «enlace preciso y directo» entre la conducta seguida y la voluntad confirmatoria que se infiera del mismo. En este sentido, es más que dudoso que de la aceptación del canje de participaciones preferentes y obligaciones subordinadas por acciones pueda inferirse la voluntad del inversor de renunciar a la acción de anulación del contrato de adquisición realizado con vicio del consentimiento, por varias razones que sistematiza el profesor PERTÍÑEZ:

a) En primer lugar, la confirmación es un acto negocial, de manera que si un acto no es realizado con voluntariedad, falla la premisa mayor para que pueda inferirse del mismo una voluntad de confirmar un contrato anterior viciado. No puede sostenerse que la aceptación del canje de participaciones preferentes y obligaciones subordinadas por acciones de la misma entidad emisora sea un acto puramente consentido por el inversor, si entendemos que para que haya consentimiento en sentido estricto se requiere que exista, al menos, la posibilidad de optar por una alternativa en sentido contrario. La no aceptación del canje no es una alternativa razonablemente disponible para el inversor, pues la única posibilidad de recuperar al menos una parte de la inversión y poder obtener liquidez de la misma es conmutar estos valores por acciones, puesto que es inverosímil un escenario de recuperación del valor de las participaciones preferentes y obligaciones subordinadas en el mercado.

Además, cuando el canje haya tenido lugar en el marco de una acción de gestión de instrumentos híbridos de capital y de deuda subordinada de entidades en proceso de reestructuración prevista en el art. 40 Ley 9/2012 de reestructuración y resolución de entidades de crédito, la no aceptación implicaría para el inversor quedar a merced del FROB, que en virtud de las acciones de gestión vinculantes previstas en el art. 44 Ley 9/2012 tiene un gran poder de decisión discrecional sobre dichos títulos que podría terminar por evaporar su valor. En particular, estas medidas imperativas pueden afectar al derecho del inversor al pago de intereses, al reembolso de capital, a la fecha de vencimiento o, en general, al derecho a exigir cualquier pago relacionado con los valores. Incluso el FROB puede acordar de manera imperativa la recompra de valores por la entidad emisora al precio que determine él mismo.

b) En segundo lugar, al ser la confirmación el ejercicio de una facultad de opción por la validez de un contrato que podría ser impugnado, se requiere para su eficacia que el legitimado no solamente tenga un conocimiento empírico del vicio padecido, sino también del poder invalidante de dicho vicio.

c) En tercer lugar, la presunción de la existencia de una voluntad confirmatoria del legitimado para impugnar el contrato, a partir de una conducta seguida por el mismo, no puede inferirse de dicho acto considerado de manera aislada, prescindiendo del interés que el legitimado pudiera tener en el momento de realizar dicha conducta en la eficacia del contrato.

Aunque la idea de aprovechamiento del contrato viciado en beneficio propio no sea explícitamente un elemento constitutivo o requisito de la confirmación tácita, lo cierto es que en la valoración de si un acto determinado implica necesariamente una voluntad confirmatoria es un dato esencial el provecho o el beneficio propio que el legitimado extrae del contrato viciado. En este sentido, conviene no confundir la confirmación, con la transacción, puesto que en esta última la idea de pérdida o renuncia a parte de las pretensiones propias es consustancial a su finalidad de evitar un

litigio. La confirmación no es una declaración de voluntad tendente a evitar un litigio mediante la asunción de una renuncia, sino un acto por el que se decide otorgar plena validez a un contrato que podría ser anulado.

Esta voluntad confirmatoria se puede presumir de actos en los que existe un provecho del contrato viciado por parte del legitimado para anularlo, pero no necesariamente de aquellos otros actos, como en este caso la aceptación de canje, que impliquen la asunción de pérdidas por parte del perjudicado por un vicio del consentimiento.

En definitiva, si de la aceptación del canje pudiera inferirse alguna voluntad del inversor, ésta no sería necesariamente la de dotar de eficacia plena al contrato viciado, renunciando a una posterior acción de nulación, sino que, antes bien, esta voluntad será simplemente la de enjugar en parte las pérdidas causadas a consecuencia del negocio de adquisición de valores, celebrado con vicio del consentimiento, ante la incertidumbre acerca de la declaración en sede judicial o arbitral de la nulidad de dicho contrato (...)"

En el supuesto de autos el canje de las participaciones preferentes objeto de litigio por acciones de la entidad demandada tiene lugar el 15 de marzo de 2012. Todos los documentos relativos a dicho canje que constan en las actuaciones son de la misma fecha, esto es, de 15 de marzo de 2012, y especialmente significativo es el hecho de los dos test de conveniencia que se practicaron por la entidad demandada a D. \_\_\_\_\_ y a D<sup>a</sup> \_\_\_\_\_ dan como resultado "no conveniente", y ninguno de ellos está firmado por sus titulares. Por otro lado, el folleto resumen de la oferta de recompra y suscripción no está redactado de forma sencilla de modo que una persona con un nivel medio de estudios pudiera conocer, con la simple lectura del mismo, el alcance de sus términos, teniendo en cuenta, además, que la fecha que consta en los folletos resúmenes y la fecha del canje propiamente dicho, es la misma, esto es, el 15 de marzo de 2012, con lo que se puede concluir que la entidad demandada tampoco proporcionó a los demandantes información clara sobre el canje de las participaciones preferentes de las que eran titulares por acciones de BANKIA S.A con suficiente antelación a la materialización del mismo, de modo que tanto D. \_\_\_\_\_ como D<sup>a</sup> \_\_\_\_\_ no pudieron tomar una decisión plenamente consciente y libre al respecto, entendiéndose por tal, aquélla que se adopta con el conocimiento de todos los términos contractuales.

En el supuesto de autos, los demandantes vendieron las acciones en fecha 15 de mayo de 2012, es decir, muy poco tiempo después del canje, concretamente dos meses después (documento número dieciséis de la demandada). La confirmación prevista en los artículos 1.309 y siguientes del Código Civil, esto es, entendida desde un punto de vista estrictamente jurídico civil como la voluntad unilateral de la parte de dotar de validez al contrato precedente, no resulta de aplicación al supuesto de autos, ya que en este caso en concreto, la venta de las acciones, después de dos meses del canje de las participaciones preferentes objeto de litigio por acciones de la entidad demandada, se entiende como la intención, perfectamente legítima de sus titulares, de tratar de paliar las pérdidas sufridas como consecuencia de la adquisición de un producto complejo del que no recibieron información suficiente y clara en el momento de la contratación, ni siquiera en el momento de su canje por acciones de la entidad demandada ya que, tal y como se ha puesto de manifiesto anteriormente, el folleto informativo contiene un lenguaje técnico y complejo y, además, no se puso a disposición de los demandantes con suficiente antelación. Si bien es cierto que el funcionamiento de las acciones, como valores que dependen de las fluctuaciones del mercado, puede ser más o menos conocido por un ciudadano medio, no pueden ser de aplicación el artículo 1.309 del Código Civil, cuando la actuación que debería traer causa en el mismo se presenta como única opción, interiorizada por su autor, de paliar las pérdidas sufridas en el capital. D. \_\_\_\_\_ y D<sup>a</sup> \_\_\_\_\_ son consumidores, minoristas sin conocimientos financieros.

Por tanto se puede concluir que BANKIA no ha probado que proporcionó información suficiente sobre las participaciones preferentes objeto de litigio. El incumplimiento de esa normativa da lugar, como en el supuesto de autos, a un consentimiento no informado y por tanto viciado por error, ya que el mismo ha recaído en la materia objeto del contrato, en la sustancia del mismo, y por tanto se entiende esencial y excusable, en base a la jurisprudencia anteriormente citada y al tenor literal del artículo 1.266 del Código Civil. La SAP de Valencia de 12 de julio de 2012, con cita de la de 6 de octubre de 2010, en el apartado relativo a “efectos de la infracción del deber de información” explica que “no dispone tal normativa los efectos de la infracción civil de tales derechos pero como esta Sala ya fijo en Sentencia de 16 de noviembre de 2011, tal infracción a parte de la posible sanción administrativa, es indudable que en cuanto signifique 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 vía del artículo 1265 del Código Civil con la nulidad del contrato.”

Es precisamente esa falta de información la que vicia el consentimiento y por ende el contrato, sin que sea de aplicación la teoría que impide ir contra los actos propios, la prohibición del “venire contra factum proprium” exige que esos actos propios vinculantes causen estado, definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor, lo que no puede predicarse de los supuestos en que hay error, ignorancia o conocimiento equivocado, no pudiendo invocarse esta doctrina cuando tales actos están viciados por error (STS de 30 de septiembre de 1992, 12 de abril de 1993 y 10 de junio de 1994), que es precisamente lo que ocurre en el supuesto de autos.

El art. 1265 del Código Civil establece que “será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo”.

El artículo 1.303 del Código Civil establece que “declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubieran sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con sus intereses”. En consecuencia el precepto define la “restitutio in integrum”, con retroacción “ex tunc” de la situación, es decir, se intenta que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador

Finalmente, debe indicarse que la declaración de nulidad de los contrato de adquisición de participaciones preferentes debe extenderse también al negocio jurídico de canje por acciones así como a la posterior venta de las acciones, de acuerdo con la doctrina de la propagación de los efectos de la nulidad a los contratos conexos.

El contrato de adquisición de valores y el negocio jurídico de canje por acciones del emisor y posterior venta de dichos valores están unidos por un vínculo funcional, al ser el primero de ellos el presupuesto, la causa o la base del negocio de los otros dos: la frustración de las expectativas de la inversión realizada a través del primer contrato, es la causa del segundo. Por lo tanto, su causa subjetiva, o motivo casualizado, asumido por ambas partes como presupuesto del negocio, es el contrato precedente de adquisición de valores. En consecuencia, siendo declarado nulo el contrato de adquisición de valores por vicio del consentimiento, la declaración de nulidad debe extenderse al negocio jurídico subsiguiente de canje por acciones y venta de éstas, por desaparición de su causa (art. 1275 CC).

El Tribunal Supremo ha admitido la propagación de los efectos de la nulidad de un contrato de inversión sobre el contrato realizado posteriormente para enjugar las pérdidas iniciales en casos muy similares. Se trata de las SSTs de 17 de junio de 2010 y STS de 22 de diciembre de 2009. En



ambos casos, la nulidad de una cláusula de un contrato de «inversión a plazo atípica» que vinculaba su retribución a la evolución en el mercado subsidiario de un subyacente, se propaga a los contratos de inversión posteriores que la misma entidad ofreció para recuperar el dinero porque «sin el primer contrato y las pérdidas que originó, quedaría privada de sentido la operación económico financiera en su totalidad, integrada también por los contratos posteriores».

En cuanto a los intereses, tal y como pone de manifiesto el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Valencia, “si tenemos en cuenta el tenor literal del artículo 1.303 del Código Civil, como las partes se entregaron dinero, las recíprocas devoluciones deberían ser con los respectivos intereses legales desde las fechas de las entregas. Pero esta obligación se va a moderar con apoyo en lo previsto en el artículo 1.103 del Código Civil, aplicable al cumplimiento de toda clase de obligaciones, y con el fin de evitar un enriquecimiento injusto (ahora por la parte demandante), y a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha admitido la posibilidad de limitar los efectos de la nulidad, así la STS de 9 de mayo de 2013, Pte: Gimeno-Bayón Cobos, concita de la STS de 13 de marzo de 2012 declara que “también esta Sala ha admitido la posibilidad de limitar los efectos de la nulidad ya que la restitutio no opera con automatismo absoluto, ya que el fundamento de la regla de liquidación de la reglamentación contractual declarada nula y por la que se pretende conseguir que las partes afectadas vuelvan a la situación patrimonial anterior al contrato, no es otro que evitar que una de ella se enriquezca sin causa a costa de la otra y ésta es una consecuencia que no siempre se deriva de la nulidad”.

La razón de la moderación o limitación de los efectos es la siguiente: si se concediera, como se piden en la demanda, que la entidad demandada pagara o restituyera al cliente los intereses legales (recuérdese al 4% anual desde el año 2009, y antes al 5,50% ó 5%) desde la fecha en que éste hizo las adquisiciones de los productos de inversión resultaría que el cliente estaría consiguiendo para su inversión una rentabilidad muy superior a la que hubiera conseguido en un producto seguro, sin riesgo, de gran liquidez ( un depósito a plazo fijo), que en esas fechas no daban una rentabilidad superior al 2% anual (...).“

Por tanto, la obligación de devolver los intereses será desde la interpelación judicial, sin perjuicio de que se devenguen los intereses previstos en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde la fecha de la Sentencia.

Por todo ello y en atención a la fundamentación jurídica anteriormente expuesta y a la jurisprudencia que la sostiene procede declarar la nulidad interesada, esto es, la nulidad de la adquisición de participaciones preferentes series A y B en el año 2007, así como su posterior canje por acciones de la entidad demandada, canje que tuvo lugar el 15 de marzo de 2012 y la nulidad de la venta de dichas acciones en fecha 15 de mayo de 2012. La demandada deberá restituir a los demandantes la cantidad invertida en la adquisición de las participaciones preferentes objeto de litigio, esto es 33.000 euros por la adquisición de participaciones preferentes serie B (documento número trece de la demanda) y 27.000 euros por la adquisición de participaciones preferentes serie A (documento número trece de la demanda), deduciendo los rendimientos obtenidos por la parte actora, que se determinarán en ejecución de Sentencia, con imposición de los intereses legales desde la fecha de la interposición de la demanda. Los demandantes deberán restituir a la entidad demandada el precio obtenido por la venta de las acciones en fecha 15 de mayo de 2012 y que asciende a 27.156 euros (documento número dieciséis de la demanda).

**QUINTO.-** El artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil contempla el principio del vencimiento y establece que “en los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se

impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones (...)", con lo que corresponde imponer las costas a la demandada.

En su virtud,

### FALLO

Que estimado la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. Manuel Ángel Hernández Sanchis en nombre y representación de D<sup>a</sup> \_\_\_\_\_ y de D. \_\_\_\_\_ y D. \_\_\_\_\_, como sucesores de D. \_\_\_\_\_, contra BANKIA S.A, debo declarar y declaro la nulidad de la adquisición de participaciones preferentes series A y B en el año 2007, así como su posterior canje por acciones de la entidad demandada, canje que tuvo lugar el 15 de marzo de 2012 y la nulidad de la venta de dichas acciones en fecha 15 de mayo de 2012; y debo condenar y condeno a BANKIA S.A a restituir a los demandantes la cantidad invertida en la adquisición de las participaciones preferentes objeto de litigio, deduciendo los rendimientos obtenidos por la parte actora, que se determinarán en ejecución de Sentencia, con imposición de los intereses legales desde la fecha de la interposición de la demanda. Los demandantes deberán restituir a la entidad demandada el precio obtenido por la venta de las acciones en fecha 15 de mayo de 2012; con imposición de costas a BANKIA S.A.

Contra esta resolución cabe interponer recurso de apelación en el plazo de veinte días, desde la notificación de esta resolución, ante este Tribunal, mediante escrito en el que deberá exponerse las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna.

Así lo acuerdo, mando y firmo.