NOTIFICADO AL
PROCURADOR VIA LEXNET EL
4 JULIO DE 2014

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 2 VALENCIA

CIUDAD DE LA JUSTICIA
Av. del Saler, 14 -2ª planta dcha. (Zona Azul) 46071 VALENCIA
TELÉFONO: 96-192-90-11 - FAX: 96.192.93.11

N.I.G.: 46250-42-2-2013-0031637

Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO - /2013

SENTENCIA Nº 137/14

En Valencia, a 3 de julio de 2014.

Vistos por D. Francisco Sanchis Osuna, Magistrado-Juez en funciones de apoyo del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Valencia, los autos de Juicio Ordinario nº /2013, promovidos a instancia de

, representada por el Procurador D. Jorge Vico Sanz, asistida por el Letrado D. Miguel Angel Rosell Blasco, contra la mercantil "Bankia, SA" (como sucesora de Bancaja), representado por la Procuradora Dª. y asistida por el Letrado D.), así como contra Bancaja Eurocapital Finance, Sau, con idéntica representación.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por turno de reparto correspondió a este Juzgado demanda de juicio ordinario interpuesta por el Procurador D. Jorge Vico Sanz , en nombre y representación de contra la mercantil "Bankia, SAU", basándose en los hechos que constan en la misma y que

se dan por reproducidos y después de alegar los fundamentos que estimó de aplicación, terminó solicitando que previos los trámites legales, se dictase sentencia en el sentido establecido en el suplico de su demanda.

SEGUNDO.- Admitida a tramite la demanda se emplazó a la demandada para que en el término de veinte días, se personase y la contestase, lo cual verificó la Procuradora _____, en nombre y representación de la demandada, oponiéndose a la demanda, en base a los hechos que constan en su escrito de contestación y que se dan por reproducidos, y después de alegar los fundamentos que se estimó de aplicación, se terminó solicitando que previos los trámites legales se dictase sentencia desestimando íntegramente la demanda, se absuelva a sus representada de los pedimentos contra ella formulados de contrario, con expresa imposición de costas a la parte actora.

TERCERO.- Se convocó a las partes a la audiencia previa, comparecidas las partes se comprobó que el litigio subsiste entre ellas, resolviendo las cuestiones procesales alegadas admitiéndose la excepción de falta de litis consorcio pasivo necesario de la entidad Bancaja Eurocapital Finance, Sau, presentado la parte actora demanda frente a la misma, y contestando la Procuradora D^a _____, en nombre de la misma, interesando la desestimación de la demanda.

Se convocó nuevamente a las partes a la audiencia previa, por lo que cada parte se pronunció sobre los documentos aportados de contrario, en virtud del artículo 427 de la LEC, tras lo cual se procedió a la fijación de los hechos no existiendo conformidad de las partes por lo que se abrió el periodo de proposición de prueba en base al artículo 429 de la LEC. Una vez admitidas las pruebas pertinentes y útiles se convocó a las partes a juicio.

CUARTO.- Practicada la prueba se decretó su unión a los autos por lo que formuladas las conclusiones por las partes, quedo el juicio concluso para dictar sentencia. En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte actora presentó demanda contra Bankia SA para que se declare nulo el contrato de suscripción de participaciones preferentes Serie A de fecha indeterminada pero anterior a enero de 2000 por importe total de 26.400.- euros y del posterior canje de las mismas por acciones de fecha 21 de marzo de 2012, por falta de consentimiento y concurrencia de vicio en el consentimiento determinante de error esencial y no imputable al demandante y dolo invalidante y subsidiariamente resolución contractual, condenando a la demandada a la restitución del capital invertido (26.400.- euros) más los intereses legales desde la fecha de cargo minoradas por las rentas recibidas. Dicha acción principal se fundamenta en los artículos 1261, 1265 y 1266 del código civil alegando que la demandada incumplió la exigencia legal de transparencia diligencia y deber de información sobre las características y riesgo del producto pese a su perfil minorista y conservador, dado su nivel de estudios básicos y sin conocimientos financieros.

Por la parte demandada se alega con carácter previo, novación extintiva de los contratos de suscripción de participaciones preferentes por el canje de acciones y extinción de la acción de anulabilidad, caducidad de la acción. Y en cuanto al fondo del asunto refiere que la calificación de minorista de la parte demandante no le convierte en personas no aptas para la adquisición del producto financiero de autos, que el inversor adquirió el producto conociendo sus características, que el error padecido era inexcusable, debiendo desplegar una mayor diligencia el adquirente del producto financiero, que la infracción de normas administrativas no conlleva la nulidad del contrato y que no existió dolo por su parte.

SEGUNDO.- Respecto a la excepción de caducidad en base al artículo 1301 del Código Civil, procede desestimarla, a la vista del contenido de la Sentencia 308/2013 de la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia, de 30 de

diciembre de 2013, que reitera los argumentos de la Sentencia de 11 de julio de 2011 de la misma Sala, recogiendo la doctrina jurisprudencial al respecto, de tal forma que en supuestos como el presente en que el contrato tiene vocación de permanencia y no esta sometido a plazo, practicándose liquidaciones periódicas, no debe confundirse en el momento de perfección del contrato es decir el momento de adquisición del producto financiero, con el de la consumación, circunstancia que se produce cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes. En el caso de autos no se ha producido la consumación del contrato a la fecha de presentación de la demanda, sin haberse producido el vencimiento en el momento de su canje por acciones de la entidad demandada.

En cuanto a la alegación de novación extintiva derivada del canje de las participaciones preferentes por acciones de la entidad demandada y la extinción de acción de anulabilidad, atendiendo que el artículo 1208 del Código Civil señala: "la novación es nula si lo fuera también la obligación primitiva, salvo que la causa de nulidad sólo pueda ser invocada por el deudor, o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen", la cuestión debe examinarse junto con la pretendida nulidad del canje de acciones por la parte actora. E igual suerte debe corre la alegación respecto a la inviabilidad de la acción de nulidad pro encontrarse cancelado el producto.

TERCERO.- En relación a la acción principal, debemos distinguir entre inexistencia contractual, nulidad absoluta y anulabilidad o nulidad relativa. La inexistencia produce los mismos efectos que la nulidad absoluta pero es un concepto que implica la falta de un elemento esencial del negocio jurídico (declaración de voluntad, objeto, causa y forma en el caso de ser solemne el negocio). La nulidad absoluta implica la contravención de una norma imperativa o prohibitiva; siendo esta apreciable de oficio, y subsanable y con efectos frente a todos. La anulabilidad concurre cuando un negocio jurídico tiene algún vicio susceptible de invalidarlo, como lo sería un vicio del consentimiento; siendo así que el negocio hasta que sea anulado produce todos sus efectos. Aun cuando la parte demandante habla de nulidad en relación a la falta de consentimiento y la existencia de vicio del

consentimiento por error, no se alega con carácter principal precepto legal con carácter imperativo infringido, sino que se sustenta en un vicio del consentimiento, siendo este una causa de anulabilidad de acuerdo con el artículo 1300 del código civil establece: "los contratos en que concurran los requisitos que expresa el artículo 1261 pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley"; y así los demandantes sostienen un error que ha viciado su consentimiento a la hora de contratar, con carácter principal.

Así de acuerdo con el contenido de la demanda la parte actora quería celebrar dicho contrato, pero mantiene que expresó su voluntad viciada en su consentimiento al creer que concertaba un contrato sobre productos sin riesgo alguno, de forma que en ningún momento se produjera una posible pérdida en su patrimonio, siendo así que manifiestan desconocían los riesgos elevados de concertar el producto en litigio, viene a indicar que concertaban un depósito. En suma nos encontraríamos con una nulidad relativa y no ante una inexistencia, ni ante una nulidad radical o absoluta de la relación contractual.

Por ello deberá examinarse si se cumplen los requisitos jurisprudenciales para la adopción de la nulidad contractual instada con carácter principal, y por tanto la doctrina aplicable para que el error sea susceptible de anular un contrato. Y al respecto hay que recordar que, al amparo de lo dispuesto en los arts. 1261 y 1266 CC, es lugar común exigir la concurrencia de los siguientes requisitos.

En primer lugar se sostiene que el error ha de ser esencial. Requisito éste que viene exigido por el propio art. 1266 CC al disponer que, para que el error invalide el consentimiento, "deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo". Como no podía ser de otro modo, la jurisprudencia es constante a la hora de exigir que, para decretar la nulidad del contrato, el error padecido en la formación de la voluntad sea esencial. V. así, la STS 18-4-1978 [ponente: Pedro González Poveda] (Roj: STS 1978\336), según la que "para que el

error del consentimiento invalide el contrato (...) es indispensable que recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieren dado lugar a su celebración”.

En segundo término, es común exigir a ese error sustancial que también sea excusable o no imputable al contratante que lo ha sufrido. La exigencia de este segundo requisito puede contrastarse en la STS 18-2-1994 [ponente: Luis Martínez-Calcerrada Gómez] (Roj: STS 968/1994), considerada como la decisión que contiene la formulación actual del requisito que ahora examinamos. Allí se dice que, para ser invalidante, “el error padecido en la formación del contrato, además de ser esencial, ha de ser excusable requisito que el Código no menciona expresamente y que se deduce de los llamados principios de autorresponsabilidad y de buena fe, este último consagrado hoy en el art. 7.C.c. Es inexcusable el error (de la STS de 4 de enero de 1982), cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular; de acuerdo con los postulados del principio de buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso, incluso las personales, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante pues la función básica de requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida por la declaración; y el problema no estriba en la admisión del requisito, que debe considerarse firmemente asentado, cuanto en elaborar los criterios que deben utilizarse para apreciar la excusabilidad del error: en términos generales -se continua- la jurisprudencia utiliza el criterio de la imputabilidad del error a quien lo invoca y el de la diligencia que le era exigible, en la idea de que cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible y que la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas: así es exigible mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto, (por ej., anticuarios en la S.T.S. de 28 de febrero de 1974 o construcciones en la S.T.S. de 18 de abril de 1978). La diligencia exigible es por el contrario, menor,

cuando se trata de persona inexperta que entre en negociaciones con un experto (S.T.S. 4 de enero de 1982) y siendo preciso por último para apreciar esa diligencia exigible apreciar si la otra parte coadyuvó con su conducta o no aunque no haya incurrido en dolo o culpa se concluye”.

En tercer lugar, nuestra jurisprudencia también sostiene que debe existir un nexo de causalidad entre el error sufrido y la finalidad perseguida por el contratante. Y, en este sentido, es habitual encontrar sentencias que condicionan el reconocimiento del error a “que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en negocio jurídico concertado”, tal y como puede leerse en la STS 6-2-1998 [ponente: Pedro González Poveda]. Idea que se sigue por nuestras Audiencias tal y como muestra a modo de ejemplo, la SAP Madrid (secc. 20ª) 20-9-2011 [Roj: SAP M 12122/2011]; SAP Barcelona (secc. 13ª) 14-2-2012 [Roj: SAP B 1219/2012]; o la SAP Oviedo (secc. 7ª) 12-3-2012 [Roj: SAP O 689/2012].

Y, finalmente, también es preciso que el error se haya producido o se proyecte en el momento en que se forma y emite la voluntad; es decir, en el momento de la celebración del contrato y no en épocas posteriores. Son diversas las decisiones que sostienen que los vicios del consentimiento han de ser simultáneos al momento de formación del contrato y que, por tanto, son irrelevantes los acontecimientos posteriores a la prestación del consentimiento que, en su caso, podrán dar lugar a responsabilidad contractual pero no a la anulación del contrato. En particular, refiriéndose al error, puede consultarse la STS 29-12-1978 [ponente: Pedro González Poveda] (RJ 1978\4482), señalando que “no afectan al error los acontecimientos posteriores a la prestación del consentimiento”; STS 29-3-1994 [ponente: Pedro González Poveda] (Roj: STS 2118/1994), indicando que “es preciso que el error derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar”; STS 21-7-1997 [ponente: Pedro González Poveda] (RJ 1997\4235), afirmando que “el error es un vicio de la voluntad que se da o no en el momento de la perfección del contrato. No cabe alegar error en el contrato, respecto a un hecho que se ha producido en la fase de consumación”; o, en fin, la STS 12-11-2004 [ponente: Pedro González Poveda] (Roj: 7324/2004), reconociendo que “no puede

fundarse el error vicio del consentimiento contractual en el desconocimiento de un hecho acaecido con posterioridad a la prestación del consentimiento”.

CUARTO.- En cuanto al **tipo de producto objeto de litigio**, debemos estar a lo manifestado por la Audiencia Provincial de Valencia, Secc 9ª, Sentencia de 2 de diciembre de 2013 (R.A 556/13; Pte. Sr. Caruana), de tal forma que las participaciones preferentes “son valores emitidos por una entidad mercantil reguladas en la Ley 13/1985 de 25 de Mayo de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros cuyo artículo 7 fija constituyen recursos propios de las entidades de crédito y su Disposición Adicional Segunda, en la redacción vigente a Diciembre de 2006 viene a fijar las notas singulares de esta clase de producto de inversión. Así debe señalarse que el valor nominal de la participación preferente no es una deuda del emisor razón por la que el preferentista no tiene un derecho de crédito frente a la entidad y no puede exigir el pago del importe de la participación; no otorgan al suscriptor participación en el capital (no se ostenta por su adquisición la cualidad de accionista), tampoco se tienen derechos políticos (derecho de voto), ni otorgan derechos de suscripción preferentes; presentan carácter perpetuo y su rentabilidad no está garantizada al depender de los beneficios que obtenga aquella entidad pero sí que participa o cubre las pérdidas del emisor, hasta el punto de poder perder el monetario invertido por lo que el mismo tampoco está garantizado y por último, son productos propios o que cotizan en un mercado secundario. En caso de liquidación de la entidad emisora la posición del preferentista en la prelación crediticia está inmediatamente después de todos los acreedores, subordinados o no, y por delante de los accionistas ordinarios.

Las participaciones preferentes están expresamente mencionadas en el apartado h) del artículo 2-1 de la Ley de Mercado de Valores (en redacción dada por la Ley 47/2007) como producto comprendido en la aplicación de dicho texto legal, pero con perfecto encuadre en el mismo artículo en su precedente redacción y de hecho no es objeto de discusión tal aplicación. La Comisión Nacional de Mercado de Valores describe a las Participaciones Preferentes como valores emitidos por una

sociedad que no confieren participación en su capital ni derecho a voto, con vocación de perpetuidad y cuya rentabilidad no está garantizada. Además, advierte, son un instrumento complejo y de riesgo elevado, que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido; es decir, que son un producto de inversión al que se asocia un riesgo elevado de pérdidas.

El carácter de producto complejo (exige ciertos conocimientos técnicos para su comprensión) y de alto riesgo como se ha expuesto, afecto a la normativa del mercado de valores, obliga a la entidad de servicio de inversión que las promociona, oferta o comercializa a prestar una detallada información.”

Respecto al **contenido y exhaustividad de dicho deber de información**, en relación a la suscripción de participaciones preferentes del año 1999, 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 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.

En cuanto a **la carga de la prueba del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros** debe pesar sobre el profesional financiero, (ver sentencia AP, Valencia sección 6ª del 12 de Julio del 2012; ROJ: SAP V 3458/2012) respecto del cuál la diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica de un ordenado empresario y representante leal en defensa de sus clientes (Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2005), lo cual es lógico por cuanto desde la perspectiva de éstos últimos (los clientes) se trataría de probar un hecho negativo como es la ausencia de dicha información (AP Valencia 26-04-2006). La SAP, Valencia sección 9 del 16 de Mayo del 2013 (ROJ: SAP V 2821/2013) reitera la doctrina jurisprudencial y así dice que: la carga de la prueba de la información recae en la entidad bancaria (como hemos declarado, entre otras en Sentencias de 19 de abril y 1 de julio de 2011) y la carga de la prueba del error de consentimiento recae sobre la parte que lo alega, para lo cual se hace necesario el examen de la prueba practicada en cada proceso.

QUINTO.- En el caso concreto, en relación a la prueba del cumplimiento del deber de información suministrada por la entidad, por la parte actora se incorporó como documental, diversa documentación sobre la situación personal y laborales de los actores (Doc. 1 de la demanda), en relación a las participaciones preferentes serie

A como documento 4 la oferta de recompra y suscripción de 21 de marzo de 2012, anexo a la orden, resumen folleto de la oferta y test de conveniencia de fecha 21 de marzo de 2012, donde se señala que el producto no es conveniente, aportándose informa pericial.

Por la entidad demandada no se aporta documentación del supuesto de autos.

A instancia de ambas partes se tomó declaración testifical a D.

I, quien afirmó que esta prejubilado desde hace tres años, conoce a los clientes de la relación laboral, si bien hace ocho años que no tiene trato con los mismos, que no recuerda la comercialización, que los clientes no tenían estudios, eran trabajadora de almacén y albañil. En aquella época, este producto era como un plazo fijo con mercado secundario, dado el mercado secundario donde se buscaba un nuevo cliente para la venta de productos de otro cliente, que no explicaban riesgos porque la posibilidad de pérdida era inimaginable, que la liquidez del producto era prácticamente inmediata. Que la venta de producto era siempre a valor nominal, que no se explicaba el valor real.

A la vista de dichas circunstancias debe concluirse que la información que se aportó a la parte actora en relación a la suscripción de participaciones preferentes es claramente insuficiente, no se ha aportado un solo documento de la misma, ni en cuanto a la información del producto, ni la entrega de esta a la parte, ni de la realización de practica alguna por la entidad bancaria dirigida a la obtención de un perfil del inversionista y averiguación de sus circunstancias concretas para la adquisición del producto. Ya que no consta que la entidad bancaria comprobara cual era el perfil del inversionista, ya que si bien no existía obligación de practicar el test de conveniencia o de idoneidad en dicho momento, si el establecer cual era el perfil inversor del cliente y comprobar que la información suministrada del producto permitía al cliente comprender el alcance y naturaleza de aquel, tanto en relación con la edad, formación, cuantía del potencial de inversión y porcentaje de patrimonio invertido por parte del cliente.

Es decir no se indica en la información suministrada al actor los elementos básicos del instrumento financiero y sus consecuencias económicas especialmente en caso venta de las participaciones preferentes, de tal forma que permitió que el actor adquiriera un producto financiero complejo, infringiendo la normativa de información preceptiva.

De esta forma la parte demandada ante las manifestaciones de la parte actora de no haber sido adecuadamente informada, debe sufrir las consecuencias de la carga de la prueba de dicha circunstancia y así entenderse que no facilitó a la parte actora la información que le era exigible a la entidad a la hora de comercializar el producto financiero objeto de autos, información que tuvo que ser adecuada y bastante a la vista de la concreta complejidad del contrato y de los rasgos particulares del inversor del que no ha acreditado tener suficiente conocimiento para adecuar la información que debía facilitar.

SIXTO.- Respecto a las circunstancias de los actores en la prestación del consentimiento contractual debe concluirse que el error producido es esencial ya que recae en la naturaleza y objeto de lo contratado, por cuanto el actor no tenía conocimiento de las características del producto, suponiendo estar contratando un plazo fijo desconociendo el contenido de lo que firmaba y sus consecuencias. El error es igualmente excusable o lo que es lo mismo no es imputable a la parte actora que lo ha sufrido sino a la parte demandada que no facilitó la información que le era exigible a tal fin, ni pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular, a este respecto resulta relevante que los clientes no ha cursado estudios superiores, ni ha trabajado en contextos relacionados con la inversión financiera, habiendo desempeñado labores de trabajo en almacén y albañil durante su etapa laboral. En modo alguno puede atribuirse a la parte actora la condición de “profesional” referenciada en la normativa reguladora del mercado de valores anteriormente expuesta sino la condición de minorista, dado el carácter de los productos bancarios de los que ha sido titular. No ha probado la parte demandada que tuviera dichos conocimientos financieros indicados. Tampoco ha acreditado la

parte demandada la existencia de adecuado asesoramiento externo en el momento de la celebración del contrato.

Del mismo existe un nexo de causalidad entre el error sufrido y la finalidad perseguida por el contratante con el negocio jurídico celebrado habiéndose producido el error en el momento de la celebración del contrato.

En base a lo anteriormente expuesto debe declararse la nulidad de los contratos de suscripción de participaciones preferentes Serie A, por vicio del consentimiento determinado por error esencial y no imputable al actor, y ello por cuanto resulta probado que en el presente caso el consentimiento del demandante para la compra de las participaciones preferentes fue prestado por error, y ello básicamente por tres motivos: 1) las circunstancias personales de los demandantes, que le alejan del perfil del inversor que adquiere esta clase de productos complejos; 2) las características de la operación financiera realizada, incompatibles con la voluntad del actor; 3) la falta de prueba sobre el cumplimiento de los deberes de la entidad financiera en orden a la adecuada y completa información a su cliente consumidor de los riesgos del producto que suscribía, en particular con respecto a las previsibles dificultades de su posterior transmisión y consiguiente recuperación de la suma invertida..

SEPTIMO.- En cuanto a los efectos jurídicos derivados de dicha declaración de nulidad, deberán las partes restituirse recíprocamente las prestaciones que fueron objeto de contrato, de conformidad con el artículo 1303 CC, que impone que deben restituirse recíprocamente las cosas del contrato con sus frutos y el precio con sus intereses. De esta forma se produce la "restitutio in integrum", con retroacción "ex tunc" de la situación, al procurar que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador. En este sentido citar la sentencia de 17 de septiembre del 2013 de la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia que al respecto ha resuelto que: "*En relación con los efectos de la nulidad de los contratos suscritos, que se declara, han de concretarse, como solicita el demandante, en la mutua restitución de lo percibido*

por ambas partes, con sus intereses legales, desde las fechas de las liquidaciones correspondientes", y que "dichas cantidades devengarán, desde las fechas de las correspondientes liquidaciones parciales, el interés legal correspondiente".

La declaración de nulidad de los contratos de adquisición de participaciones preferentes debe extenderse también al negocio jurídico de canje por acciones de 21 de marzo de 2012, por falta de causa conforme el artículo 1275 del Código Civil, por ser nulo el contrato de preferentes cuyos efectos arrastran al de adquisición de acción.

En supuesto semejante al presente donde el canje se efectúa a instancia de la entidad crediticia, se pronuncia la sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia en Sentencia de 30 de diciembre de 2013, al indicar: "Este Tribunal analizado el documento 1 de la demanda, reconocido por ambos litigantes, establece los siguientes datos de gran relevancia en la solución, así: a) Se trata de una oferta a iniciativa de Bankia para determinados y específicos de sus clientes, los titulares de preferentes y subordinadas; b) Les ofrece sustituir tales valores por acciones de la propia Bankia; c) Les expone las ventajas de tal operación, pues se dice va a pasar de un producto sin vencimiento o con vencimiento alargado a otro que cotiza en bolsa y con liquidez inmediata; d) Fija Bankia una fecha tope para realizar tal operación, "antes del 23/3/2012" y la oferta se realiza el mismo mes; e) Explicita el riesgo de no aceptar tal oferta "le recordamos que la situación actual de los mercados puede suponer que, en el caso de que usted decidiese venderlas en el futuro en el mercado secundario, obtuviera un precio inferior a su valor nominal y no estaría garantizada una negociación rápida".

Dados tales puntos, este Tribunal entiende que nos encontramos ante una "recomendación personalizada" que la entidad bancaria dirige a una clase concreta y muy específica de sus clientes, conforme al artículo 56 la Directiva 2006/73, interpretada por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 30/5/2013 (asunto C-604/2011) al decir, "se entenderá que una recomendación es personalizada si se dirige a una persona en su calidad de inversor o posible inversor y si se presenta como conveniente para esa persona o se basa en una consideración de sus circunstancias personales", concurriendo al caso todos esos

requisitos. Después, la operación inversora ofertada se ejecuta en una unidad de acto, pues en el mismo momento y documento se efectúa la recompra de las subordinadas y la suscripción de las acciones. Es decir, no es el cliente del banco (la actora o su hijo) quien de motu propio interesa el cambio de su producto por acciones de Bankia sino que fue la entidad actora la que recomienda a este concreto cliente que convierta de forma simultánea sus obligaciones subordinadas en acciones de Bankia por las mejoras que va a lograr.

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 vinculados 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.”

Es por ello obligación de la parte demandada la devolución de la suma reclamada de 26.400 € más los intereses legales devengados desde la fecha de suscripción de la orden de compra pero del mismo modo el actor deberá reintegrar las acciones

derivadas del canje a la parte demandada así como la totalidad de los importes abonados como intereses a determinar en ejecución de sentencia debiendo la ejecutada presentar certificación de dichos intereses.

En este sentido no cabe señalar que la imposición de restitución de las cuantías con sus intereses desde el momento de cargo en cuenta, suponga enriquecimiento injusto del actor, al ser un efecto derivado del precepto señalado, así la Sentencia del tribunal Supremo de fecha 4 de julio de 2011, recoge la Sentencia de fecha 4-11-1994, que señala: *“En ningún caso la pretensión del recurrente supondría un enriquecimiento injusto para él pues ..., no se enriquece torticeramente el que adquiere en virtud de contrato legal, que no ha sido invalidado o en virtud de un legítimo derecho que ejercita sin abuso...”*. Tratándose en el presente supuesto del uso ordinario de un derecho que ejercita la actora, apreciando que el momento del inicio de dichos intereses derivado de la nulidad, se computan de forma retroactiva en Sentencia del Tribunal Supremo de fechas 23 de noviembre de 2011 y 22 de diciembre de 2009, en las que se distingue entre intereses derivados de la declaración de nulidad, intereses legales y en su caso intereses moratorios.

OCTAVO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 de la LEC se imponen las costas a la parte demandada, sin que quepa apreciar dudas de hecho ni de derecho, y ello por cuanto se produce una estimación de las pretensiones de la parte actora en cuanto al objeto del procedimiento.

Vistos los artículos citados, concordantes y los demás de general aplicación,

FALLO

Que estimando la demanda formulada a instancia de

), representada por el Procurador D. Jorge Vico Sanz, contra la mercantil “Bankia, SA” (como sucesora de Bancaja), representado por la Procuradora , así como contra Bancaja Eurocapital Finance,

Sau, con idéntica representación, debo declarar y declaro la nulidad del contrato de adquisición de participaciones preferentes celebrado entre los demandantes y demandada así como del canje de participaciones preferentes por acciones por la existencia de error esencial relevante y excusable en el consentimiento ordenándose la restitución recíproca de prestaciones que fueron objeto del contrato por tanto condeno a la demandada a la devolución de la suma reclamada de 26.400.- euros en concepto del principal más los intereses legales devengados desde las fecha de suscripción de la orden de compra, pero deduciendo de dichos importes las cantidades percibidas por la actora como intereses abonados a determinar en ejecución de sentencia debiendo la ejecutada presentar certificación de dichos intereses, si no se cumple voluntariamente la sentencia, más el interés legal desde las fechas de las correspondientes liquidaciones parciales; y con imposición de costas a la parte demandada.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de VALENCIA (artículo 455 LEC). El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de **VEINTE DÍAS**, contados desde el día siguiente a la notificación de la resolución, exponiendo las alegaciones en que se base la impugnación, citando la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna, (art. 458 LEC). Para la interposición del recurso de apelación la parte recurrente deberá constituir un depósito de **50 euros**, que consignará en la cuenta de consignaciones de este juzgado, sin que pueda admitirse a trámite el recurso si el depósito no estuviere constituido.

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

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el/la Sr/a. Juez que la dictó, estando el/la mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, el/la Secretario Judicial doy fe, en VALENCIA , a tres de julio de dos mil catorce .