

## **JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO 5 DE VALENCIA**

N.I.G.:46250-42-2-2013-0048011

**Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO - /2013-TE**

De: D/ña. -----

Procurador/a Sr/a. BENLLOCH SORIANO, Mª GLORIA

Contra: D/ña. BANKIA SA

Procurador/a Sr/a. -----

### **SENTENCIA nº 149/2014**

En Valencia, a veintiocho de julio de dos mil catorce.

Vistos por mí, D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> Jesús Giménez Bolós, Juez en funciones de apoyo del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Valencia, los autos de Juicio Ordinario nº /13, promovidos a instancia de -----, representada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> Gloria Benlloch Soriano, y asistida jurídicamente por el Letrado D. Benjamín J. Prieto Clar, contra la mercantil BANKIA SA, representada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> -----, y asistida jurídicamente por el Letrado D. -----, cuyas demás circunstancias personales constan suficientemente en las actuaciones.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.**-Repartida a este Juzgado demanda de Juicio Ordinario, presentada, por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. -----, en nombre y representación acreditada, contra la mercantil Bankia, SA, 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 trámite la demanda se emplazó a la demandada para que en el término de veinte días, se personase y contestare a la demanda, lo cual verificó la Procuradora D<sup>a</sup>. -----, 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, terminó solicitando que previos los trámites legales se dictase sentencia desestimando íntegramente la demanda, con expresa imposición de costas a la parte actora.

**TERCERO.**-Que fueron convocadas las partes a comparecencia previa para intentar llegar a un acuerdo o transacción que pusiera fin al proceso, y caso contrario examinar las cuestiones procesales que pudieran obstar la prosecución y terminación mediante Sentencia.

**CUARTO.**-Que comparecieron ambas partes a la audiencia previa al juicio, no llegándose a un acuerdo entre las partes, examinadas las cuestiones planteadas y fijados los hechos controvertidos, se solicitó la apertura del período probatorio, con la proposición de pruebas.

Examinadas y admitidas las pruebas pertinentes y útiles, se señaló fecha para la celebración del juicio.

**QUINTO.**-Celebrado el juicio con la práctica de las pruebas propuestas y admitidas, y verificado el trámite de conclusiones por los litigantes, quedaron los autos conclusos para Sentencia; habiéndose observado las prescripciones legales en la tramitación del presente juicio.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.**-La parte actora presentó demanda contra la entidad financiera Bankia SA, en ejercicio de la acción de nulidad o alternatively anulabilidad de la compra de Participaciones Preferentes serie A, por importe de 6.000 euros, y Obligaciones Subordinadas 10ª emisión por importe de 18.000 euros, así como su posterior canje por acciones, de forma que la entidad demandada abonara a la actora la cantidad de 24.000 euros, más los intereses legales desde las referidas suscripciones de los títulos, y la demandante restituirá los títulos recibidos, así como los intereses, cupones y acciones provenientes de dichos productos a la demandada, y que se determinara en ejecución de sentencia, y todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada.

La parte actora, fundamenta sus pretensiones alegando que la demandante sin formación en materia financiera y de perfil absolutamente conservador, accedió a la contratación litigiosa con la confianza de las personas que se la presentaron, y en desconocimiento absoluto de lo realmente contratado consecuencia de la omisión por parte de la citada demandada de la información adecuada y legalmente prevista acerca del tipo y de las características de los productos contratados, pensando erróneamente los demandantes que los productos contratados no reunían riesgo, alguno, y le permitirían recuperar su inversión en cualquier tiempo.

A ello se opone la entidad demandada, alega la excepción de caducidad de la acción de nulidad, y en cuanto al fondo, la parte demandada alega que no concurren los presupuestos necesarios para la prosperabilidad de la acción que de contrario se le dirige, alegando, en esencia, ser mero intermediario en la adquisición realizada por la parte actora, por lo que la entidad financiera no asume función alguna de asesoramiento al cliente, sino que existe interés de la parte actora en la contratación de los productos, siendo la parte actora perfectamente consciente del producto que contrataba, habiendo obtenido ganancias superiores a las usuales. Y alega que la entidad financiera Bancaja cumplió fiel y puntualmente con todas las obligaciones de información legalmente establecidas, entregándole a la parte actora toda la documentación informativa requerida por la normativa vigente. Así mismo alega que la parte actora ha confirmado el negocio jurídico cuya nulidad postula, debido a que con conocimiento previo de la supuesta causa de nulidad, en la contratación por error en el consentimiento, y

habiendo cesado el mismo, acepto la oferta de recompra de las mismas y suscripción de acciones de Bankia.

Así planteada la cuestión, el éxito de la misma depende, por aplicación de las reglas generales de la carga de la prueba, recogidas en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de que la parte actora pruebe los hechos constitutivos de su derecho, mientras que a la parte demandada le corresponde la justificación de los impeditivos o extintivos de aquellos efectos jurídicos.

**SEGUNDO.-** Con carácter previo a cualquier consideración sobre el fondo del asunto litigioso, procede examinar las excepciones procesales opuestas por la demandada, y no resueltas en la Audiencia Previa al Juicio, pues la estimación de ellas habría de conducir al dictado de una sentencia absolutoria en la instancia. En este sentido, el demandado opone la excepción de caducidad de la acción de nulidad ejercitada de contrario.

En este punto debemos destacar la Sentencia Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª, Sentencia de 2 de diciembre de 2013, Sentencia nº 277/2013, Rollo de apelación nº 000556/2013 (ponente Sr. Caruana) , que señala: La Sala debe rechazar la excepción y volver a reiterar el razonamiento expuesto en la sentencia de 11/7/2011 (Pnte .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 (Tol 1.014.544 ) que la ambigüedad terminológica del artículo 1301 CC al referirse a la "acción de nulidad", ha sido precisada doctrinal y jurisprudencialmente en el sentido de distinguir lo que son supuestos de nulidad radical o absoluta y lo que constituyen supuestos de nulidad relativa o anulabilidad; resultando asimismo de la expresada Sentencia que el plazo fijado en el precepto para el ejercicio de la acción de nulidad es aplicable a las ejercitadas para solicitar la declaración de nulidad de los contratos y, por extensión, de los demás negocios jurídicos que " adolezcan de algunos de los vicios que los invalidan con arreglo a la Ley ", siempre que en ellos, según se desprende del artículo 1300 CC , al cual se remite implícitamente el artículo 1301 CC , " concurren los requisitos que expresa el artículo 1261 ", es decir, consentimiento, objeto y causa, sin los cuales " no hay contrato ". Cuando no concurren los requisitos establecidos en el artículo 1261 CC se está en presencia de un supuesto de nulidad absoluta o de pleno Derecho, equivalente a la inexistencia, cuya característica radica en la imposibilidad de producir efecto jurídico alguno, en la retroacción al momento del nacimiento del acto de los efectos de la declaración de nulidad y en la inexistencia de plazo alguno de caducidad o prescripción para el ejercicio de la acción correspondiente.... Habiendo sido expresamente controvertido en la alzada el dies "a quo" para el cómputo del plazo prevenido en el artículo 1301 del C. Civil para los casos de anulabilidad por error, dolo, o falsedad de la causa, en relación con la argumentación de la resolución disidente, conviene señalar que la Sentencia del 11 de junio de 2003 (Tol 276.114) declara que: "Dispone el art. 1301 del Código Civil que en los casos de error, o dolo, o falsedad de la causa, el plazo de cuatro años, empezará a correr, desde la consumación del contrato, norma a la que ha de estarse de acuerdo con el art. 1969 del citado Código . En orden a cuando se produce la consumación del contrato, dice la sentencia de 11 de julio de 1984 que "es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad del contrato de compraventa, con más precisión por anulabilidad, pretendida por intimidación, dolo o error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones(sentencias, entre otras, de 24

de junio de 1897 y 20 de febrero de 1928 ), y la sentencia de 27 de marzo de 1989 precisa que "el art. 1301 del Código Civil señala que en los casos de error o dolo la acción de nulidad del contrato empezará a correr " desde la consumación del contrato ". Este momento de la "consumación" no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar, como acertadamente entendieron ambas sentencias de instancia, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes ", criterio que se manifiesta igualmente en la sentencia de 5 de mayo de 1983 cuando dice, "en el supuesto de entender que no obstante la entrega de la cosa por los vendedores el contrato de 8 de junio de 1955, al aplazarse en parte el pago del precio, no se había consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó....". Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de 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 20 de febrero de 1928 dijo que "la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó". Tal doctrina jurisprudencial ha de entenderse en el sentido, no que la acción nazca a partir del momento de la consumación del contrato, sino que la misma podrá ejercitarse hasta que no transcurra el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato que establece el art. 1301 del Código Civil.".>>

En el presente caso, al igual que ocurre en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, a la que hemos hecho referencia, nos encontramos ante un contrato de inversión que no se consuma en el momento de la orden de compra de los valores, pues tal inversión tiene un plazo a lo largo, (en el caso de las participaciones preferentes con vocación perpetua), del cual la entidad demandada tiene que cumplir sus obligaciones informativas sobre su evolución y desarrollo y de gestión, así como abono de cupones, y custodia dado el contrato de gestión entre litigantes. Por lo tanto procede, en atención a las anteriores consideraciones jurídicas, desestimar la excepción de caducidad, alegada por la parte demandada.

En cuanto a la alegación de novación extintiva derivada del canje de los valores suscritos por la parte actora por acciones de la entidad demandada, 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.

**TERCERO.**-Antes de entrar en el examen de la prueba practicada, es conveniente hacer ciertas consideraciones sobre la clase de producto que el demandante suscribió Contenido, naturaleza y riesgos de las Participaciones Preferentes y las Obligaciones Subordinadas.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sec. 1ª, de 4 de abril de 2013 , describe de forma detallada las características de las participaciones preferentes:"La participación preferente se regula en la disposición adicional segunda de la Ley 35/1985 de 25 de mayo, , de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros, introducida en ésta por la Ley 19/2003, de 4 de julio, y modificada por el art.1.10 de la Ley 6/2011 de 11 de abril, por la que se transpone a nuestro Derecho la Directiva 2009/111/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre

de 2009, en función, especialmente, de determinar las condiciones para admitir como recursos propios de las entidades de crédito a los que denomina instrumentos de capital híbridos, entre los que se incluye la participación preferente".

En realidad se trata de productos complejos, volátiles, a medio camino entre la renta fija y variable con posibilidad de remuneración periódica alta, calculada en proporción al valor nominal del activo, pero supeditada a la obtención de utilidades por parte de la entidad en ese periodo. No confieren derechos políticos de ninguna clase, por lo que se suelen considerar como "cautivas", y subordinadas, calificación que contradice la apariencia de algún privilegio que le otorga su calificación como "preferentes" pues no conceden ninguna facultad que pueda calificarse como tal o como privilegio, pues producida la liquidación o disolución societaria, el tenedor de la participación preferente se coloca prácticamente al final del orden de prelación de los créditos, por detrás concretamente de todos los acreedores de la entidad, incluidos los subordinados, y tan solo delante de los accionistas ordinarios, y en su caso, de los cuotapartícipes (apartado h) de la Disposición Adicional Segunda Ley 13/1985 , según redacción dada por la Disposición Adicional Tercera Ley 19/2003, de 4 de julio).

Otro aspecto que añade complejidad al concepto es la vocación de perpetuidad pues al integrarse en los fondos propios de la entidad ya no existe un derecho de crédito a su devolución sino que, bien al contrario, sólo constan dos formas de deshacerse de las mismas: la amortización anticipada que decide de forma unilateral la sociedad, a partir del quinto año, o bien su transmisión en el mercado AIAF, de renta fija, prácticamente paralizado ante la falta de demanda.

Las consideraciones anteriores apuntan sin duda alguna a la consideración del producto participaciones preferentes como un producto complejo, en modo alguno sencillo como alega la parte apelante. Calificación que también puede hacerse con fundamento en el actual art. 79 bis 8.a) Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores, que considera valores no complejos a dos categorías de valores. En primer lugar, a los valores típicamente desprovistos de riesgo y a las acciones cotizadas como valores ordinarios éstas cuyo riesgo es de «general conocimiento».

La participación preferente es calificable como valor complejo porque no aparece en la lista legal explícita de valores no complejos y porque no cumple ninguno de los tres referidos requisitos".

Por su parte las obligaciones subordinadas tienen su fuente normativa en la Disposición Adicional 2 Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión , Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros, introducida en ésta por la Ley 19/2003, de 4 de julio, y modificada por el Art. 1.10 de la Ley 6/2011, de 11 de abril por la que se transpone a nuestro Derecho la Directiva 2009/111/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009. Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros.

Los bonos y obligaciones son títulos emitidos por una entidad para la financiación de un proyecto y representan una parte de una deuda a favor de su tenedor. Si son emitidos por empresas privadas se denominan "renta fija privada"; si se emiten a menos de cinco años se denominan bonos y si se emiten a plazo superior se denominan obligaciones. Su rentabilidad y riesgo previstos tienen que ver con la calificación crediticia del emisor, plazo de reembolso y tipos de interés. El plazo de reembolso es la única diferencia entre un bono y una obligación.

Las obligaciones subordinadas son productos de renta fija a largo plazo; se trata de un producto híbrido entre la deuda y las acciones: Es un pasivo para el banco. Su denominación

apela a su carácter subordinado en el orden de cobro en caso de una hipotética quiebra o concurso del emisor pues las obligaciones subordinadas se situarán detrás de los acreedores comunes.

Las Obligaciones Subordinadas son un producto complejo con riesgos superiores a los de una cuenta o depósito tradicional, por lo que el perfil del inversor de este tipo de productos debería ser un inversor especializado, y con conocimientos financieros, e invertir siempre cantidades ahorradas que el cliente se pueda permitir perder. El carácter de producto complejo y de alto riesgo, obliga a la entidad de servicio de inversión que las promociona, oferta o comercializa a prestar una detallada información.

**CUARTO.-**Información sobre los instrumentos financieros. Alcance del deber de información de las entidades financieras, sobre la naturaleza, características y riesgos del instrumento que ofrece.

En cuanto al deber de información, antes de la transposición 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. El Real Decreto 629/1.993, de 3 de mayo, concretó, aún mas, la diligencia y transparencia exigidas, desarrollando, en su anexo, un código de conducta presidida por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que aquí interesa, adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (art. 4 del Anexo 1), como frente al cliente ( art. 5) proporcionándole toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquél de la

decisión de inversión "haciendo hincapié en los riesgos que toda operación conlleva " ( art. 5.3).

Por lo que, el hecho de que a la fecha de la firma de la adquisición de los productos financieros, objeto del presente supuesto, no estuviera vigente la modificación de la Ley de Mercado de Valores, no significa que las precauciones y cautelas que la misma contempla no fueran aplicables con anterioridad para la venta de los productos financieros a los que se dedica tal precepto. Existía una normativa anterior, aplicable en el presente supuesto, representada por los art. 78 y ss de la LMV de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, ya era suficiente para poder exigir a las entidades financiera que comercializaban productos de riesgo que informaran cumplidamente a sus clientes de los riesgos que se asumían con este tipo de productos, dirigiendo a los mismos a productos que fueran acordes a su conocimientos financieros y el riesgo que su contratación conllevaba, Estos principios, en cuanto sean compatibles con la actividad que desarrollan, también serán de aplicación a las personas o entidades que realicen análisis de valores o instrumentos financieros. Sobre todo, si en casos como el presente existía la posibilidad que el cliente perdiera su dinero o no pudiera recuperarlo nunca si la entidad optaba por no recuperar la acción.

Establecía el art. 78 LMV de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en su reforma por Ley 37/1998, de 16 de noviembre," Las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito, las instituciones de inversión colectiva, los emisores y, en general, cuantas personas o entidades ejerzan, de forma directa o indirecta, actividades relacionadas con los mercados de valores, deberán respetar las siguientes normas de conducta: a) Las normas de conducta contenidas en el presente Título. b) Los códigos de conducta que, en desarrollo de las normas a que se refiere el apartado a) anterior, apruebe el Gobierno o, con habilitación expresa de éste, el Ministro de Economía y Hacienda, a propuesta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. c) Las contenidas en sus propios reglamentos internos de conducta". Y se introduce el apartado 2 al artículo 78 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, modificado por ley 44/2002, de 22 de noviembre de Medidas de Reforma del Sistema Financiero,

El art. 79 de la LMV, modificado por la Ley 37/1998 de 16 de noviembre, de reforma de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, establecía, «Las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el Mercado de Valores, tanto recibiendo Lo ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, deberán atenerse a los siguientes principios y requisitos: a) Comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado. b) Organizarse de forma que se reduzcan al mínimo los riesgos de conflictos de interés y, en situación de conflicto, dar prioridad a los intereses de sus clientes, sin privilegiar a ninguno de ellos. c) Desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuesen propios. d) Disponer de los medios adecuados para realizar su actividad y tener establecidos los controles internos oportunos para garantizar una gestión prudente y prevenir los incumplimientos de los deberes y obligaciones que la normativa del Mercado de Valores les impone. e) Asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados.»

Y se añaden por ley 44/2002, de 22 de noviembre de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, tres nuevos párrafos, del art. 79 de la LMV, f), g), h) y un nuevo párrafo al apartado 1 del artículo 79 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, con el

siguiente contenido:«f) Garantizar la igualdad de trato entre los clientes, evitando primar a unos frente a otros a la hora de distribuir las recomendaciones e informes. g) Abstenerse de tomar posiciones por cuenta propia en valores o instrumentos financieros sobre los que se esté realizando un análisis específico, desde que se conozcan sus conclusiones hasta que se divulgue la recomendación o informe elaborado al respecto. Lo establecido en el párrafo anterior no será de aplicación cuando la toma de posición tenga su origen en compromisos o derechos adquiridos con anterioridad o en operaciones de cobertura de dichos compromisos, siempre y cuando la toma de posición no esté basada en el conocimiento de los resultados del informe. h) Dejar constancia frente a los clientes de cualquier posible conflicto de intereses en relación con el asesoramiento o con el servicio de inversión que se preste. Estos principios, en cuanto sean compatibles con la actividad que desarrollan, también serán de aplicación a las personas o entidades que realicen análisis de valores o instrumentos financieros.» Y se introduce el apartado 2 al artículo 79 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

En relación a las suscripciones posteriores a MIFID, (Directiva 2004/39/CE), Se aumentan las exigencias con la Ley 47/2007 de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley del Mercado de Valores, como consecuencia de trasponer la Directiva 2004/39 CE, sobre Mercados de Instrumentos Financieros, conocida por sus siglas en inglés como MIFID (Markets in Financial Instruments Directive). La Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, fue modificada por la Ley 47/2007 de 19 de diciembre, que incorporó al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/39/CE (MIFID). Esta reforma obliga a tratar los intereses de los inversores "cuidando de tales intereses como si fueran propios" en concreto en el art. 79 de la LMV, establece, la obligación de diligencia y transparencia. Y señala en el párrafo primero "las entidades que presten servicios de inversión deberán comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios, y, en particular, observando las normas establecidas en este capítulo y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo".

El art. 79 bis de la Ley de Mercado de Valores, regula los deberes de información que recaen sobre las entidades financieras que presten estos servicios de inversión. Establece en el apartado 1º la obligación de mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes, en el apartado 2º, a dar una información "imparcial, clara y no engañosa", en el apartado 3º, el deber de facilitarles información comprensible "sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión", de suerte que tal información debe "incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias". En el caso de valores distintos de acciones emitidos por una entidad de crédito, la información que se entregue a los inversores deberá incluir información adicional para destacar al inversor las diferencias de estos productos y los depósitos bancarios ordinarios en términos de rentabilidad, riesgo y liquidez, estableciendo así mismo en el apartado 6º, que cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, la entidad obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate; y sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquel, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan. Cuando la entidad no obtenga esta información, no recomendará servicios de inversión o

instrumentos financieros al cliente o posible cliente. En el caso de clientes profesionales la entidad no tendrá que obtener información sobre los conocimientos y experiencia del cliente. La entidad proporcionará al cliente por escrito o mediante otro soporte duradero una descripción de cómo se ajusta la recomendación realizada a las características y objetivos del inversor, exigiendo, en el apartado 7º, que aunque no se preste el servicio de asesoramiento, un deber de la entidad de identificar la cualificación y conocimientos del inversor con relación a un concreto producto "con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente", debiendo advertir al cliente de su inadecuación cuando así lo sea. Y el art. 78 bis LMV, distingue entre clientes profesionales y clientes minoristas, considerando a los primeros como "aquellos a quienes se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos"

El Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero, que deroga el RD 629/1993 de 3 de mayo, reguló en los artículos 60 , 62 y 64 los parámetros esenciales de la información que deben prestar las entidades y, en concreto se establece en el art. 60, las condiciones que debe cumplir la información para ser imparcial, clara y no engañosa estableciendo en el apartado primero, que "...b) La información deberá ser exacta y no destacará los beneficios potenciales de un servicio de inversión o de un instrumento financiero sin indicar también los riesgos pertinentes, de manera imparcial y visible, c) La información será suficiente y se presentará de forma que resulte comprensible para cualquier integrante medio del grupo al que se dirige o para sus probables destinatarios, d) La información no ocultará, encubrirá o minimizará ningún aspecto, declaración o advertencia importantes".

Estableciendo el artículo 62 Real Decreto 217/2008 Requisitos generales de información a clientes. Regulando en el art. 64, con mayor detalle este deber de información sobre los instrumentos financieros y especifica que la entidad financiera debe, proporcionar a sus clientes.. una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional. En 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 que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas. En su apartado 2, concreta que, en la explicación de los riesgos deberá incluirse, cuando sea justificado en función del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los conocimientos y perfil del cliente.

En cuanto a la CARGA DE LA PRUEBA recordar que corresponde a la entidad bancaria, pues como recoge la SAP, Valencia sección 6 del 12 de Julio del 2012 (ROJ: SAP V 3458/2012 ), en una reclamación similar en que se pide la nulidad de participaciones preferentes. "En relación con la carga de la prueba del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, y sobre todo en el caso de productos de inversión complejos, ha de citarse la STS Sala 1ª, de 14 de noviembre de 2005 en la que se afirma que la diligencia en el asesoramiento no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes, y, en segundo lugar la carga probatoria acerca de tal extremo debe pesar sobre el profesional financiero, lo cual por otra parte es lógico por cuanto desde la perspectiva de los clientes se trataría de un hecho negativo como es la ausencia de dicha información. Por tanto, el eje básico de los contratos, cualesquiera, que sean sus partes, es el consentimiento de las mismas

sobre su esencia, que no debe ser prestado, para surtir eficacia, de forma errónea, con violencia, intimidación o dolo, y esta voluntad de consentimiento para ser válida y eficaz exige por su propia naturaleza que los contratantes tengan plena conciencia y conocimiento de lo que prestan su aceptación y de las consecuencias que ello supone"

**QUINTO.**-Sentado lo anterior, visto el ámbito fáctico y normativo en el que se dilucida la presente litis, debemos tener en cuenta la posición de ambas partes y su actuación en la contratación de los productos financieros objeto de autos para determinar si se cumplen los requisitos que tanto la jurisprudencia como la doctrina establecen a fin de que el error sea suficiente para producir el vicio en el consentimiento causante de la nulidad de los contratos. Debemos por tanto analizar si la información ofrecida, antes y después de la contratación, y los términos en que se plasma la relación contractual, con el fin de valorar si medió o no vicio de consentimiento determinante de la nulidad que se pretende.

Por la parte actora se aporta junto con la demanda, diferente documentación relativa a la situación personal formativa y económica de la actora, y así se adjunta como doc. nº 31 el DNI de la actora, que acredita que la misma tiene 77 años.

Con respecto a las suscripciones realizadas por la actora, con respecto a las PPF se aporta como doc. nº 32 extracto bancario que refleja la compra de valores de PPF serie B, por importe de 6.000 euros, y se aporta como doc. nº 33 libreta bancaria del año 2007, en la que aparece el cargo en cuenta de la contratación de PPF. Se aporta como doc. nº 34 los cupones recibidos por la actora de los años 2007 y 2008, y como doc. nº 35 la posición global de fecha 28 de mayo de 2009

Y con respecto a las OBS E.10, se adjunta como doc. nº 36 la petición de suscripción de las Obligaciones Subordinadas, doc. nº 37 tríptico informativo, doc. nº 38 test de conveniencia. Y se adjunta como doc. nº 39 libreta de servicio del año 2009, donde consta la compra de OBS en fecha 6 de julio de 2009.

Y con respecto al canje, se adjunta como doc. nº 41 la oferta de recompra y suscripción de acciones, el anexo a la orden, el resumen folleto de la oferta de recompra y suscripción, y el test de conveniencia con resultado no conveniente. Y como doc. nº 42 carta enviada por Bankia informando de la oferta de recompra y suscripción de acciones.

Se aporta como doc. nº 45 informe pericial realizado por la perito D<sup>a</sup> Nuria M<sup>a</sup> Garcia Pascual

Por la parte demandada, la entidad financiera Bankia, se adjunta junto con la contestación a la demanda, como doc. nº 4 folleto informativo de las OBS E 10, y como doc. nº 5 informe pericial.

En la Audiencia Previa al juicio por la parte demandada, se solicita que la parte demandante, indique otras entidades financieras con las que trabaje o haya trabajado la demandante, y por la parte actora en escrito de fecha 23 de mayo de 2014, comunica que la demandante ha trabajado con la entidad bancaria, Banco Valencia, y el BBVA.

En el acto del juicio, comparece en calidad de testigo D. -----, empleado de la entidad demandada desde el año 1983 hasta el año 2013, señalo que intervino en el canje realizado por la parte actora, y declaro que se hacían los test de conveniencia sin preguntar nada se marcaban las respuestas, y señalo que la clienta se quejo cuando no pudo recuperar su dinero.

Declaro en calidad de testigo D. -----, quien afirmo que es empleado de la entidad demandada, desde el año 1977 hasta el año 2011, y señalo que fue quien comercializo las PPF y las OBS, a la actora, y señalo que la actora tenia siempre plazos fijos, y siempre quería invertir su dinero en plazos fijos, y que si contrato estos productos fue porque se lo recomendó expresamente, señalo que le explico que dichos productos debían de ser vendidos, pero que no le explico que tenían riesgo porque él lo desconocía. Señalo que le explico a la clienta, que no estaba garantizado por el Fondo de Depósitos, y que estaba garantizado por Bancaja, y que era mejor, porque iban muy bien la entidad. Señalo que las OBS le entrego a la clienta un folleto informativo, y en las PPF creía que no le había entregado ningún folleto, y señalo que la clienta no se quejo del producto. A preguntas de la parte actora, señalo que le explico a la actora, que si quería recuperar su dinero solo tenía que avisar a la oficina, y que no le dijo que podía perder su dinero. Señalo que cuando en el 2009 realizo el test, no le hizo ninguna preguntas, lo contesto el mismo porque conocía a la cliente.

Declaro en calidad de testigo D<sup>a</sup> -----, hija de la demandante, quien señalo que acompaño a su madre en el canje, y que quería recuperar su dinero.

Por último declaro en calidad de perito, D<sup>a</sup> Nuria M<sup>a</sup> Garcia Pascual, quien señalo que las PPF y las OBS, no es un producto adecuado para una persona de 73 años, ama de casa, y con la única experiencia en plazos fijos. Señalo que la rentabilidad de las PPF no era mejor que la de un plazo fijo. A preguntas del letrado de la parte actora, señalo que el informe pericial lo redacto a la vista de la documentación facilitada por el letrado de la parte actora.

En el presente supuesto nos encontramos con la suscripción de PPF en fecha 28 de agosto de 2.007 anterior a la Ley 47/2007 de 19 de diciembre del mercado de valores, y la suscripción de OBS E 10<sup>a</sup>, de fecha 6 de julio de 2009, posterior a la Ley 47/2007 de 19 de diciembre del mercado de valores.

En primer lugar con respecto a la suscripción de PPF, examinada la prueba practicada en el acto del juicio, en relación a la adquisición de Participaciones, no consta que se entregara documentación alguna al adquirente, ni tan siquiera la Orden de compra, ni que por parte de la entidad se comprobara el perfil del inversor, ni se ofreciera la información adecuada al mismo, en especial en cuanto al riesgo del producto bancario, ni que la entidad se asegurara que la cliente conocía los productos que adquiría.

Ciertamente, la normativa expuesta no refiere que la información deba ser vía escrita, aunque art. 5 apartado 3 del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo habla de información "entregada" y dado el significado literal del verbo "entregar", cual es, poner en manos o poder de otro una cosa, resulta indudable que tal prestación debe tener o presentar un carácter material, pero en todo caso, es la entidad profesional quien tiene la carga de su justificación y en el caso presente, no la ha cumplido. En fase precontractual, no hay instrumento alguno que pusiera en conocimiento de la demandante, la clase de producto financiero que se adquiere, la explicación de su contenido, funcionamiento y sus riesgos.

En el presente supuesto, por lo que hace referencia al perfil de la suscriptora, se acredita a través de la prueba documental y testifical, que es una cliente conservadora, y minorista, y así se acredita que la demandante tiene 77 años. (doc. n° 31), y que la misma tan solo tenía plazos fijos y depósitos, (doc. n° 35), y en renta variable, acciones de telefónica heredadas de su padre en el año 2005. Por otra parte no ha quedado acreditado que la demandante tuviera,

ninguna vinculación, ni conocimiento del mundo financiero. Por lo que es lógico que siempre pretendiera productos sencillos y claramente seguros que le permitirán atender sus necesidades, ello, dista extraordinariamente de lo que podría entenderse por un cliente profesional, que por su sola condición, es decir, más allá de la información facilitada por la entidad financiera, pudiera asumir de manera plenamente consciente los riesgos naturales de la inversión.

En cuanto al cumplimiento de los mencionados deberes de información, no se conseguido acreditar por la demandada, que dicho cumplimiento se haya producido de forma adecuada, toda vez que no se ha aportado ningún documento, que corrobore que tras un adecuado estudio del perfil del suscriptor se le informara individualizadamente de las complejidades de las inversiones. Siendo que establecía el art. 4 del anexo del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, que "Las Entidades solicitarán de sus clientes la información necesaria para su correcta identificación, así como información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión cuando esta última sea relevante para los servicios que se vayan a proveer", circunstancia que no ha quedado acreditada en el presente caso.

Es más ha quedado acreditado todo lo contrario, que la demandante en el momento de la suscripción desconocía los riesgos del producto que iba a suscribir, y en este sentido ha declarado, el testigo Sr. ----, empleado de la entidad demandada, quien declaro que la demandante, siempre suscribía plazos fijos, y que suscribió PPF, por qué se lo recomendó el personalmente, y puntualizo que no explico que el producto tenía ningún riesgos, porque él mismo lo desconocía.

Por parte de la entidad demandada se ha aportado como doc. n° 4 copia del resumen del folleto informativo de emisión de PPF serie B. El contenido de ese documento es suficiente para poder identificar las condiciones y riesgos básicos de la emisión. Sin embargo dado que dicho documento no está firmado, no puede considerarse acreditado que la entidad hubiera entregado dicho documento informativo, ni ningún otro documento que contuviese información completa sobre las características y riesgos de las participaciones preferentes, con anterioridad a su adquisición.

Así mismo se aporta como doc. n° 5 un informe pericial, si bien el mismo no hace referencia al supuesto de autos, sino analiza de forma general el valor de las emisiones de PPF y los mecanismos de transmisibilidad.

Por lo que debemos concluir que la información que se aportó a la demandante, 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 se concretaron de ninguna forma, cuales era las características del producto, ni las consecuencias respecto al capital invertido, ni consta la entrega de ningún otro elemento que permita conocer el producto suscrito, tal como un folleto informativo, en especial del riesgo que afectaba a dicha operación, no consta el plazo que se ofreció a la cliente para conocer el producto, ni las indicaciones que la entidad efectuó para asegurarse que la cliente conocía el producto. Ya que si bien es cierto, no existía obligación de practicar el test de conveniencia o de idoneidad en dicho momento, si que existía obligación de comprobar que la información suministrada del producto permitía al cliente comprender el alcance, la naturaleza, las características, y sobre todo los riesgos de aquel, tanto en relación con la edad, formación del cliente.

Es decir no se indica en la información suministrada al demandante, los elementos básicos del instrumento financiero y sus consecuencias económicas especialmente en caso venta de las participaciones preferentes. Debido a que ante un producto de riesgo hay que dar una información adecuada con advertencia de qué puede ocurrir en el peor de los escenarios, para que sea el cliente quien decide en base a esta información. Con especial cuidado respecto a los pequeños clientes, que al no ser conscientes de este tipo de peligros ni las características concretas de cada producto financiero requieren una información especial, más cuidada y exhaustiva que le haga sabedor de los riesgos que está adquiriendo.

En segundo lugar con respecto a la suscripción de las OBS E 10ª, en cuanto al cumplimiento de los mencionados deberes de información, no se consiguió acreditar por la demandada, que dicho cumplimiento se haya producido de forma adecuada, toda vez que no se ha aportado ningún documento, que corrobore que tras un adecuado estudio del perfil del suscriptor se le informara individualizadamente de las complejidades de las inversiones.

El hecho de que el apartado 3 del art. 79 bis LMV imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como el contratado por las partes, el deber de suministrar al cliente minorista una información comprensible y adecuada de tales instrumentos financieros, que necesariamente ha de incluir "orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos", muestra que esta información es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento. Dicho de otro modo, el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero

De la prueba aportada en relación a la adquisición de Obligaciones Subordinadas, debe concluirse que la entidad bancaria no actuó de forma adecuada, la información que se aportó a la parte actora, es totalmente insuficiente, la orden de compra, de las Obligaciones Subordinadas, que consta como doc. nº 36 de la contestación a la demanda, es un mero formulario genérico, al que se han incorporado los datos concretos de la operación, pero no se concreta de forma proporcionada y correcta cuales son las características del producto, ni las consecuencias respecto al capital invertido, ni ningún otro elemento que permita conocer el producto suscrito, en especial con respecto al riesgo que afectaba a dicha operación, y la inclusión que reza al pie de página que el cliente conoce el significado y trascendencia de la presente orden, no es más que una cláusula estereotipada, que no aparece contrastada de forma alguna por otro medio de prueba, en el sentido de que se hubiera facilitado al cliente la información suficiente para conocer el mencionado alcance. Y en cuanto a que si bien en el anexo a la misma se indica que la cliente ha recibido una ficha con la descripción completa del producto, en especial, los riesgos del mismo, no se ha justificado cual fue la información concreta que se aportó a la cliente, puesto que la información que se le ofreció a la cliente, de forma escrita, era contradictoria con la información que se le facilitó por los empleados de la entidad demandada, según declaró el testigo Sr. -----.

El resumen folleto de la 10ª emisión de Obligaciones Subordinadas, suscrito por la demandante, del que se podría deducir que la demandante fue informada y advertida de las circunstancias, características y en especial riesgos del producto que adquiriría, dichos extremos se compadecen mal con el resto de hechos acreditado, por cuanto el folleto se firma por la

demandante el mismo día en que se realiza la suscripción de las Obligaciones Subordinadas, lo que denota que las actuaciones de venta se compactaron con la actuación dirigida a informar al cliente, lo que denota una contratación apresurada y carente de una adecuada información precontractual, por cuanto señalo en el acto del juicio el testigo Sr. ----- que no se le explico a la demandante, los riesgos del producto, debido a que el propio empleado desconocía la existencia de dichos riesgos, por lo que no habiendo quedado acreditado que tras un adecuado estudio del perfil del suscriptor se le informara individualizadamente de las complejidades de las inversiones.

Por otra parte consta como doc. nº 38 de la demanda, el test de conveniencia realizado a la parte actora, debiendo examinarse por un lado, que la indicada prueba se celebra en la misma fecha en que se produce la venta del producto, lo que denota que las actuaciones de venta se compactaron con la actuación dirigida a informar al cliente y formarse un concepto del perfil de la misma y de las necesidades y adecuaciones económicas del indicado producto, lo que denota una contratación apresurada y carente de una adecuada información precontractual. Así como que el test de conveniencia se practica haciendo plasmar en el mismo una serie de respuestas incorrectas, en la respuesta segunda, señala que conoce las características y los riesgos de las obligaciones subordinadas, no habiendo quedado acreditado, en el presente procedimiento, que la demandante conociera el significado y características de las Obligaciones Subordinadas, en la pregunta cuarta señala la actora, que en su actividad laboral a veces tenía relación con asuntos financieros, no ha quedado acreditada esta circunstancia debido a que la demandante estaba jubilada en el momento de la suscripción, y en la pregunta quinta responde la demandante, que la periodicidad de las inversiones financieras es de un año, circunstancia que tampoco ha quedado acreditada, por lo que dichas respuestas dan lugar a un resultado que se separa de la verdadera situación de la inversora ante el producto, lo que supone la esencia del deber de obtener información sobre el perfil del inversionista prevista en la normativa mifid, proteger al mismo respecto a su autentica posición inversora de productos que escapen al previsible control que pueda efectuar sobre el mismo dicho cliente.

Y a mayor abundamiento no consta que la entidad bancaria comprobara cual era el perfil del inversionista, al no practicar el test de idoneidad preceptivo de conformidad con el artículo 79 bis de la LMV, por cuanto la entidad bancaria actuaba ofreciendo el producto a la cliente y por tanto en funciones de asesoramiento de tal forma que permitió que la actora adquiriera un producto financiero complejo, infringiendo la normativa de información preceptiva.

Como la Sentencia de AP León, Sección 1ª, S de 17 Mar. 2014 " Los servicios de asesoramiento y de inversión prestados exigen, según la Directiva 2004/39, interpretada por la Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de mayo de 2013 (incorporada al ordenamiento interno: LMV) que se pida al cliente que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto ofrecido de modo que la empresa de inversión pueda recomendarle los instrumentos financieros que más le convengan y en su caso evaluar si el servicio o producto es adecuado para el cliente y si se considera que no resulta adecuado deberá advertirle de su opinión. El test de conveniencia firmado en este caso por el demandante no pasa de ser un mero formulario que no cumple con las exigencias de la Directiva. Y prestando un servicio de asesoramiento estas exigencias son mayores pues debe valorarse la idoneidad del producto. La entidad financiera debe realizar un

examen completo del cliente, mediante el test de idoneidad, que suma el test de conveniencia (conocimientos y experiencia) a un informe sobre la situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y los objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del cliente, para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan, tal como resume la STS de 20 de enero de 2.014, ya citada. El art. 72 del RD 217/2008 regula las condiciones para evaluar la idoneidad a los efectos de lo dispuesto en el art. 79 bis. 6 de la Ley 24/1988, de 28 de julio"

Por lo tanto debemos concluir que examinada la prueba practicada en el acto del juicio, ha quedado acreditado que ni en la fase pre contractual ni en la fase contractual se ofreció a la parte actora una información completa, clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, de una forma que le permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicios de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece, pudiendo, en consecuencia, tomar decisiones fundadas sobre sus inversiones, máxime cuando no era una persona experimentada y no tenía un conocimiento financiero adecuado para comprender este tipo de contratos complejos. La entidad bancaria no acredita que la parte actora sea experta conocedora de temas financieros y que fuera irrelevante la información a suministrar. Todo lo contrario, se trata de una persona con un perfil de cliente minorista y conservador. Por lo que llegamos a la conclusión de que la inversora no disponía, de conocimientos ni experiencia para decidir por sí mismos si el producto se adecua a sus necesidades y menos aún para identificar por sí mismos los riesgos del producto. La demandante confiaba en la entidad demandante, con la que llevaba trabajando hace años, para depositar su dinero y tratar de obtener el mayor interés pero sin que en modo alguno, haya quedado acreditado que solicitaran productos de alto riesgo como el presente, en que no sólo llega a no percibir interés sino a perder su capital. Y la realización del test de conveniencia no cubre la necesidad de información clara sobre las obligaciones objeto de controversia pues se realizó como una mera formalidad que no justifica que la actora tuviera conocimientos del producto que adquiriría. Siendo que el deber que pesaba sobre la entidad financiera no se limitaba a cerciorarse de que el cliente minorista conocía bien en qué consistía el producto que contrataba, y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía.

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 y así entender 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.

**SEXTO.**-Sobre el resultado anteriormente expuesto deben proyectarse las pretensiones entabladas por la parte actora, que serán analizadas según el orden que la misma establece

En primer lugar, se sostiene la nulidad absoluta o radical del contrato por infracción de normas imperativas, conforme al 6.3 del Cc en relación con los preceptos ya mencionados de la Ley 24/1988, del Mercado de Valores y de la Ley General para la Defensa de los

Consumidores y Usuarios. No puede aceptarse este argumento: el incumplimiento de los deberes antes apuntados por parte de la entidad demandada con respecto al cliente consumidor no conlleva la nulidad absoluta o radical del contrato, pues dicha consecuencia no viene impuesta en la citada normativa. El único efecto que tal incumplimiento puede producir habrá de valorarse en cuanto a la pretensión de anulación del contrato por concurrir un vicio del consentimiento; es decir, la falta de una información adecuada puede ser considerada, como uno de los elementos determinantes, para que el cliente prestara su consentimiento por error, pero no conlleva como sanción la nulidad absoluta del contrato.

Descartada la nulidad absoluta o radical del negocio, la parte actora mantiene que el contrato es nulo o anulable por vicio del consentimiento, dado que el mismo fue prestado por error.

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de enero de 2014, Sentencia Nº: 840/2013, Recurso nº 879/2012, señala con respecto a la Jurisprudencia sobre el error vicio. La regulación del error vicio del consentimiento que puede conllevar la anulación del contrato se halla contenida en el Código Civil, en el art. 1266 CC, en relación con el art. 1265 y los arts. 1300 y ss. Sobre esta normativa legal, esta Sala primera del Tribunal Supremo ha elaborado una doctrina jurisprudencial, de la que nos hemos hecho eco en las ocasiones anteriores en que nos hemos tenido que pronunciar sobre el error vicio en la contratación de un swap, en las Sentencias 683/2012, de 21 de noviembre, y 626/2013, de 29 de octubre: Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta. 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 palabra dada ("pacta sunt servanda") imponga la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y pueda quien lo sufrió quedar desvinculado. Al fin, el contrato constituye el instrumento jurídico por el que quienes lo celebran, en ejercicio de su libertad -autonomía de la voluntad-, deciden crear una relación jurídica entre ellos y someterla a una "lex privata" (ley privada) cuyo contenido determinan. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos.

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.

El art. 1266 CC dispone 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 hubieren dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261.2 CC). 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 que 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 solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, 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 hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses.

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 o génesis de los contratos. Lo determinante es 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.

El error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente cierta, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre el futuro con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia. Aunque conviene apostillar que la representación ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos, de tal forma que si el conocimiento de ambas cuestiones era correcto, la representación equivocada de cuál sería el resultado no tendría la consideración de error.

Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que niega 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"

Respecto a las circunstancias de la actora, en la prestación del consentimiento contractual debe concluirse que el error producido, en el presente supuesto, es esencial ya que recae en la naturaleza y objeto de lo contratado, por cuanto la actora, no tenían conocimiento de las características del producto, suponiendo estar contratando un plazo fijo desconociendo el contenido de lo que firmaba y sus consecuencias como producto complejo y de alto riesgo. 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, por cuanto se trata de una persona sin conocimientos financieros específicos. No habiendo acreditado la parte demandada la existencia de adecuado asesoramiento externo en el momento de la celebración del contrato. Por lo que el error es imputable a la entidad demandada, por el incumplimiento de su deber de información, omitiendo a la actora características esenciales del contrato que podían perjudicarle seriamente. 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.

Y respecto al hecho de que una vez adquirido el producto el cliente no haya mostrado queja o reclamación alguna del mismo, no permite suponer que conociera las características del producto, sino que por el contrario, dado que el cliente en base a la confianza deposita en su entidad bancaria habitual, adquiere un producto, que en el mejor de los casos se le presenta como de renta fija, con alta rentabilidad, que podrá recuperar su dinero de forma rápida vendiendo el producto en un mercado secundario y sin penalización frente a lo que ocurre en un plazo fijo, estando garantizado por la entidad, omitiéndose por el contrario la verdadera naturaleza y características, en cuanto a rentabilidad, riesgos, posición en prelación de créditos, y sin que la entidad haya determinado que el cliente conoce el producto y si es una operación conveniente para su situación financiera; y por el contrario recibe los cupones de forma

periódica a los que la entidad se ha comprometido, no hay motivo por el cual, el cliente reclamara a la entidad, en ese momento..

Así las cosas, podemos concluir que dado el perfil inversor, las características del producto –muy complejo- y la omisión de los deberes de información de la entidad, no solo es perfectamente posible sino también excusable, que en el momento la suscripción la actorapensara erróneamente que los productos que le ofrecía su interlocutor de confianza en la entidad, en tanto que llevaba muchos años trabajando con la entidad, respondían a las características deseadas, seguridad máxima, disponibilidad y rentabilidad, pudiendo fácilmente adivinar que, si hubiera sabido que existía la posibilidad no sólo de no obtener rentabilidad alguna sino también de llegar perder el principal invertido, nunca hubiera celebrado los contratos impugnados. Debiendo aclarar que lo que vicia el consentimiento por error, es la falta de conocimiento del producto contratado, y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente minorista que lo contrata, una representación mental equivocada, sobre el objeto del contrato.

Dándose así mismo los requisitos propios del error, su esencialidad, en tanto que recae sobre la materia misma objeto de la contratación, su relación causal con la finalidad negocial, y su excusabilidad, en tanto que por las razones expuestas, no es imputable al actor, procede apreciar la existencia de consentimiento viciado por error en las suscripciones litigiosas, sin que dicho vicio pueda verse subsanado por el canje posterior.

En base a lo anteriormente expuesto procede declarar, la nulidad de los contratos de suscripción de participaciones preferentes y obligaciones subordinadas, por vicio del consentimiento determinado por error esencial y no imputable a la parte actora, y ello por cuanto resulta probado que en el presente caso el consentimiento del demandante para la compra de las participaciones preferentes y obligaciones subordinadas, fue prestado por error.

**SÉPTIMO.**-Último punto a analizar es la operación negocial del canje de las participaciones preferentes por las acciones de Bankia- En el presente supuesto en fecha 21 de mayo de 2.012, se produce el canje de las Participaciones Preferentes por acciones de Bankia, como consta en el doc. nº 41 de la demanda. Y el canje obligatorio realizado por las Obligaciones Subordinadas.

En este punto debemos destacar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª, Sentencia de 30 Dic. 2013, Sentencia nº 308/13, rec. 658/2013 "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 proprio interesa el cambio de su producto por acciones de Bankia sino que fue la entidad actora la que recomienda a este concreto cliente que convierta de forma simultánea sus obligaciones subordinadas en acciones de Bankia por las mejoras que va a lograr"

La declaración de nulidad de los contratos de las Obligaciones Subordinadas y Participaciones Preferentes suscritas en el presente supuesto, debe proyectarse también sobre el realizado con el objeto del canje por acciones, por falta de causa conforme el artículo 1275 del Código Civil, por ser nulo el contrato de suscripción de las Obligaciones Subordinadas y Participaciones Preferentes, cuyos efectos arrastran al de adquisición de acción, o en su caso de implicar una novación por ser la novada nula conforme al art. 1208 del Cc, por cuanto al igual que ocurre en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, a la que hemos hecho referencia, no es que el contrato de adquisición de las Obligaciones Subordinadas y Participaciones Preferentes, 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 art. 1311 del Cc, pues no se demuestra que tal negocio, acciones, fuese suscrito con pleno conocimiento del significado de las Obligaciones Subordinadas y Participaciones Preferentes. 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, debido a que es incuestionable que existe un nexo de conexión evidente entre los contratos por los que se adquirieron las Obligaciones Subordinadas y Participaciones Preferentes, y el canje posterior por otros productos. No se trata de dos operaciones de inversión autónomas e independientes entre sí, sino que por política comercial de la entidad demandada, es un mismo negocio, estando claramente vinculados las Obligaciones Subordinadas y Participaciones Preferentes 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 las Obligaciones Subordinadas y Participaciones Preferentes, y si la adquisición de estas es nula, no concurre causa en la adquisición de las acciones.

Así mismo debemos señalar que, en base a lo expuesto procede desestimar la excepción de novación extintiva, por considerar que la nulidad de la adquisición del producto objeto de cambio, es decir de las Obligaciones Subordinadas y Participaciones Preferentes, arrastra a la nulidad del nuevo adquirido, al canje, es decir las acciones.

**OCTAVO.**-En cuanto a los intereses, señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 3ª, Sentencia de 13 Feb. 2014, Sentencia nº 48/2014, rec. 463/2013, con respecto a los intereses, 1.- El art. 1303 del Código Civil, establece que «declarada la nulidad

de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses». Este artículo tiene como finalidad conseguir que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador, evitando el enriquecimiento injusto de una de ellas a costa de la otra. El art. 1303 del Código Civil, es aplicable a los supuestos de nulidad radical o absoluta, no solo a los de anulabilidad o nulidad relativa, y opera sin necesidad de petición expresa, por cuanto nace de la ley. Por consiguiente cuando el contrato hubiese sido ejecutado en todo o en parte procede la reposición de las cosas al estado que tenían al tiempo de la celebración, debiendo los implicados devolverse lo que hubieren recibido por razón del contrato [ Ts. 3 de diciembre de 2013 (Roj: STS 5761/2013, recurso 2434/2011 ), 4 de octubre de 2013 (Roj: STS 5474/2013, recurso 680/2011 ), 23 de noviembre de 2011 (Roj: STS 8900/2011, recurso 2061/2009 ), 21 de junio de 2011 (Roj: STS 4891/2011, recurso 1647/2007 ) y 12 de noviembre de 2010 (Roj: STS 5881/2010, recurso 488/2007 ), entre otras muchas].

2.- Habiéndose declarado la nulidad absoluta de los contratos de adquisición de participaciones preferentes, y así habiéndose solicitado en la demanda, es obligado el devengo del interés legal de la cantidad a devolver como consecuencia de la nulidad a contar desde la fecha de disposición de las cantidades mediante cargo en cuenta.

Señala así mismo la citada Sentencia "Los intereses del art. 576 de la LEC, tienen un origen legal y un carácter imperativo, debiendo imponerse por obligación «ex lege», sin necesidad de solicitud de parte y aunque la sentencia no se pronuncie expresamente sobre ellos, en consonancia con su naturaleza disuasoria, compensatoria, y sancionadora [Ts. 5 de diciembre de 2007 (RJ Aranzadi 8901)], debiendo imponerse el pago en «toda sentencia o resolución que condene al pago de una cantidad de dinero líquida»".

Cierto es que como consecuencia del mencionado canje se hace imposible que los actores restituyan a la demandada los productos inicialmente adquiridos, siendo en este caso de aplicación el artículo 1307 del Código Civil, el cual establece que " siempre que el obligado por la declaración de nulidad a la devolución de la cosa, no pudiera devolverla por haberla perdido, deberá restituir los frutos percibidos y el valor que tenía la cosa cuando se perdió, con los intereses desde la fecha".

Procede, por consiguiente, estimar la demanda y declarar la nulidad de la compra de las Participaciones Preferentes y de las Obligaciones Subordinadas y del posterior canje de las mismas, condenando a la parte demandada estar y pasar por esta declaración, con restitución de títulos por parte de los demandantes a la parte demandada, y condenando la entidad financiera Bankia a abonar a la parte demandante la cantidad de 24.000 euros, en concepto del principal más los intereses legales devengados desde la fecha de suscripción de la orden de compra, pero con restitución de las acciones obtenidas en el canje, y 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.

**NOVENO.-** De conformidad con lo dispuesto en el Art. 394 LEC, respecto de las costas procesales, al estimarse la demanda, procede hacer expresa condena en costas a la parte demandada.

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

### **FALLO**

Que estimando la demanda formulada a instancia de D -----, representada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> Gloria Benlloch Soriano, y asistida jurídicamente por el Letrado D. Benjamín J. Prieto Clar, contra la mercantil BANKIA SA, representada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> -----, y asistidos jurídicamente por el Letrado D. -----, debo declarar y declaro la nulidad del contrato de adquisición de las Participaciones Preferentes, y las Obligaciones Subordinadas, celebrado entre la entidad demandada, y la demandante, así como del canje 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 a la parte actora, de la suma reclamada de VEINTICUATRO MIL EUROS (24.000.- euros) en concepto del principal más los intereses legales devengados desde la fecha de suscripción de la orden de compra, pero con restitución de las acciones obtenidas en el canje y 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 expresa condena en costas a la demandada.

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** 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 acuerda y firma SS<sup>a</sup>.