

LAURA OLIVER FERRER
E-mail: lauraoliver@icpv.com
NOTIFICADO: 08/10/14

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO 1 DE VALENCIA

N.I.G.:46250-42-2-2014-0008036

Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO - /2014

De: D/ña.

Procurador/a Sr/a. OLIVER FERRER, LAURA y OLIVER FERRER, LAURA

Contra: D/ña. BANKIA SA

Procurador/a Sr/a.

SENTENCIA Nº 253

En Valencia, a treinta de septiembre de dos mil catorce.

Vistos por mí, D^a. M^a Jesús Giménez Bolós, Juez en funciones de apoyo del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Valencia, los autos de Juicio Ordinario nº /2014, promovidos a instancia de

representados por el Procurador de los Tribunales D^a. Laura Oliver Ferrer, y asistidos jurídicamente por el Letrado D. Benjamin J. Prieto Clar, contra la mercantil BANKIA SA, representada por la Procuradora de los Tribunales D^a , 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 el Procurador de los Tribunales D^a. Laura Oliver Ferrer, en la representación acreditada. contra la mercantil Bankia 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, termino suplicando que en su día se dictare sentencia estimando la demanda, acompañando a la misma los documentos justificativos de su pretensión.

SEGUNDO .- Que admitido a trámite la demanda, y emplazado el demandado en legal forma, se personó en autos por medio de la Procuradora D^a en nombre y representación de la mercantil Bankia SA, y contestó la demanda, oponiéndose a la misma en los términos que consta en autos, y suplicando la desestimación íntegra de la demanda.

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 de las compras de Obligaciones Subordinadas de 3ª emisión, por importe de 9.616,16 euros, y Obligaciones Subordinadas de 8ª emisión por un importe total de 52.000 euros, por un importe total de 61.616,16 euros, y del posterior canje por acciones, con recíproca restitución de las prestaciones.

Alegando que la demandada incumplió la exigencia legal de transparencia diligencia y deber de información sobre las características y riesgo del producto pese al perfil minorista y conservador de los demandantes, sin conocimientos financieros, y en segundo lugar alegando que la conducta de la entidad financiera, fue susceptible de generar error en el cliente, que vicia su consentimiento conforme al artículo 1266 del Cc, en relación con el artículo 1261 del mismo código, conducta que se circunscribe al hecho de no informar de los niveles de riesgo de la operación y, las verdaderas condiciones y características del producto.

Con expresa condena en costas a la parte demandada.

A ello se opone la entidad demandada, 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. 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, aceptó la oferta de recompra de las mismas y suscripción de acciones de Bankia.

La parte demandada solicita que se dicte sentencia, con expresa condena en costas a la parte demandante.

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.- 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 Obligaciones Subordinadas.

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.

TERCERO.- 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 de la entidad financiera, en relación a la suscripción de Obligaciones Subordinadas, suscritas con anterioridad 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.

En relación a la suscripción de Obligaciones Subordinadas, suscritas con posterioridad 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.

Así mismo señala la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 20 Enero 2014, nº sent. 840/2013 Casación núm.: 879/2012, Ponente Excmo. Sr. D.: Ignacio SanchoGargallo, "Las entidades financieras deben valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad. La entidad financiera debe realizar al cliente un test de conveniencia, conforme a lo previsto en el art. 79bis. 7 LMV (arts. 19.5 Directiva 2004/39/CE), cuando se prestan servicios que no conllevan asesoramiento. Se entiende por tales, los casos en que el prestatario del servicio opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada. Este test valora los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente, con la finalidad de que la entidad pueda hacerse una idea de sus competencias en materia financiera. ... Como aclara el art. 73 RD 217/2008, de 15 de febrero, se trata de cerciorarse de que el cliente "tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado". Esta "información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos enumerados, (art. 74 RD 217/2008, de 15 de febrero).

Estas exigencias propias del test de conveniencia son menores que cuando debe valorarse la idoneidad del producto conforme al art. 79bis. 6 LMV (art. 19.4 Directiva 2004/39/CE). El test de idoneidad opera en caso de que se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras mediante la realización de una recomendación personalizada.

La entidad financiera que preste estos servicios debe realizar un examen completo del cliente, mediante el denominado test de idoneidad, que suma el test de conveniencia (conocimientos y experiencia) a un informe sobre la situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y los objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del cliente, para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan. Para ello, especifica el art. 72 RD 217/2008, de 15 de febrero, las entidades financieras "deberán obtener de sus clientes (...) la información necesaria para que puedan comprender los datos esenciales de sus clientes y para que puedan disponer de una base razonable para pensar, teniendo en cuenta debidamente la naturaleza y el alcance del servicio prestado, que la transacción específica que debe recomendarse (...) cumple las siguientes condiciones...(art.72)"

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 daño y exacto de aquello sobre lo que prestan su aceptación y de las consecuencias que ello supone"

CUARTO.-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 sí medió vicio de consentimiento determinante de la nulidad que se pretende.

En relación a la prueba del cumplimiento del deber de información suministrada por la entidad, por la parte actora incorporó una serie de documentos de carácter personal y económico, como doc. nº 1 y 2 copia del DNI de _____ de 82 años y _____ de 79 años de edad. Y se alega en la demanda, que no poseen conocimientos financieros, siendo el actor agricultor, y la actora ama de casa

Con respecto a la suscripción de Obligaciones Subordinadas 3ª y 8ª emisión, alegan que adquirieron entre los años 1997 a 2008 una serie de productos bancarios. Se aporta como doc. nº 42 y 43 escritos presentados por la parte actora, a la entidad Bankia, de fecha 18 de febrero de 2013, solicitando la documentación suscrita por los demandantes, con respecto a la suscripción de las Obligaciones Subordinadas.

Y se aporta como doc. nº 44 al 46, la documentación facilitada por la entidad demandada en fecha 17 de abril de 2013.

En cuanto al canje se aporta como doc. nº 38, oferta de recompra y suscripción de las Obligaciones Subordinadas E.08, como doc. nº 39 oferta de recompra y suscripción de las Obligaciones Subordinadas E.03, como doc. nº 40 resumen folleto de las ofertas de recompra y suscripción, y como doc. nº 41 test de conveniencia con resultado no conveniente.

Se aporta como doc. nº 51 informe pericial.

Por la parte demandada, se alega en la contestación a la demanda, que cumplió con las obligaciones de información legalmente establecidas, y adjunta como doc. nº 2 certificado de productos del cliente, como doc. nº 3 certificado de rendimientos, como doc. nº 4 información fiscal, como doc. nº 8 ficha del producto de las OBS E.08, y como doc. nº 9 información pericial.

Alega si mismo la parte demandada, que los demandantes no cumplen el perfil de pequeño ahorrador, se aporta como doc. nº 2 de la demanda, un extracto de los productos contratados por los actores, siendo que de la misma resulta, que la inversión de los actores, fue realizándose de forma paulatina y continuada en el tiempo, y de conformidad con el siguiente calendario, 22/12/1997 la cantidad de 1.800 euros de OBS 3E, el 2/10/2000 de 6.000 euros de OBS 3E, el 1/09/2003 por importe de 15.000 euros de OBS 8E, el 8/01/2004 por importe de 6.000 euros OBS 8E, el 27/01/2005 por importe de 3.000 euros en OBS 8E, el 29/08/2005 por importe de 3.000 euros OBS 8E, el 5/01/2006 por importe de 6.000 euros OBS 8E, el 6/03/2007 por importe de 21.000 euros en OBS 8 E, y el 28/01/2008 por importe de 4.000 euros en OBS 8E.

En el acto del juicio comparece en calidad de perito testigo, D^a Nuria María García Pascual, quien señalo que la venta de Obligaciones Subordinadas, no era adecuada para los demandantes, debido a que D. era agricultor jubilado, y D^a era ama de casa, tenían 68 años en el momento de la suscripción, y no tenían experiencia previa, señalo que la rentabilidad no era tan alta, en comparación con otros productos que no tenían riesgo, señalo que en el momento del canje resulto el test de conveniencia, no conveniente el producto para los clientes. A preguntas del letrado de la parte demandada, señalo que los demandantes suscribieron Bonos 16, pero que era un producto simple y en el año 2010 se les reembolso el capital, si bien no sabia por quien estaban garantizados los Bonos, suscritos por los demandantes. Señalo que el anexo 29 de su informe, no se refería a este caso concreto, sino a titulo de ejemplo.

Consta en el informe pericial aportado como doc. 51 de la demanda, que los productos contratados por los demandados, y que constan en el folio 4 del informe, no consta orden de compra, ni se incorpora un resumen folleto.

A la vista de la prueba practicada, y examinada la misma, en relación a la adquisición de Obligaciones Subordinadas, suscritas con anterioridad a MIFID, en concreto las suscripciones realizadas, en fecha 22/12/1997 la cantidad de 1.800 euros de OBS 3E, el 2/10/2000 de 6.000 euros de OBS 3E, el 1/09/2003 por importe de 15.000 euros de OBS 8E, el 8/01/2004 por importe de 6.000 euros OBS 8E, el 27/01/2005 por importe de 3.000 euros en OBS 8E, el 29/08/2005 por importe de 3.000 euros OBS 8E, el 5/01/2006 por importe de 6.000 euros OBS 8E, el 6/03/2007 por importe de 21.000 euros en OBS 8 E, no consta que se entregara documentación alguna al adquirente, 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 adquiriría.

Ciertamente, como la normativa expuesta no refiere a 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 los demandantes, 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 del suscriptor, se alega en la demanda, y en el informe pericial, que los demandantes realizaron suscripciones en productos con 65 y 68 años de edad y la última operación se realizó con 76 años. Y que el demandante era agricultor jubilado, y la demandante ama de casa, por lo que no ha quedado acreditado que los demandantes tuvieran ninguna vinculación, ni conocimiento del mundo financiero. Por lo que 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 corroboré 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.

Con respecto a la suscripción realizada con posterioridad a MIFID, se alega por la parte demandada, que no se prestó un servicio de asesoramiento al cliente, pero a la vista de la prueba practicada debemos concluir, que la entidad financiera prestó un servicio de asesoramiento a la demandante, en este punto debemos de tener en cuenta, que en el art. 4.4. Directiva 2004/38/CE se define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como "la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros". Y el art. 52 Directiva 2006/73/CE aclara que "se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...)", que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales. Carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público."

La Sentencia del TS, de fecha 20 de enero de 2.014, se señala que "de este modo, el Tribunal de Justicia entiende que tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un swap, realizada por la entidad financiera al cliente inversor, "que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público"

Y en este mismo sentido, la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm.28/2003 de 20 de enero, RC núm. 1755/1997, hacía referencia a «[...] la complejidad de los mercados de valores que, prácticamente, obliga a los inversores a buscar personas especializadas en los referidos mercados que les asesoren y gestionen lo mejor posible sus ahorros; de ahí, el nacimiento y reconocimiento legal, de empresas inversoras, cuya actividad básica, consiste en prestar, con carácter profesional y exclusivo, servicios de inversión a terceros.». La confianza que caracteriza este tipo de relaciones negociales justifica que el cliente confíe, valga la redundancia, en que el profesional al que ha hecho el encargo de asesorarle le ha facilitado la información completa, clara y precisa. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional.

Por lo a la vista de lo expuesto, en el presente procedimiento, debemos concluir que la relación entre los contratantes era de asesoramiento, al ofrecer el producto a la demandante, extremo alegado por la parte actora, y extremo que no desvirtuado por la prueba de la parte demandada, por lo que la entidad demandada, debería haber comprobado, no solo si el cliente puede conocer el contenido y características del producto de autos, sino comprobar si el indicado producto era idóneo para la situación financiera y económica del cliente mediante un análisis de aquella situación.

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

No ha quedado acreditado que la entidad demandada, dispusiera de información suficiente sobre el cliente que le permitiera valorar la adecuación del producto al perfil de riesgo del mismo, no ha quedado acreditado que la entidad demandada hubiese proporcionado información sobre las características y los riesgos de las Obligaciones Subordinadas con anterioridad de su contratación. Ya que la entidad demandada no ha acreditado que le hubiera entregado al cliente, ni un solo documento relativo a la información del producto, con carácter previo a la contratación del mismo, no ha quedado acreditado 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.

Y no se ha practicado ni tan siquiera el test de conveniencia, con el fin de averiguar, conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente, con la finalidad de que la entidad pueda hacerse una idea de sus competencias en materia financiera, esta evaluación debería determinar si el cliente es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión ofertado o demandado, para ser capaz de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa.

Es más 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 2014 , 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"

La parte demandada aporta como doc. nº 8 la ficha del producto de las OBS e. 08, examinado el mismo, debemos señalar que dicho documento es suficiente para poder identificar las condiciones y riesgos básicos de la emisión. Sin embargo dado que dicho firmado, por lo que 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 OBS, con anterioridad a su adquisición.

En el presente supuesto no se indica en la información suministrada a los demandantes, que los elementos básicos del instrumento financiero y sus consecuencias económicas especialmente en caso venta de las Obligaciones Subordinadas. 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.

Por lo que debemos concluir que la información que se aportó a los demandantes, en relación a la suscripción de de las Obligaciones Subordinadas 3ª y 8ª Emisión, es claramente insuficiente, por cuanto no ha quedado acreditado que la entidad demandada, dispusiera de información suficiente sobre el cliente que le permitiera valorar la adecuación del producto al perfil de riesgo del mismo, no ha quedado acreditado que la entidad demandada hubiese proporcionado información sobre las características y los riesgos de los productos contratados, con anterioridad de su contratación, y pese a que la carga probatoria incumbía a la demandada, ninguna prueba ha practicado para demostrar que dio una información correcta a los demandantes del producto financiero, de la documental aportada, en modo alguno se desprende que diera una información 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.

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.

QUINTO.-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 procede analizar las pretensiones ejercitadas por el demandante, articuladas entre sí de forma subsidiaria o alternativa:

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 los demandantes 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 no tenían conocimiento de las características de los productos, suponiendo estar contratando un plazo fijo o producto análogo, desconociendo el contenido de lo que firmaba y sus consecuencias, en especial en cuanto a su rentabilidad variable y negociación en mercado secundario. El error es igualmente excusable o lo que es lo mismo no es imputable a los demandantes, 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. En modo alguno puede atribuirse a los demandantes, la condición de "profesional" referenciada en la normativa reguladora del mercado de valores anteriormente expuesta sino la condición de "minorista". No ha probado la parte demandada que la parte demandante tuviera dichos conocimientos financieros indicados. Tampoco ha acreditado la parte demandada la existencia de asesoramiento externo en el momento de la celebración del contrato, y ello a pesar que se producen en el tiempo varias órdenes de compra, sin que ello, en el presente caso, signifique un deber del actor de extremar su diligencia, ya que la actuación de la entidad financiera ha sido la misma en todos los supuestos, por cuanto no consta que ni en una sola de las operaciones informara de forma adeudada al cliente de las características del producto. A este respecto debe tenerse en cuenta, que diferentes pronunciamientos jurisprudenciales restringen la concurrencia de la circunstancia de error en supuestos en que se han efectuado varias órdenes de compra sucesivas en el tiempo, al considerar que el cliente debería haber observado una mayor diligencia, por cuanto se entiende que si ya había sido adquirente de dicho producto y reitera la operación, el mismo debía tener un conocimiento de aquello que realizaba. No obstante en el presente supuesto

deben tenerse en cuenta las circunstancias del cliente, por cuanto cuando realiza la primera orden de compra no se practica información alguna sobre la naturaleza del producto, entendiéndose que se había contratado un plazo fijo o producto similar siguiendo la misma mecánica cuando celebró los siguientes contratos, es la entidad la que ofrece al cliente el producto para que proceda a la compra de los productos, el actor, no tiene conocimientos especial en la materia, adquiere los productos en la misma oficina con la que trabaja durante años, de tal forma que es perfectamente plausible que el cliente adquiriera los productos años después de la primera operación, únicamente a recomendación de la entidad bancaria y en base a la confianza depositada en la misma.

A este respecto el 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..

Del mismo modo, 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, por cuanto aquel en ningún momento quería la contratación de unos valores sometidos a un mercado secundario, si no la imposición a plazo fijo o producto similar.

Por último se alega por la parte demandada, la experiencia inversora de los demandantes, y se aporta como doc. nº 4 de la contestación a la demanda, la información fiscal, así mismo se adjunta junto con el escrito presentado por la parte actora de fecha 10 de junio de 2014, como doc. nº 1 certificado expedido por el Director de la sucursal de la entidad Caja Mar Caja Rural SA, y como doc. nº 2 Información Fiscal por la AEAT, correspondiente a los ejercicios 2004, 2005, 2007, 2008, 2009 y 2010.

En este sentido recoge una reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sec. 9ª, S 2-12-2013, nº 277/2013, rec. 556/2013, ponente Ilmo. Sr. Magistrado Caruana Font de Mora, Gonzalo, En el fundamento de derecho "SEPTIMO. Paso siguiente y principal defensa de la entidad demandada es que D....es un experto inversor con pleno conocimiento del producto contratado dado ser persona que lleva más de veinte años consumiendo productos de inversión. Ciertamente consta que el demandante es persona inversora, no en vano ostenta desde hace años con la entidad demandada un contrato de administración y depósito de valores, pero no por ello debe concluirse, sin más, como pretende la parte demandada apelante con el pleno conocimiento del producto complejo y de riesgo que estamos analizando. Lo realmente trascendente es que a fecha de contratación del producto (Diciembre de 2006) el actor conociese el significado, funcionamiento y riesgos de las participaciones preferentes, como producto complejo y de alto riesgo. Para realizar el juicio comparativo con otros productos financieros o de inversión

determinantes de ese grado de conocimiento o experiencia, la parte demandada aportó con la contestación a la demanda una extensa documental y analizada la misma, es evidente de entrada que deben excluirse por inservible para tal juicio, operaciones que, o bien no son complejas (acciones que cotizan en bolsa) o que no llevan un alto riesgo (deuda pública) u otras sobre las que nada se explicita (fondos) y es carga de la entidad demandada conforme al artículo 217 de la Ley Enjuiciamiento Civil la justificación de la actual defensa.....Por tanto de estas tres operaciones en las que se defiende la demandada, solo la última refiere de forma indicativa a participaciones preferentes, pero en la misma no hay explicación alguna del producto ni consta tampoco previa información para concluir que en la contratación de las Landsbanki conociese el significado, funcionamiento y riesgos del producto, por lo que resulta inidónea para sentar esos conocimientos del demandante que es lo relevante y de tal instrumento no se desprende pudiese llegar a tener los mismos.. OCTAVO.Nulidad de las órdenes de compra y efectos de tal declaración. La falta de información del producto ofrecido y su suscripción desconociendo sus elementos esenciales determinan la nulidad del contrato en cuanto se presta un consentimiento sin tener la representación real de lo que se suscribe por un error esencial, conforme al artículo 1265 y 1266 del Código Civil, calificado jurisprudencialmente por “conocimiento defectuoso importante de cuantas circunstancias tenían que contribuir a la recta formación del debido consentimiento” (Sentencia Tribunal Supremo 23/2/1993 y 19/2/1996)”;

Y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10ª, Sentencia de 26 Jun. 2012, rec. 158/2012 La circunstancia de que el actor hubiera adquirido, con anterioridad, otros productos bancarios e intervenido en diversas operaciones, como la compra de acciones en bolsa, así como el hecho que tenga una cierta formación, al ser graduado social, no supone que tenga un manejo y conocimiento suficiente del mercado bancario y financiero como para llegar a la conclusión de que estaba adquiriendo participaciones preferentes y el tipo de riesgo que ello conllevaba, teniendo en cuenta la oscuridad y confusión que genera el contrato aportado con la demanda, oscuridad que por otra parte nunca puede favorecer a quien hubiese ocasionado la oscuridad.

En el presente supuesto, el hecho que los demandantes hayan adquirido Bonos de Bancaja, no por ello debe concluirse, sin más, el pleno conocimiento del producto complejo, como son las Obligaciones Subordinadas. Lo realmente trascendente es que a fecha de contratación del producto, los actores, conocieran el significado, funcionamiento y riesgos de las Obligaciones Subordinadas, como producto complejo y de alto riesgo. Circunstancia que no ha quedado acreditado, en el presente supuesto, no pudiendosuponer que los demandantes, tenga un manejo y conocimiento suficiente del mercado bancario y financiero como para llegar a la conclusión de que estaba adquiriendo Obligaciones Subordinadas y el tipo de riesgo que ello conllevaba, más teniendo en cuenta su edad, siendo unas personas mayores, y su profesión de agricultor y ama de casa respectivamente, y ademas sin que se haya acreditado que los mismos tuvieran conocimientos financieros.

Así las cosas, podemos concluir que dado el perfil de los demandantes, y 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 las suscripciones, los demandantes pensaran erróneamente que los productos que le ofrecía su interlocutor de confianza en la entidad- en tanto que llevaba muchos años trabajando con el- respondían a las características deseadas, seguridad máxima, disponibilidad y rentabilidad, pudiendo, al mismo

tiempo y por las mismas razones, 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 que lo contrata, una representación mental equivocada, sobre el objeto del contrato.

Aplicando la doctrina jurisprudencial al presente caso no cabe duda, que por lo expuesto, concurrió en el consentimiento prestado por los demandantes error esencial y excusable, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa, y que de haber sido informados correctamente no habría contratado, error así mismo imputable a la entidad demandada, al vulnerarse el deber de información, y los protocolos específicos del mismo para un supuesto como el presente, relativos al riesgo del negocio, de la inversión, de sus características, y de la adecuación para el perfil del cliente, error que solo sería inexcusable si la demandada hubiera cumplido con sus obligaciones de información, existiendo relación causal entre el error y la finalidad del negocio, que era además de la rentabilidad, la recuperación del capital invertido, no convalidándose el negocio por la actuación del demandante de confirmación de la orden de compra la percepción de intereses sin protesta alguna hasta la fecha de la propuesta de canje por acciones, pues aquel comportamiento es lógico en tanto el cliente no alcanza a percibir el error en que ha incurrido, que sólo constata al advertir las consecuencias negativas que conlleva el producto, con esa comunicación de canje

En base a lo anteriormente expuesto debe declararse la nulidad de los contratos de suscripción de Obligaciones Subordinadas por vicio del consentimiento determinado por error esencial y no imputable al actor, por cuanto resulta probado que en el presente caso el consentimiento del demandante fue prestado por error.

SEXTO.-Último punto a analizar es la operación negocial del canje de las Obligaciones Subordinadas 3 y 8 emisión, por las acciones de Bankia, en fecha 12 de marzo de 2012, realizada por los actores, y que consta en el doc. nº 38 y 39 de la demanda.

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 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"

La declaración de nulidad de los contratos de las Obligaciones Subordinadas 3ª y 8ª emisión, 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 obligaciones subordinadas, 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 obligaciones 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 art. 1311 del Cc, pues no se demuestra que tal negocio, acciones, fuese suscrito con pleno conocimiento del significado de las obligaciones subordinadas. 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 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 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 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, arrastra a la nulidad del nuevo adquirido, al canje, es decir las acciones.

SÉPTIMO.-Declarada la nulidad del contrato de adquisición de las obligaciones subordinadas, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con 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 de obligaciones subordinadas por acciones, se hace imposible que los actores restituyan a la demandada las obligaciones subordinadas inicialmente adquiridas, 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".

Por lo que en el presente caso, como consecuencia de la declaración de nulidad, de acuerdo con lo previsto en el art. 1303 del Código Civil, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos y el precio de los intereses; por tanto, ambas partes contratantes deben restituirse recíprocamente las prestaciones que han recibido, de modo que la cantidad a restituir por Bankia a los actores será de 61.616,16 euros, deberá ser reducida en aquélla que resulte de sumar el total importe de los rendimientos obtenidos por las participaciones preferentes desde la fecha de su adquisición..

Procede, por consiguiente, estimar la demanda y declarar la nulidad de la compra de las obligaciones subordinadas 3ª y 8ª emisión, y del posterior canje de las mismas, condenando a la parte demandada estar y pasar por esta declaración, con restitución de títulos, y condenando la entidad financiera Bankia a abonar a la parte demandante la cantidad de 61.616,16 euros, en concepto del principal, más los intereses legales devengados desde la fecha de suscripción de las órdenes de compra, pero deduciendo de dichos importes las cantidades percibidas por los demandantes 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.

OCTAVO.-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 [redacted], representados por el Procurador de los Tribunales D^a. Laura Oliver Ferrer, y asistidos jurídicamente por el Letrado D. Benjamin J. Prieto Clar, contra la mercantil BANKIA SA, representada por la Procuradora de los Tribunales [redacted], y asistida jurídicamente por el Letrado D. [redacted], debo declarar y declaro la nulidad del contrato de adquisición de Obligaciones Subordinadas 3 y 8 emisión, 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, y por tanto condeno a la entidad demandada Bankia, SA a restituir a los demandantes, la suma reclamada de SESENTA Y UNA MIL SEISCIENTOS DIECISEIS EUROS Y DIECISEIS CENTIMOS DE EURO (61.616,16 euros), en concepto del principal, más los intereses legales devengados desde las fecha de suscripción de las órdenes de compra, pero deduciendo de dichos importes las cantidades percibidas por los actores 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.

Todo ello con imposición de costas a la parte 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^a.