

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 10 DE VALENCIA

PROCEDIMIENTO: Juicio Ordinario nº /2014

MAGISTRADA-JUEZ: Dª Mª Esther Buis Gómez (en funciones de apoyo)

DEMANDANTE: REQUENA-VALMON S.L.

Procurador: Dª Paula Bernal Colomia

Abogado: Dª Carmen Esteve Arce

DEMANDADO: BANKIA S.A. (como sucesora de Bancaja)

Procurador: Dª

Abogado: D.

OBJETO DEL JUICIO: Nulidad suscripción obligaciones subordinadas y de la oferta de recompra y suscripción de acciones.

SENTENCIA Nº 199/15

En Valencia, a quince de Septiembre de dos mil quince.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Por la parte actora se presentó demanda contra el arriba demandado sobre la base de los hechos que en el mencionado escrito se relacionan, y previa alegación de los fundamentos de derecho que estimó de aplicación, solicitó que se dictara sentencia en el sentido establecido en el suplico de su demanda.

SEGUNDO. Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la demandada en el término de veinte días para la contestación de la misma.

TERCERO. La parte demandada contestó y se opuso a la demanda sobre la base de los hechos que constan en su escrito de contestación, y tras alegar los fundamentos de derecho que entendió de aplicación, terminó suplicando que se dictara

sentencia por la que se desestimara íntegramente la demanda, con expresa imposición de costas al actor.

CUARTO. Convocada la celebración de la audiencia previa en la misma no se llegó a un acuerdo o transacción entre las partes.

Tras fijar los hechos controvertidos, las partes propusieron los medios de prueba que consideraron oportunos. Admitida la prueba que se estimó pertinente se señaló día para la celebración del juicio.

QUINTO. En la fecha señalada se celebró el juicio en el que se practicaron las pruebas propuestas y admitidas, con el resultado que consta en el soporte utilizado para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen, y se formularon las conclusiones que las partes estimaron pertinentes, quedando los autos vistos para sentencia.

1FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-La parte actora ejercita como acción principal la nulidad relativa/anulabilidad por vicio del consentimiento por error del contrato u orden de compra de obligaciones subordinadas de 8ª emisión por importe de 75.000 euros, solicitando asimismo que se declare la nulidad de la oferta de recompra y suscripción de acciones y del contrato de depósito y administración de valores, y en consecuencia, se acuerde la restitución recíproca de las prestaciones que fueron objeto de contrato, condenando a la entidad demandada a la devolución de la cantidad de 75.000 euros, en concepto de principal más los intereses legales devengados desde la fecha de suscripción de la orden de compra, pero deduciendo de dichos importes las cantidades percibidas por la actora como intereses, con entrega de las acciones por la parte actora.

De forma subsidiaria, para el caso de no estimarse la nulidad se ejercita la acción resolutoria del artículo 1124 CC por incumplimiento del deber de información de la entidad financiera, solicitando se declaren resueltos los contratos de suscripción de obligaciones con indemnización de daños y perjuicios al amparo del artículo 1101 CC por la pérdida de valor de las inversiones realizadas derivada del dolo o negligencia en que ha incurrido la entidad bancaria por incumplimiento grave de las obligaciones de información legalmente

establecidas.

Las pretensiones de la actora se fundamentan en la normativa de protección del cliente de las entidades financieras que suscriben productos financieros, alegando en esencia, que la demandada impuso la suscripción de las obligaciones subordinadas como condición para la novación de un préstamo hipotecario, incumpliendo la exigencia legal de transparencia diligencia y deber de información sobre las características y riesgo del producto pese a su perfil minorista y conservador, dado la falta de conocimientos financieros, incumplimiento que provocó error que el cliente prestase el consentimiento de forma errónea al desconocer la esencia del producto financiero que contrataba.

Por la parte demandada se alega que la entidad financiera suministró toda la información necesaria para que el cliente pudiera prestar su consentimiento válidamente, informándole de manera diligente sobre las características de los productos, ventajas y riesgos, con estricto cumplimiento de la normativa vigente, alegando que la entidad no asumió labores de asesoramiento, actuando como mera intermediaria en la recepción, transmisión y ejecución de la orden de suscripción de Obligaciones Subordinadas, por lo que en consecuencia, no cabe hablar de inexistencia de error como vicio del consentimiento por cuanto la actora era plenamente consciente de los productos que contrataba. Asimismo se alega la doctrina de los actos propios y consentimiento tácito, manifestando que la parte actora recibió los extractos correspondientes a su inversión desde que adquirió el producto, así como los extractos de cuenta corriente donde se abonaban los cupones de su inversión y la información fiscal en la que se hace constar los productos contratados y la rentabilidad obtenida por los mismos, sin haber manifestado nunca queja o reclamación sobre el producto contratado ni su disconformidad con el mismo.

SEGUNDO. Antes de proceder al análisis de la acción ejercitada por la actoraprocede precisar el tipo de producto bancario objeto del presente litigio, y normativa aplicable a fin de poder valorar si se produjo el incumplimiento del deber de información por la entidad financiera, y el error en el consentimiento del cliente al suscribir los productos financieros.

Los productos financieros se clasifican en complejos y no complejos. La complejidad de un instrumento financiero vendrá determinada por dos elementos: por un lado, el mayor o menor riesgo de liquidación del instrumento (posibilidad de una liquidación rápida y del registro de pérdidas que excedan del principal de la inversión con dicha liquidación); por otro lado, la mayor o menor dificultad de comprensión del comportamiento financiero del instrumento (básicamente, la rentabilidad, valoración y liquidación de la inversión).

El producto financiero objeto del presente procedimiento son las denominadas obligaciones subordinadas que son productos de renta fija a largo plazo, que pueden clasificarse como un instrumento financiero complejo de riesgo alto. Es un producto híbrido entre la deuda y las acciones. La deuda subordinada es pasivo para el banco y su denominación apela a su carácter subordinado en el orden de cobro en caso de una hipotética quiebra y, aunque tiene un vencimiento determinado, esto es, posee una fecha de emisión y de cierre determinada, si se quiere amortizarlas antes de vencimiento habrá que ponerlas a la venta como si de una acción se tratara, en este caso en un mercado secundario, por lo que existe la posibilidad de perder parte o la totalidad del capital. No obstante, el principal problema radica en que, a diferencia de otros productos bancarios, existe un riesgo vinculado directamente a la solvencia de la entidad emisora, pudiendo perder no solo los intereses pactados sino también el capital invertido. 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 productos complejos (exige ciertos conocimientos técnicos para su comprensión) y de alto riesgo como se ha expuesto, afecto a la normativa del mercado de valores, obliga a la entidad de servicio de inversión que las promociona, oferta o comercializa a prestar una detallada información.

Respecto al contenido y exhaustividad de dicho deber de información es esencial la fecha de contratación del producto, pues a ella habrá de estarse para determinar la normativa aplicable.

En el caso de autos, la suscripción del producto financiero complejo se produjo en el año 2009, esto es, con posterioridad a la transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instrumentos financieros, (denominada MIFID) por la Ley 47/2007 por la que se modifica la Ley 24/1988 del Mercado de Valores, desarrollada por el RD 217/2008.

La Ley 47/2007 (que entró en vigor el 21 de Diciembre de 2007) introdujo una serie de modificaciones en la Ley 24/1988 del Mercado de Valores, destacando la operada en los artículos 78 y siguientes, que regulan las "Normas de conducta aplicables a quienes presten servicios de inversión", precisándose los deberes de información con detalle en el artículo 64 RD 217/2008.

De acuerdo con esta normativa, la STS 20 de Enero de 2014, concreta los deberes de las entidades comercializadoras de productos financieros, estableciendo *"ordinariamente existe una desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional. La complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa, en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros. Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, esta necesidad de protección se acentúa porque las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto." "debemos partir de la consideración de que estos deberes responden a un principio general: todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate. Este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el artículo 7 CC y en el derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural,"*

Es obvio, que se parte de la evidente desproporción existente entre las entidades bancarias y los clientes que no sean inversores profesionales, y como consecuencia de dicha desproporción, el cliente es merecedor de la máxima protección, pues la entidad

financiera no es un aséptico transmisor de información, sino que asume una posición de consejera, en la medida que ayuda en la interpretación de dicha información y en la toma de decisiones en la contratación. No podemos perder de vista que, en la mayoría de las ocasiones, la contratación se ha basado en la confianza que el cliente "de toda la vida" mantenía con su banco y con los empleados del mismo: en definitiva, en la medida en que los clientes creían y confiaban en lo que se les ofrecía por personas de su confianza, la exigencia ha de ser mucho mayor, exigencia que, como indica la mencionada sentencia, tiene su última razón de ser en la buena fe contractual.

Además, como complemento de las obligaciones de información y con el fin de precisar el tipo de ella que ha de proporcionarse en función del producto del que se trate, la reforma e la Ley del Mercado de Valores operada por la Ley 47/2007 introdujo la obligatoriedad de la práctica de los test de conveniencia y de idoneidad, según el tipo de relación existente entre la entidad y el cliente.

La mencionada STS de 20 de Enero de 2014 señala la diferencia entre ambos:

- El test de conveniencia se realizará cuando se prestan servicios que no conllevan asesoramiento, es decir, cuando el prestatario del servicio es un simple ejecutor de la voluntad del cliente. Según la sentencia citada "este test valora los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente, con la finalidad de que la entidad pueda hacerse una idea de sus competencias en materia financiera. Esta evaluación debe determinar si el cliente es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión ofertado o demandado, para ser capaz de tomar decisiones de inversión con conocimiento de la causa. Como aclara el artículo 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 incluirá los siguientes datos, en la medida en que resulten apropiados a la naturaleza del cliente, a la naturaleza y alcance del servicio a prestar y al tipo de producto o transacción previstos, incluyendo la complejidad y los riesgos inherentes:

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

- El test de idoneidad habrá de realizarse 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 sentencia señala que "La entidad financiera que preste estos servicios debe realizar un examen completo del cliente, mediante el denominado test de idoneidad, que suma el test de conveniencia (conocimientos y experiencia) a un informe sobre la situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y los objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del cliente, para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan.

Para ello, especifica el art. 72 RD 217/2008, de 15 de febrero, las entidades financieras "deberán obtener de sus clientes (...) la información necesaria para que puedan comprender los datos esenciales de sus clientes y para que puedan disponer de una base razonable para pensar, teniendo en cuenta debidamente la naturaleza y el alcance del servicio prestado, que la transacción específica que debe recomendarse (...) cumple las siguientes condiciones:

a) Responde a los objetivos de inversión del cliente. En este sentido, se incluirá, cuando proceda, información sobre el horizonte temporal deseado para la inversión, sus preferencias en relación a la asunción de riesgos, su perfil de riesgos y las finalidades de la inversión.

b) Es de tal naturaleza que el cliente puede, desde el punto de vista financiero, asumir cualquier riesgo de inversión que sea coherente con sus objetivos de inversión (...).

c) *Es de tal naturaleza que el cliente cuenta con la experiencia y los conocimientos necesarios para comprender los riesgos que implica la transacción (...).*

De conformidad con la normativa y jurisprudencia expuesta el deber de información debe reunir los siguientes requisitos:

- La información ha de versar sobre los concretos riesgos posibles, no basta con que el cliente tenga la conciencia de que, al estar contratando un producto de inversión ello conlleva, per se, un riesgo, sino que los riesgos concretos tienen que ser puestos de manifiesto con detalle por la entidad financiera. En este sentido, STS 10 de Septiembre de 2014.

- Se ha de aportar con la suficiente antelación. La mencionada sentencia dispone la obligación de suministrar al cliente no profesional la información con la suficiente antelación para que su consentimiento pueda formarse adecuadamente, rechazando, de este modo, las alegaciones de algunas entidades financieras relativas a que, en el momento de la firma del producto, los clientes pudieron conocer los riesgos derivados del mismo, considerándose por la Sala, por tanto, infringido el deber de información cuando no se ha proporcionado la misma en la oferta al cliente sino en el momento de la contratación.

En conclusión, “la información clara, correcta, precisa y suficiente sobre el producto o servicio de inversión y sus riesgos ha de ser suministrada por la empresa de servicios de inversión al potencial cliente no profesional cuando promueve u oferta el servicio o producto, con suficiente antelación respecto del momento en que se produce la emisión del consentimiento para que este pueda formarse adecuadamente. No se cumple este requisito cuando tal información se ha omitido en la oferta o asesoramiento al cliente en relación a tal servicio o producto, y sólo se facilita en el momento mismo de firma del documento contractual, inserta dentro de una reglamentación contractual que por lo general es extensa”.

- No se consideran válidas las declaraciones genéricas. En este sentido, la STS 12 de Enero de 2015 declara como no válidas las menciones genéricas acerca de

haber recibido información y aceptar el riesgo de la inversión, entendiéndose que se trata de fórmulas predispuestas y estereotipadas que, de considerarse válidas, harían inútiles las previsiones normativas que exigen un alto estándar de diligencia en la obligación de información. Expresamente dispone *“tampoco son relevantes las menciones predispuestas contenidas en el contrato firmado por la Sra.... en el sentido de que “he sido informado de las características de la Unidad de Cuenta” y “declaro tener los conocimientos necesarios para comprender las características del producto, entiendo que el contrato de seguro no otorga ninguna garantía sobre el valor y la rentabilidad del activo, y acepto expresamente el riesgo de la inversión realizada en el mismo” ...”*

TERCERO. Una vez expuesto lo anterior procede entrar a examinar las distintas acciones ejercitadas por la parte actora.

La parte actora ejercita como acción principal la acción de nulidad relativa/anulabilidad contractual por vicio del consentimiento por error. Así, de acuerdo con el contenido de la demanda la parte actora expresó su voluntad viciado en su consentimiento al creer que concertaba una especie de plazo fijo como garantía de la novación del préstamo hipotecario suscrito, imponiendo la entidad bancaria la suscripción de las obligaciones subordinadas como una condición para obtener el préstamo.

Efectuadas tales consideraciones, deberá examinarse si se cumplen los requisitos jurisprudenciales para que el error sea susceptible de anular los contratos suscritos.

En cuanto al error como vicio del consentimiento, las STS de 20 de Enero de 2014 y 10 de Septiembre del 2014 parten de una premisa general: *“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”*.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 1261 y 1266 CC, para que el error sea determinante de la invalidación del contrato deben concurrir dos requisitos, que el error sea esencial y que sea, además, excusable.

En primer lugar, respecto de la esencialidad del error, es necesario que el mismo recaiga sobre aquellas circunstancias que hubiesen sido determinantes para la celebración del contrato. En el ámbito bancario, lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no, por sí sólo, el incumplimiento del deber de información.

En segundo lugar, el error invalidante del contrato ha de ser, además de esencial, excusable, esto es, no imputable a quien lo sufre. Mientras que en la doctrina general el error puede ser superado mediante el empleo de una diligencia media; en el ámbito de la contratación bancaria, es absolutamente necesario examinar las circunstancias de las personas que contratan, declarándose por el TS que es exigible una mayor diligencia al experto inversor que a aquel que carece o atesora muy poca experiencia en la contratación de instrumentos complejos. Así en el caso del cliente minorista, la entidad financiera está obligada a suministrar la información sobre el producto financiero complejo y los concretos riesgos asociados al mismo de forma comprensible y adecuada.

En tercer lugar, nuestra jurisprudencia también sostiene que debe existir un nexo de causalidad entre el error sufrido y la finalidad perseguida por el contratante, tal y como establece la STS 6-2-1998. En el ámbito bancario, la omisión de la información sobre el producto financiero complejo y sus riesgos hubiera podido evitar el equívoco que generó que el cliente asumiera inconscientemente un riesgo que hubiera evitado. El perjuicio derivado de ese riesgo, la pérdida parcial de la inversión, es una consecuencia natural del incumplimiento contractual de la entidad financiera.

Y por último, es también preciso que el error se haya producido o se proyecte en el momento en que se forma y emite la voluntad, es decir, en el momento de celebración del contrato y no en épocas posteriores. En este sentido, STS 12-11-2004 señala que *“no puede fundarse el error vicio del consentimiento contractual en el desconocimiento de un hecho acaecido con posterioridad a la prestación del consentimiento”*.

CUARTO. Una vez dicho lo anterior, y teniendo en cuenta la normativa aplicable, las características del producto financiero, los deberes de información de la entidad demandada, el perfil del actor, así como la doctrina sobre el error como vicio del

consentimiento, hemos de establecer si, trasladados al supuesto de las presentes actuaciones, procede, o no, estimar la anulabilidad del contratos objeto del presente procedimiento. Para ello deberá valorarse en su conjunto la prueba practicada, debiéndose tener en consideración que, la carga de la prueba de la información debe pesar sobre el profesional financiero, respecto del cuál la diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica de un ordenado empresario y representante leal en defensa de sus clientes (STS de 14 de Noviembre de 2005), mientras que la carga de la prueba del error de consentimiento recae sobre la parte que lo alega.

En relación con la adquisición del producto financiero, la parte actora aporta documento de suscripción u orden de compra de las obligaciones subordinadas de fecha 10 de Septiembre de 2009, (documento 5 de la demanda), junto con la nota simple de la sociedad (doc 1 demanda), informe pericial (doc 2 demanda), novación del préstamo hipotecario de fecha 9 de Septiembre de 2009 (doc 3 demanda) y escritura de hipoteca de máximo en garantía de crédito en cuenta corriente (doc 4 demanda)

D. administrador solidario de la mercantil demandante, manifestó en el acto de la vista, que fue él quien se encargó de negociar la novación del préstamo hipotecario, y que si bien firmó la orden de compra, no sabía lo que estaba firmando, que se le explicó que era una condición de la hipoteca, una garantía, como un plazo fijo, y que el importe de las obligaciones subordinadas suscrito era con cargo al préstamo hipotecario. Asimismo indicó que pensó que era un plazo fijo hasta marzo de 2012 en que recibió la carta de la entidad comunicando el canje.

Por la entidad demandada, se aporta como documental copia no firmada del resumen del folleto informativo (doc 4 contestación).

Ahora bien, de la mencionada documentación no resulta la información suministrada al actor, por cuanto no se ha presentado ninguna documentación firmada por el cliente en el que constara una información clara y precisa de elementos básicos del instrumento financiero y sus consecuencias económicas especialmente en caso venta de las obligaciones subordinadas, ya que no consta ninguna información en la orden de compra presentada, no constando tampoco firma en el folleto informativo presentado, que es únicamente un folleto que estaba disponible tanto en las Oficinas de Bancaja, como en la

página web de la CNMV, y que si bien en la misma se describen de forma los aspectos relevantes y las características del producto así como los riesgos inherentes a su contratación, dicha circunstancia tampoco implica que tales características se entregaran y explicaran con claridad al cliente, al no haberse practicado tampoco en el caso de autos prueba testifical en este sentido.

No se aporta ni test de conveniencia ni test de idoneidad.

El testigo D. _____, empleado de la entidad financiera que negoció la novación del préstamo hipotecario con el Sr. _____, afirmó con rotundidad que la suscripción de las obligaciones subordinadas era una condición para poder aprobar la novación del préstamo hipotecario. Asimismo manifestó que negoció el préstamo pero que “no explicó las participaciones preferentes (refiriéndose a las obligaciones subordinadas objeto del presente litigio)”, indicando que se supone que “se lo explicaría un compañero”.

Las declaraciones vertidas por el testigo gozan de plena credibilidad, no sólo por la claridad y rotundidad de sus respuestas, sino también porque no consta razón alguna para pensar que el mismo pudiera tener algún motivo para perjudicar al demandante o beneficiar a la entidad financiera, aún cuando continúa siendo empleado de la misma.

A la vista de dichas circunstancias debe concluirse que, primero, no existen dudas de que nos encontramos ante un supuesto de contrato de adhesión por cuanto el cliente no ha intervenido en forma alguna en su redacción, pues han sido elaborados, de forma unilateral, por la entidad bancaria, segundo que la suscripción de las obligaciones subordinadas se impuso por la entidad bancaria como una condición para la novación del préstamo hipotecario y tercero, la información que se aportó al actor, tanto en la fase precontractual como en la fase contractual, en relación a la suscripción de las obligaciones subordinadas es claramente insuficiente, no consta que se informara al cliente de forma proporcionada y correcta cuales son las características del producto, ni las consecuencias respecto al capital invertido, ni que se entregara ningún otro elemento que permita conocer el producto suscrito, en especial el riesgo que afectaba a dicha operación.

Y esa falta de información resulta tanto de la documental aportada como de la declaración testifical practicada, por cuanto el Sr. _____ indicó expresamente, que el no explicó las participaciones preferentes en este caso (obligaciones subordinadas), que

supone que lo hizo un compañero. Entendiendo que aún cuando como regla general manifieste que si se informaba de las obligaciones subordinadas, no se ha acreditado que en este caso lo hiciera, quedando acreditado que el testigo tenía un conocimiento insuficiente del producto, por cuanto según manifestó lo hacía “hasta donde tenía conocimiento”, no precisando ni cual era ese conocimiento, precisando al inicio de su declaración que “antes creía que conocía el producto pero tras los acontecimientos se dio cuenta que no conocía exactamente los riesgos”

El hecho de que la suscripción de las obligaciones subordinadas fuera una condición de la aprobación del préstamo hipotecario por la entidad financiera no exime a ésta de explicar de forma clara y precisa las características, y esencialmente los riesgos de las obligaciones subordinadas, ya que si bien es cierto que, quien tiene la última palabra sobre la inversión es el cliente, no lo es menos que la decisión del inversor sólo puede correr con los riesgos de la operación si el gestor le informa de todos los extremos por él conocidos, que puedan tener relevancia para el buen fin de la operación, en otras palabras, sólo puede hacerse responsable al cliente del desafortunado resultado de la inversión si el gestor en su comisión, ha desempeñado sus obligaciones diligentemente, siendo evidente que en el presente caso no fue así.

A mayor abundamiento hay que señalar que, no consta en el presente caso la realización de práctica 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, entendiéndose por el contrario que no sería un producto idóneo para un cliente que pide una novación de un préstamo hipotecario por falta de liquidez, obligándole a solicitar dentro del préstamo el importe de las obligaciones subordinadas.

Alega asimismo la demandada que la entidad financiera no asumió labores de asesoramiento sino que únicamente actuó como mera intermediaria en la recepción, transmisión y ejecución de la orden de suscripción de las obligaciones subordinadas.

En este sentido, hay que señalar que, si debe considerarse que si se llevó a cabo un servicio de asesoramiento financiero por dos motivos:

En primer lugar, por cuanto no puede atribuirse al actor la condición de "profesional" referenciada en la normativa reguladora del mercado de valores anteriormente expuesta sino la condición de "minorista". Y si bien dicha calificación no lo convierte en una persona no apta para operar en el ámbito económico y financiero, dicha circunstancia obliga a que las entidades bancarias, que son las que diseñan los productos y los ofrecen a su clientela, antes de formalizar la contratación de estos productos, se cercioren de que sus clientes son conscientes de sus características, y en especial de los riesgos de perder el capital invertido, debiendo realizar un esfuerzo mayor cuanto menor sea el nivel de formación financiera de su cliente, a fin de que este comprenda, con ejemplos sencillos el alcance de su decisión, y estime si ésta es adecuada, o si le va a poner en una situación de riesgo no deseada.

Y en segundo lugar, porque el producto financiero fue ofrecido por la entidad financiera, por medio del empleado, como condición de la novación del préstamo hipotecario, como indicó el Sr.

La SAP Valencia Sección 9 de 30-10-2008, alude a que la *"especial complejidad del sector financiero -terminología, casuismo, constante innovación de las fórmulas jurídicas, transferencia de riesgos a los clientes adquirentes...- dotan al mismo de peculiaridades propias y distintas respecto de otros sectores, que conllevan la necesidad de dotar al consumidor de la adecuada protección tanto en la fase precontractual -mediante mecanismos de garantía de transparencia de mercado y de adecuada información al consumidor (pues sólo un consumidor bien informado puede elegir el producto que mejor conviene a sus necesidades y efectuar una correcta contratación)- como en la fase contractual -mediante la normativa sobre cláusulas abusivas y condiciones generales, a fin de que la relación guarde un adecuado equilibrio de prestaciones."*

El hecho de que se llevara a cabo un servicio de asesoramiento, obligaba a la entidad a practicar no solo un test de conveniencia, sino de idoneidad sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente, para poder recomendarle ese producto. Así pues 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 ese producto, sino que además debía haber evaluado en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido que era lo que más

le convenía. La omisión de dicho test lleva a presumir en el cliente la falta de conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento.

En este punto, debe entrarse a valorar las circunstancias de la parte actora atendiendo a su edad, nivel de estudios, profesión ejercida y experiencia financiera a fin de obtener el perfil inversor del mismo, en el momento de suscribir el producto financiero complejo, y determinar si el cliente alcanzó o no a comprender el producto, su funcionamiento, y la verdadera entidad del riesgo que estaba asumiendo al depositar sus ahorros en dichos productos de inversión.

En este sentido, debe ponerse de manifiesto que la mercantil demandante tiene como objeto social la compra, venta, alquiler y promoción de inmuebles e industrias (doc 1 demanda), no tratándose de una empresa de inversión financiera, no resultando acreditado tampoco que el Sr. (administrador solidario que negoció la novación del préstamo hipotecario y suscribió las obligaciones subordinadas) tenga estudios o haya desempeñado ocupaciones que impliquen conocimientos o experiencia financiera.

En consecuencia, respecto a las circunstancias del administrador de la mercantil demandante en la prestación del consentimiento contractual en el producto financiero objeto del presente procedimiento debe concluirse que, el error producido es esencial ya que recae en la naturaleza y objeto de lo contratado, por cuanto el actor no era consciente de lo que realmente estaba contratando, pues no tenía conocimiento de las características del producto, 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 perpetuidad, rentabilidad variable y negociación en mercado secundario. 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.

Respecto de la alegación efectuada por la entidad financiera de que el hecho de que una vez adquirido el producto el cliente no haya mostrado queja o reclamación alguna del mismo cuando la inversión satisfacía sus previsiones, e incluso le proporcionaba beneficios, supone una confirmación del contrato viciado de anulabilidad, en los términos

del artículo 1311 CC, no puede admitirse; ya que tales hechos no permiten suponer que conociera las características del producto. Al contrario, cabe preguntarse, cual es el motivo para que el cliente reclamara a la entidad, en ese momento; dado que el cliente en base a la confianza deposita en su entidad bancaria habitual, realizando aquellos una labor de asesoramiento, adquiere un producto, 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, recibiendo los cupones de forma periódica a los que la entidad se ha comprometido; habiéndose omitido desde el inicio 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 conocía o ha conocido con posterioridad el producto y si es una operación conveniente para su situación financiera.

El error no se "subsana" por el hecho de que nada se reclamase previamente o se mantuviese la vigencia del contrato mientras este cumplía las expectativas prometidas, y ello es así, porque es precisamente la aparición de las pérdidas o el conocimiento de la insolvencia del emisor los que hacen caer en la cuenta del error padecido.

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 para la compra de las obligaciones subordinadas fue prestado por error, y ello básicamente por tres motivos: 1) las circunstancias personales del administrador que les alejan del perfil del inversor que adquiere esta clase de productos complejos; 2) las características de la operación financiera realizada incompatible con la intención o voluntad del actor; 3) la falta de prueba sobre el cumplimiento de los deberes de la entidad financiera en orden a la adecuada y completa información a su cliente consumidor de los riesgos del producto que suscribía, en particular con respecto a las previsibles dificultades de su posterior transmisión y consiguiente recuperación de la suma invertida.

SEXTO. En cuanto al canje de las obligaciones subordinadas hay que poner de manifiesto que en el presente caso, se produjo el cambio de activos financieros por una obligación legal, por cuanto, la Resolución de la Comisión Rectora del Fondo de

Reestructuración Bancaria (FROB) publicada en el BOE de fecha 18 de Abril de 2013, determinó la compraventa obligatoria en efectivo por parte del Banco Financiero y de Ahorros S.A. de la totalidad de las participaciones preferentes e instrumentos financieros de deuda subordinada, destinándose dicho importe, necesariamente, a la suscripción de acciones de BANKIA de nueva emisión.

La declaración de nulidad de los contratos de adquisición de las obligaciones subordinadas debe extenderse también al negocio jurídico de canje por acciones, de acuerdo con la doctrina de la propagación de los efectos de la nulidad a los contratos conexos.

Nuestra Jurisprudencia, desde la STS de 10 de noviembre de 1964, admite que es posible la propagación de la ineficacia contractual a otros actos que guarden relación con el negocio declarado inválido «no sólo cuando exista un precepto específico que imponga la nulidad del acto posterior, sino también cuando presidiendo a ambos una unidad intencional, sea el anterior la causa eficiente del posterior, que así se ofrece como la consecuencia o culminación del proceso seguido».

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

El Tribunal Supremo ha admitido la propagación de los efectos de la nulidad de un contrato de inversión sobre el contrato realizado posteriormente para enjugar las pérdidas iniciales en casos muy similares. Se trata de las SSTS de 17 de junio de 2010 y STS de 22 de diciembre de 2009. En ambos casos, la nulidad de una cláusula de un contrato de «inversión a plazo atípica» que vinculaba su retribución a la evolución en el mercado subsidiario de un subyacente, se propaga a los contratos de inversión posteriores que la

misma entidad ofreció para recuperar el dinero porque «sin el primer contrato y las pérdidas que originó, quedaría privada de sentido la operación económico financiera en su totalidad, integrada también por los contratos posteriores».

A la misma conclusión de la propagación de los efectos de la nulidad al negocio jurídico de canje, se llega a partir de lo dispuesto en el art. 1208 CC, para el supuesto de novación extintiva de los contratos. Dicha norma expresa el principio de la «interdependencia novatoria», en virtud del cual la obligación que se extingue -las derivadas del contrato de adquisición de participaciones preferentes y obligaciones subordinadas- y la que nace por efecto de la novación extintiva -la entrega de acciones de la entidad emisora- están ligadas por una relación de causa y efecto.

Por tanto, con independencia de que dicho canje venga impuesto o no por una disposición normativa, el mismo debe ser declarado nulo, por cuanto deviene de un acto previo, cuya nulidad ha sido acordada.

SÉPTIMO. El contrato de depósito o administración de valores, es el contrato exigido por la normativa a cualquier inversor para llevar a cabo la contratación y posterior depósito (físico o mediante anotaciones en cuenta) de los valores contratados. De acuerdo con tales exigencias, el contrato de depósito o administración de valores debe asociarse a una cuenta distinta a la cuenta corriente con la que opere el cliente en dicha entidad.

El objeto del mismo, es pues, la custodia y conservación de dichos valores titularidad del cliente, informándole sobre cuestiones relevantes que afecten a los mismos y sin que implique ningún tipo de servicio más allá de aquellos relacionados con tales actividades.

En cuanto a la solicitud de declaración de nulidad del contrato tipo de depósitos y administración de valores, no procede la misma por cuanto dicho contrato no produce eficacia alguna entre las partes en relación al producto de autos, limitándose a establecer el marco regulatorio de las relaciones entre las partes caso de titularidad de valores por parte de los actores, sin que, por otro lado, se hayan señalado circunstancias concretas que vengán a determinar la nulidad del mismo en orden al consentimiento prestado.

OCTAVO. En cuanto a los efectos jurídicos derivados de dicha declaración de

nulidad, deberán las partes restituirse recíprocamente las prestaciones que fueron objeto de contrato, de conformidad con el artículo 1303 CC, que impone que deben restituirse recíprocamente las cosas del contrato con sus frutos y el precio con sus intereses.

Ahora bien, como consecuencia del mencionado canje por acciones se hace imposible que los actores restituyan a la entidad demandada el producto financiero inicialmente adquirido, siendo de aplicación en este caso el artículo 1307 CC, que 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", ya que tal y como ha establecido la jurisprudencia sobre la materia, el término "haber perdido" incluido en el texto legal, debe de ser entendido en sentido amplio: pérdida culpable, o por caso fortuito, o por haberse transmitido a tercero adquirente de buena fe, como sería el caso de autos.

En este sentido cabe citar la SAP Va Sección 9ª de 17 de septiembre del 2013 que al respecto ha resuelto que: *"En relación con los efectos de la nulidad de los contratos suscritos, que se declara, han de concretarse, como solicita el demandante, en la mutua restitución de lo percibido por ambas partes, con sus intereses legales, desde las fechas de las liquidaciones correspondientes", y que "dichas cantidades devengarán, desde las fechas de las correspondientes liquidaciones parciales, el interés legal correspondiente".*

Es por ello obligación de la parte demandada la devolución de la suma reclamada de 75.000 euros más los intereses legales devengados desde la fecha de suscripción de la orden de compra pero del mismo modo deberá el actor reintegrar las acciones derivadas del canje a la parte demandada así como la totalidad de los rendimientos percibidos por los citados productos financieros, por la cantidad que se determine en ejecución de sentencia debiendo la ejecutada presentar la correspondiente certificación, con los correspondientes intereses.

Respecto de la alegación de la entidad demandada de que el interés legal desde la suscripción del producto financiero supone un enriquecimiento injusto del actor, por cuanto la parte actora fundamenta su reclamación en un supuesto error en el tipo de producto contratado, por lo que aceptando que tenía interés en contratar un producto de inversión a largo plazo pero supuestamente sin riesgos, si se otorgara el interés legal

solicitado, dicho interés sería superior al interés de las operaciones de depósito en cuenta fija, esta juzgadora no comparte dicho criterio.

En este sentido, hay que señalar que, en modo alguno puede considerarse un enriquecimiento injusto del actor, al ser un efecto derivado del precepto señalado, así la STS de fecha 4 -7 -2011, recoge la Sentencia de fecha 4 -11-1994, que señala: *“En ningún caso la pretensión del recurrente supondría un enriquecimiento injusto para él pues ..., no se enriquece torticeramente el que adquiere en virtud de contrato legal, que no ha sido invalidado o en virtud de un legítimo derecho que ejercita sin abuso...”*.

Tratándose en el presente supuesto del uso ordinario de un derecho que ejercita la actora, el momento del inicio de dichos intereses derivado de la nulidad, se computan de forma retroactiva, tal y como señalan las SSTS de fechas 23 de noviembre de 2011 y 22 de diciembre de 2009, en las que se distingue entre intereses derivados de la declaración de nulidad, intereses legales y en su caso intereses moratorios.

NOVENO.-De conformidad con el artículo 394.1 LEC, que recoge el criterio objetivo del vencimiento, procede imponer al demandado las costas de este procedimiento, al haber visto rechazadas todas sus pretensiones.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Estimar la demanda formulada a instancia de _____, contra la mercantil BANKIA S.A. (como sucesora de Bancaja), y en consecuencia:

- Declaro la nulidad del contrato u orden de compra de obligaciones subordinadas 8ª emisión de fecha 10 de Septiembre de 2009, así como del canje por acciones de BANKIA S.A.

- No ha lugar a declarar la nulidad del contrato de depósito y administración de valores.

- Acuerdo la restitución recíproca de prestaciones entre las partes que fueron objeto del contrato, y en consecuencia, condeno a la demandada BANKIA S.A. a la devolución de la suma reclamada de 75.000 euros en concepto del principal más los intereses legales devengados desde las fechas de suscripción de las ordenes de compra, debiendo la parte actora reintegrar las acciones derivadas del canje, así como la totalidad de los rendimientos percibidos, en la cantidad que se determine en ejecución de sentencia debiendo la ejecutada presentar certificación de dichos intereses si no se cumple voluntariamente la sentencia, con los correspondientes intereses.

Todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma podrá interponerse recurso de apelación ante este Juzgado, en el plazo de veinte días a contar desde la notificación de esta resolución, mediante escrito en el que deberá exponerse las alegaciones en que se basa la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna, para que sea resuelto por la Audiencia Provincial.

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

PUBLICACIÓN. Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Sra. Magistrada-Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, doy fe.

