

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 1
VALENCIA**

Avenida DEL SALER (CIUDAD DE LA JUSTICIA), 14º - 2º
TELÉFONO: 96-192-90-10

N.I.G.: 46250-42-2-2013-0058999

Procedimiento: Asunto Civil 001715/2013

SENTENCIA Nº 155/14

En Valencia, a 20 de mayo de 2014.

Vistos por D. Francisco Sanchis Osuna, Magistrado-Juez en funciones de apoyo del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Valencia, los autos de Juicio Ordinario nº 1715/2013, promovidos a instancia de D^a. ***, representados por la Procuradora D^a. Laura De Los Santos Martínez, asistido por el Letrado D. Jaime Navarro García, contra la mercantil “Bankia, SA” (como sucesora de Bancaja), representados por la Procuradora D^a. Elena Gil Bayo y asistidas por el Letrado D. Enrique Calatayud Bonilla.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por turno de reparto correspondió a este Juzgado demanda de juicio ordinario interpuesta por la Procuradora D^a. Laura De Los Santos Martínez, en nombre y representación de D^a. *** contra la mercantil “Bankia, SAU”, basándose en los hechos que constan en la misma y que se dan por reproducidos y después de alegar los fundamentos que estimó de aplicación, terminó solicitando que previos los trámites legales, se dictase sentencia en el sentido establecido en el suplico de su demanda.

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

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

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte actora presentó demanda contra Bankia SA para que se declare nulo de pleno derecho los contratos de suscripción obligaciones subordinadas en relación a la suscripción de 95 títulos, por importe total de 95.000.- euros, en fechas de 2 de febrero de 2009, 7 de octubre de 2009, 29 de octubre de 2009, 11 de noviembre de 2010 y 30 de mayo de 2011 y del posterior canje de las

mismas por acciones de fecha 12 de marzo de 2012, por nulidad por incumplimiento de normas imperativas por parte de la demandada, alternativamente por vicio en el consentimiento determinante de error esencial y no imputable al demandante, y subsidiariamente se declare la responsabilidad contractual, extracontractual u obligacional de la demandada, condenando a aquella a la restitución del capital invertido inicial de 95.000.- euros, y los intereses legales desde la fecha de cargo minoradas por las rentas recibidas. Dicha acción principal se fundamenta en la normativa de protección del inversión de la Ley de Mercado de Valores y en los artículos 1261, 1265 y 1266, así como 6.3 del código civil alegando que la demandada incumplió la exigencia legal de transparencia diligencia y deber de información sobre las características y riesgo del producto pese a su perfil minorista y conservador, dado su nivel de estudios básicos y sin conocimientos financieros.

Por la parte demandada se alega con carácter previo, caducidad de la acción. Y en cuanto al fondo del asunto refiere que la calificación de minorista del demandante no le convierte en persona no apta para la adquisición del producto financiero de autos, que el inversor adquirió en repetidas ocasiones el producto conociendo sus características, por cuanto incluso adquirió participaciones preferentes de la entidad Caja Madrid, que el error padecido era inexcusable, debiendo desplegar una mayor diligencia el adquirente del producto financiero, que la infracción de normas administrativas no conlleva la nulidad del contrato y que no existió dolo por su parte.

SEGUNDO.- En cuanto a la excepción de caducidad en base al artículo 1301 del Código Civil, procede desestimarla, a la vista del contenido de la Sentencia 308/2013 de la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia, de 30 de diciembre de 2013, que reitera los argumentos de la Sentencia de 11 de julio de 2011 de la misma Sala, recogiendo la doctrina jurisprudencial al respecto, de tal forma que en supuestos como el presente en que el contrato tiene vocación de permanencia y esta sometido a largo plazo, practicándose liquidaciones periódicas, no debe confundirse en el momento de perfección del contrato es decir el momento

de adquisición del producto financiero, con el de la consumación, circunstancia que se produce cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes. En el caso de autos no se ha producido la consumación del contrato a la fecha de presentación de la demanda, sin haberse producido el vencimiento en el momento de su canje por acciones de la entidad demandada.

TERCERO.- En cuanto al **tipo de producto objeto de litigio**, en cuanto a las obligaciones subordinadas debe señalarse que los bonos y obligaciones son títulos que representan una parte de una deuda a favor de su tenedor, y son emitidas por una entidad para la financiación de un proyecto. Cuando dichos títulos son emitidos por empresas privadas se denominan "renta fija privada". Su rentabilidad y riesgo previstos tienen que ver con la calificación crediticia del emisor, así como con el plazo de reembolso y los tipos de interés. En España, cuando estos títulos se emiten a menos de cinco años se denominan bonos y cuando se emiten a plazo superior se denominan obligaciones. El plazo de reembolso es la única diferencia entre un bono y una obligación. La emisión litigiosa se adecua a la Ley 13/1985, de 25 de mayo, sobre coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros, en la redacción dada a la misma por la Ley 13/1992 de 1 de junio de Recursos Propios y Supervisión en Bases Consolidadas de las entidades financieras que contempla en su art. 7 que " los recursos propios de las entidades de crédito y de los grupos consolidables de entidades de crédito comprenden (...) las financiaciones subordinadas."

Las obligaciones subordinadas 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** en la suscripción de obligaciones subordinadas del año 2009, 2020 y 2011, cabe citar las manifestaciones del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Valencia, en Sentencia de 21 de enero de 2014, que señala: "Resulta exhaustiva la normativa vigente sobre la materia, constituida fundamentalmente por la Ley 24/1998, de 28 de julio, del Mercado de Valores, cuyo artículo 78 bis 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". Por su parte, el artículo 79 establece como obligaciones esenciales de los servicios de inversión "la de 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". Asimismo, el artículo 79 bis desarrolla de forma concreta la obligación de información que incumbe a las entidades de servicios de inversión, que se materializa en los puntos siguientes: A) la obligación de mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes. B) la información deberá ser imparcial, clara y no engañosa. C) obligación de proporcionar a los clientes, de manera comprensible, una información adecuada sobre la entidad y los servicios

que presta; sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión; sobre los centros de ejecución de órdenes y sobre los gastos y costes asociados de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece, pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa. La información referente a los instrumentos financieros y a las estrategias de inversión deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias. D) 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.

El Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, reguló en los artículos 60, 62 y 64 los parámetros esenciales de la información que deben prestar las entidades y, en concreto y en lo que aquí interesa, en el primero de los mencionados preceptos se establece 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. De igual forma desarrolla en el artículo 72 la obligación de las entidades que presten el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, de obtener de sus clientes la información necesaria para que puedan comprender la naturaleza de la inversión y sus riesgos, lo que se describe como "evaluación de la idoneidad", estableciendo que "cuando la entidad no obtenga la información específica no podrá recomendar servicios de inversión o

instrumentos financieros al cliente o posible cliente, ni gestionar su cartera". El artículo 73 regula la denominada "evaluación de la conveniencia", estableciendo que las entidades que presten servicios de inversión distintos de los previstos en el artículo anterior deberán determinar si el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado".

En este sentido debe recogerse el contenido de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014, que en relación al deber de informar por parte de la entidad, determina la diferencia entre asesoramiento y mera comercialización: *"Como afirma la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), "(l)a cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente" (apartado 53). Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el art. 52Directiva 2006/73 , que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.4Directiva 2004/39/CE .*

El art. 4.4Directiva 2004/39/CE 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. 52Directiva 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.

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" (apartado 55).

A la vista de esta interpretación y de lo acreditado en la instancia, no cabe duda de que en nuestro caso Caixa del Penedés llevó a cabo un servicio de asesoramiento financiero, pues el contrato de swap fue ofrecido por la entidad financiera, por medio del subdirector de la oficina de Palamós, aprovechando la relación de confianza que tenía con el administrador del cliente inversor, como un producto financiero que podía paliar el riesgo de inflación en la adquisición de las materias primas.

Caixa del Penedés debía haber realizado un juicio de idoneidad del producto, que incluía el contenido del juicio de conveniencia, y ha quedado probado en la instancia que no lo llegó a realizar. Para ello, debía haber suministrado al cliente una información comprensible y adecuada sobre este producto, que incluyera una advertencia sobre los concretos riesgos que asumía, y haberse cerciorado de que el cliente era capaz de comprender estos riesgos y de que, a la vista de su situación financiera y de los objetivos de inversión, este producto era el que más que le convenía.”

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

CUARTO.- En el caso concreto, en relación a la prueba del cumplimiento del deber de información suministrada por la entidad, por la parte actora se incorporó diferente documentación relativa a la situación personal formativa y económica la actora (Doc 15 de la demanda), en cuanto a la suscripción de los productos, incorpora la orden de compra de fecha 2 de febrero de 2009, con su anexo (Doc. 1), de 7 de octubre de 2009, (Doc. 2), de 11 de noviembre de 2010 (Doc. 3) y de 30 de mayo de 2011 (Doc. 4), manifestando que carece de cualquier otra documentación sobre las adquisiciones del producto. Asimismo aporta en relación al canje del producto por acciones oferta de recompra y suscripción de 12 de marzo de 2012, su anexo, test de conveniencia y resumen folleto de la oferta (Doc. 7)

Por la entidad demandada se aporta como documental certificado de cupones obtenidos por la actora por las obligaciones subordinadas (Doc. 4 contestación) y relación de cupones obtenidos por la titularidad de participaciones preferentes de Caja Madrid (Doc. 7), aportando la declaración de D^a ***, empleada de la demandada, que afirma que no conocía a la actora, que no recuerda haberla atendido, aunque es posible, que si intervención tuvo lugar en el canje de los títulos por acciones, que es posible que un familiar político de la actora sea empleado de la entidad, pero que no lo sabe, que en la comercialización de estos productos, se daban alternativa de varios productos, que se informaba que era deuda de la entidad, que su liquidez se obtenía en mercado secundario, del tipo de interés y que en cuánto al riesgo del producto, dependía que Bancaja desapareciera lo que no parecía posible en ese momento, que el sistema informático producía todos los documentos necesarios para la venta, que cree que la cliente no tenía confianza en la oficina

A la vista de dichas circunstancias debe concluirse que la información que se aportó a la actora en relación a la suscripción de las obligaciones subordinadas es insuficiente por cuanto consta en relación a varias de ellas la orden de compra y en relación a una de ellas el anexo a la misma, en la que si bien se indica que el cliente recibió información del producto, no se contrasta dicha circunstancia con los

hechos acreditados, por cuanto no se ha aportado en ninguna de las compras acreditación de cualquiera información, folleto o similar que se entregara a la actora, ni se ha aportado declaración testifical de cómo se produjo las ventas.

No constando igualmente que en relación a las operaciones se practicara, dadas las circunstancias concurrentes donde la entidad ofrece el producto a la cliente y por tanto desempeñaba funciones de asesoramiento, el test de idoneidad, practicando únicamente en el momento del canje de los productos por acciones el test de conveniencia, que dio un resultado de no conveniente.

Es decir no se indica en la información suministrada al actor los elementos básicos del instrumento financiero y sus consecuencias económicas. Y en especial la entidad bancaria no comprobó cual era el perfil del inversionista, en relación a las ventas posteriores a MIFID, en la que no consta que se practicó el test de idoneidad preceptivo de conformidad con el artículo 79 bis de la Ley 24/1988 y el 72 del RD 217/08, de tal forma que permitió que el actor adquiriera un producto financiero complejo, infringiendo la normativa de información preceptiva.

Resultando igualmente que la declaración de la testigo no es concluyente, al no haber participado en la comercialización de los productos, desconociendo que información fue suministrada en ese sentido, y habiendo renunciando la parte demandada en el momento del juicio a la testifical del empleado que intervino en aquellas, que había sido propuesto y admitido en la audiencia previa.

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

QUINTO.- En base a lo anterior, debe examinarse las acciones ejercitadas, en relación a la solicitud de nulidad de los contratos por infracción de normas imperativas, conforme al artículo 6.3 del Código Civil, en relación con los preceptos ya mencionados de la Ley 24/1988, del Mercado de Valores y del Real Decreto Legislativo 1/2007, Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

No puede aceptarse este argumento, por cuanto 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 de que el cliente prestara su consentimiento por error, pero no conlleva como sanción la nulidad absoluta del contrato.

En este sentido se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, sec. 1ª, de 30 de abril de 2012:

"No es que el incumplimiento de la disciplina legal de carácter sectorial no pueda fundar en ningún caso la nulidad contractual. Pero la constatación de la vulneración puede ser instrumento útil para la comprobación de la concurrencia o no del error que se denuncia por la parte actora... En definitiva, se trata de que, cuestionándose si concurrió error invalidante del consentimiento y puesto que la normativa sectorial no establece la nulidad contractual como consecuencia de las vulneraciones de la misma, la utilidad de la verificación de su cumplimiento se proyecta en el ámbito de la comprobación de si la demandante dispuso o pudo disponer de información suficiente para neutralizar la existencia del error que alegan".

En relación a la acción alternativa, debemos distinguir entre inexistencia contractual, nulidad absoluta y anulabilidad o nulidad relativa. La inexistencia produce los mismos efectos que la nulidad absoluta pero es un concepto que implica la falta de un elemento esencial del negocio jurídico (declaración de voluntad, objeto, causa y forma en el caso de ser solemne el negocio). La nulidad absoluta implica la contravención de una norma imperativa o prohibitiva; siendo esta apreciable de oficio, y subsanable y con efectos frente a todos.

La anulabilidad concurre cuando un negocio jurídico tiene algún vicio susceptible de invalidarlo, como lo sería un vicio del consentimiento; siendo así que el negocio hasta que sea anulado produce todos sus efectos. Aun cuando la parte demandante habla de nulidad radical en relación a la existencia de vicio del consentimiento por error, dicha valoración no puede ser acogida, no se alega precepto legal con carácter imperativo infringido, sino que se sustenta en un vicio del consentimiento, siendo este una causa de anulabilidad de acuerdo con el artículo 1300 del código civil establece: "los contratos en que concurren los requisitos que expresa el artículo 1261 pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley"; y así los demandantes sostienen un error que ha viciado su consentimiento a la hora de contratar, con carácter principal.

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

Por ello deberá examinarse si se cumplen los requisitos jurisprudenciales para la adopción de la nulidad contractual instada con carácter principal, y por tanto la doctrina aplicable para que el error sea susceptible de anular un contrato. Y al

respecto hay que recordar que, al amparo de lo dispuesto en los arts. 1261 y 1266 CC, es lugar común exigir la concurrencia de los siguientes requisitos.

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

En segundo término, es común exigir a ese error sustancial que también sea excusable o no imputable al contratante que lo ha sufrido. La exigencia de este segundo requisito puede contrastarse en la STS 18-2-1994 [ponente: Luis Martínez-Calcerrada Gómez] (Roj: STS 968/1994), considerada como la decisión que contiene la formulación actual del requisito que ahora examinamos. Allí se dice que, para ser invalidante, “el error padecido en la formación del contrato, además de ser esencial, ha de ser excusable requisito que el Código no menciona expresamente y que se deduce de los llamados principios de autorresponsabilidad y de buena fe, este último consagrado hoy en el art. 7.C.c. Es inexcusable el error (de la STS de 4 de enero de 1982), cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular; de acuerdo con los postulados del principio de buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso, incluso las personales, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante pues la función básica de requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza

infundida por la declaración; y el problema no estriba en la admisión del requisito, que debe considerarse firmemente asentado, cuanto en elaborar los criterios que deben utilizarse para apreciar la excusabilidad del error: en términos generales -se continua- la jurisprudencia utiliza el criterio de la imputabilidad del error a quien lo invoca y el de la diligencia que le era exigible, en la idea de que cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible y que la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas: así es exigible mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto, (por ej., anticuarios en la S.T.S. de 28 de febrero de 1974 o construcciones en la S.T.S. de 18 de abril de 1978). La diligencia exigible es por el contrario, menor, cuando se trata de persona inexperta que entre en negociaciones con un experto (S.T.S. 4 de enero de 1982) y siendo preciso por último para apreciar esa diligencia exigible apreciar si la otra parte coadyuvó con su conducta o no aunque no haya incurrido en dolo o culpa se concluye”.

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

Y, finalmente, también es preciso que el error se haya producido o se proyecte en el momento en que se forma y emite la voluntad; es decir, en el momento de la celebración del contrato y no en épocas posteriores. Son diversas las decisiones que sostienen que los vicios del consentimiento han de ser simultáneos al momento de formación del contrato y que, por tanto, son irrelevantes los acontecimientos posteriores a la prestación del consentimiento que, en su caso, podrán dar lugar a

responsabilidad contractual pero no a la anulación del contrato. En particular, refiriéndose al error, puede consultarse la STS 29-12-1978 [ponente: Pedro González Poveda] (RJ 1978\4482), señalando que “no afectan al error los acontecimientos posteriores a la prestación del consentimiento”; STS 29-3-1994 [ponente: Pedro González Poveda] (Roj: STS 2118/1994), indicando que “es preciso que el error derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar”; STS 21-7-1997 [ponente: Pedro González Poveda] (RJ 1997\4235), afirmando que “el error es un vicio de la voluntad que se da o no en el momento de la perfección del contrato. No cabe alegar error en el contrato, respecto a un hecho que se ha producido en la fase de consumación”; o, en fin, la STS 12-11-2004 [ponente: Pedro González Poveda] (Roj: 7324/2004), reconociendo que “no puede fundarse el error vicio del consentimiento contractual en el desconocimiento de un hecho acaecido con posterioridad a la prestación del consentimiento”.

SEXTO.- Respecto a las circunstancias del actor en la prestación del consentimiento contractual debe concluirse que el error producido es esencial ya que recae en la naturaleza y objeto de lo contratado, por cuanto el actor no tenía conocimiento de las características del producto, suponiendo estar contratando un plazo fijo 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 o regular, que la parte actora no ha trabajado en contextos relacionados con la inversión financiera, atendiendo a su nivel de estudios y profesión ejercida, pensionista, (Doc. 15 de la demanda). En modo alguno puede atribuirse a la actora la condición de “profesional” referenciada en la normativa reguladora del mercado de valores anteriormente expuesta sino la condición de “minorista”, dado el carácter de los productos bancarios de los que ha sido titular. No ha probado la parte demandada que tuviera dichos conocimientos financieros indicados. Tampoco ha

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

A este respecto la parte demandada ha argumentado que la actora tenía productos similares a los de autos en la misma fecha, en concreto participaciones preferentes de Caja Madrid, aportando como acreditación certificado de abonos de dichos productos (Doc. 7), indicando que de esa forma debía conocer los productos de autos, pero atendiendo a la fecha de contratación de dichos productos, muy similar a los de autos, y a la falta de cualquier otro medio de prueba al respecto, ya que hubiera sido fácil para la parte demandada solicitar la declaración testifical de quien hubiera comercializado dicho producto o bien aportar documentación sobre dicha contratación, no cabe concluir de forma necesaria que el hecho de haber efectuado la contratación de dichas participaciones preferentes en Caja Madrid, suponga que conocía el producto aquí contratado y las características del mismo, no solo en el caso de autos sino incluso en el señalado por la parte demandada.

Debe tenerse en cuenta, que diferentes pronunciamientos jurisprudenciales restringen la concurrencia de la circunstancia de error en supuestos en que se han efectuado varias ordenes 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 el segundo y subsiguientes contratos, es la entidad la que ofrece al cliente el producto para que proceda a la compra de los productos, la actora no tiene un pasado financiero especulativo, 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 adquiriera los productos varios años después de la

primera operación, únicamente a recomendación de la entidad bancaria y en base a la confianza depositada en la misma.

Del mismo existe un nexo de causalidad entre el error sufrido y la finalidad perseguida por el contratante con el negocio jurídico celebrado habiéndose producido el error en el momento de la celebración del contrato, por cuanto aquel en ningún momento deseaba la contratación de unos valores sometidos a un mercado secundario, si no la imposición a plazo fijo o producto similar.

En base a lo anteriormente expuesto debe declararse la nulidad de los contratos de suscripción de participaciones preferentes y 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 participaciones preferentes fue prestado por error, y ello básicamente por tres motivos: 1) las circunstancias personales de la demandante, que le aleja 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 previsible dificultades de su posterior transmisión y consiguiente recuperación de la suma invertida..

SEPTIMO.- En cuanto a los efectos jurídicos derivados de dicha declaración de nulidad, deberán las partes restituirse recíprocamente las prestaciones que fueron objeto de contrato, de conformidad con el artículo 1303 CC, que impone que deben restituirse recíprocamente las cosas del contrato con sus frutos y el precio con sus intereses, si bien teniendo en cuenta las ordenes de venta efectuadas por la parte actora de parte de los productos adquiridos. De esta forma se produce la "restitutio in integrum", con retroacción "ex tunc" de la situación, al procurar que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador. En este sentido citar la sentencia de 17 de septiembre del 2013

de la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia que al respecto ha resuelto que:"En relación con los efectos de la nulidad de los contratos suscritos, que se declara, han de concretarse, como solicita el demandante, en la mutua restitución de lo percibido por ambas partes, con sus intereses legales, desde las fechas de las liquidaciones correspondientes", y que "dichas cantidades devengarán, desde las fechas de las correspondientes liquidaciones parciales, el interés legal correspondiente".

La declaración de nulidad de los contratos de adquisición de obligaciones subordinadas debe extenderse también al negocio jurídico de canje por acciones de 12 de marzo de 2012, y mayo de 2013 por falta de causa conforme el artículo 1275 del Código Civil, por ser nulo el contrato de obligaciones subordinadas cuyos efectos arrastran al de adquisición de acción, por cuanto de acuerdo con la doctrina de la propagación de los efectos de la nulidad a los contratos conexos, nuestra Jurisprudencia, 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». 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.

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, según el cual «la novación es nula si lo fuera también la obligación primitiva, salvo que la causa de nulidad sólo pueda ser invocada por el deudor, o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen».

En supuesto semejante al presente donde el canje se efectúa a instancia de la entidad crediticia, tal y como se observa en el documento 11 de la demanda, se

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

Dados tales puntos, este Tribunal entiende que nos encontramos ante una “recomendación personalizada” que la entidad bancaria dirige a una clase concreta y muy específica de sus clientes, conforme al artículo 56 la Directiva 2006/73, interpretada por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 30/5/2013 (asunto C-604/2011) al decir, “se entenderá que una recomendación es personalizada si se dirige a una persona en su calidad de inversor o posible inversor y si se presenta como conveniente para esa persona o se basa en una consideración de sus circunstancias personales”, concurriendo al caso todos esos requisitos. Después, la operación inversora ofertada se ejecuta en una unidad de acto, pues en el mismo momento y documento se efectúa la recompra de las subordinadas y la suscripción de las acciones. Es decir, no es el cliente del banco (la actora o su hijo) quien de motu proprio interesa el cambio de su producto por acciones de Bankia sino que fue la entidad actora la que recomienda a este concreto cliente que convierta de forma simultánea sus obligaciones subordinadas en acciones de Bankia por las mejoras que va a lograr.

Por ello coincidimos con el Juez que no se trata de dos operaciones de inversión autónomas e independientes entre sí, sino que por política comercial de la actora (prescindiendo de sus motivaciones y causas), es un mismo negocio, estando

claramente vinculados las subordinadas a las acciones; si bien el producto tenido se convierte en otro diferente, la causa de ofertar la compra de acciones reside en la tenencia de las subordinadas y si la adquisición de estas es nula, no concurre causa en la adquisición de las acciones, tal como ha fundamentado la sentencia recurrida con la cita jurisprudencial del Tribunal Supremo de 22/12/2009 y 17/6/2010 que damos por reproducida en aras a inútiles repeticiones.

A diferencia de los supuestos citados por el apelante sobre diversas sentencias de esta Sala enjuiciando productos completamente diferentes al examinado ahora (permutas financieras suscritas por sociedades mercantiles), en el presente caso, estamos ante el mismo marco de negocio de inversión y no es que el contrato de adquisición de subordinadas se haya extinguido por su efectivo cumplimiento o vencimiento o que haya sido resuelto a instancia del inversor, sino que el mismo, a causa de la labor de la entidad bancaria, dada la recomendación dirigida al cliente, se transforma en acciones de Bankia, luego la nulidad de la adquisición del producto objeto de cambio, arrastra a la nulidad del nuevo adquirido, excluyendo la aplicación del artículo 1311 del Código Civil pues no se demuestra que tal negocio (acciones) fuese suscrito con pleno conocimiento del significado de las subordinadas.”

Es por ello obligación de la parte demandada la devolución de la suma reclamada de 95.000.- 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 importes abonados como intereses a determinar en ejecución de sentencia debiendo la ejecutada presentar certificación de dichos intereses.

OCTAVO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 de la LEC se imponen las costas a la parte demandada, sin que quepa apreciar dudas de hecho ni de derecho.

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

FALLO

Que estimando la demanda formulada a instancia de D^a. ***, representados por la Procuradora D^a. Laura De Los Santos Martínez, contra la mercantil “Bankia, SA” (como sucesora de Bancaja), representados por la Procuradora D^a. Elena Gil Bayo, debo declarar y declaro la nulidad de los contratos de adquisición obligaciones subordinadas celebrado entre la demandante y demandada 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, inclusive las acciones derivadas del canje, por tanto condeno a la demandada Bankia, SA a la devolución de la suma reclamada de 95.000.- euros en concepto del principal más los intereses legales devengados desde las fechas de suscripción de la orden de compra, pero deduciendo de dichos importes las cantidades percibidas por la actora como intereses abonados a determinar en ejecución de sentencia debiendo la ejecutada presentar certificación de dichos intereses, si no se cumple voluntariamente la sentencia, más el interés legal desde las fechas de las correspondientes liquidaciones parciales; y con imposición de costas a la parte demandada.

MODO DE IMPUGNACIÓN: 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 por esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

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