

Pilar Ibáñez Martí
Procuradora de los Tribunales
Notificado 25/04 /2014

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 19
VALENCIA

SENTENCIA

En Valencia, a 22 de abril de 2014.

Vistos por D^a Ruth Ferrer García, Juez de Adscripción Territorial en funciones de apoyo al Juzgado de Primera Instancia n° 19 de Valencia, los presentes autos de Juicio Ordinario n° 866/2013, seguidos ante este Juzgado a instancia de la Procuradora de los Tribunales D^a Pilar Ibáñez Martí, en nombre y representación de D. () / de D^a (), asistidos por el Letrado D. José Luís Lozano Iñiguez, contra BANKIA S.A, representada por la Procuradora de los Tribunales D^a Elena Gil Bayo y asistida por el Letrado D. Pablo Tortajada Chardí, sobre nulidad contractual y subsidiariamente resolución contractual, en base a los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que por la Procuradora de los Tribunales D^a Pilar Ibáñez Martí, en nombre y representación de D. () y de D^a () se presentó demanda de Juicio Ordinario contra BANKIA S.A, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables, terminó suplicando al Juzgado que se dicte Sentencia por la que se declare la nulidad de la orden de compra y petición de suscripción de Obligaciones Subordinadas ; subsidiariamente, se dicte Sentencia por la que se declare la resolución del contrato por incumplimiento; y, en todo caso, se condene a la demandada a reintegrar a los demandantes la cantidad reclamada de 39.000 euros, menos los intereses abonados por la demandada, más los intereses legales devengados desde la suscripción de los productos bancarios hasta la fecha del pago; todo ello con expresa condena en costas a la demandada.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se dio traslado de la misma a la parte demandada, emplazándola para que en el término de veinte días se persone en legal forma y conteste.

Dentro del término concedido compareció la Procuradora D^a Elena Gil Bayo en nombre y representación de BANKIA S.A personándose y presentando escrito de contestación a la demanda, en el que tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que consideró aplicables, terminó suplicando al Juzgado que dicte sentencia desestimando íntegramente la demanda y absuelva a la demandada de cuantas pretensiones se ejercitan en su contra, y todo ello con expresa condena en costas a la parte actora.

Dictándose resolución por la que se tuvo por personado a la citada Procuradora en la representación que acreditó y por contestada la demanda, se citó a las partes para la celebración de la audiencia previa al juicio para el día y hora que constan.

TERCERO.- Siendo el día y hora señalados, comparecen las partes debidamente representadas y asistidas para la celebración de la audiencia previa. Manifestada por las partes la subsistencia del litigio y la imposibilidad de llegar a un acuerdo, se les concedió sucesivamente la palabra a los efectos de que las mismas se pronunciaran sobre los extremos contenidos en los artículos 426 y 427 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Las partes solicitaron el recibimiento del pleito a prueba, proponiéndose por las partes las pruebas que estimaron oportunas y una vez admitidas las que se consideraron pertinentes, se señaló fecha para la celebración del juicio el día y hora que constan, quedando debidamente citadas las partes.

CUARTO.- Siendo el día y hora señalados para la celebración del juicio, comparecieron las partes debidamente representadas, procediéndose a la celebración de las pruebas admitidas en el acto de la audiencia previa, con el resultado que obra en autos. Tras ello se concedió la palabra a las partes para que formularan sus conclusiones quedando los autos vistos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte actora solicita que se declare la nulidad contractual, como pretensión principal, en base a los siguientes hechos: D. [redacted] cliente de perfil conservador y ahorrador, adquirió obligaciones subordinadas en el año 2001, por valor de 2.500.000 de pesetas, después de que los empleados de la entidad demandada le explicaran que se trataba de un plazo fijo con el capital totalmente garantizado. D. [redacted] y su esposa no tienen conocimientos financieros específicos. En el año 2009, cuando D. [redacted] tenía 71 años de edad adquirió, de nuevo, obligaciones subordinadas, por valor de 24.000 euros, pensando que estaba contratando un plazo fijo. Las obligaciones que los demandantes adquirieron en el año 2001 fueron canjeadas por acciones de la entidad demandada en marzo del año 2012 mientras que las obligaciones que adquirieron en el año 2009 fueron canjeadas en el año 2013.

La demandada se opuso por los motivos que se recogen en su contestación y alegó caducidad de la acción ejercitada por entender que ha transcurrido el plazo previsto en el artículo 1.301 del Código Civil, novación extintiva de los contratos impugnados como consecuencia del canje de las obligaciones subordinadas objeto de litigio por acciones de la entidad demandada, confirmación tácita e inviabilidad de la acción de anulabilidad por entender que los contratos estaban cancelados en el momento de la interposición de la demanda.

SEGUNDO.- En relación a la caducidad de la acción alegada por la entidad demandada, se debe traer a colación la sentencia de la AP de Valencia, Sección Novena, de 5 de marzo de 2013 que sostiene que “la sentencia de esta Sala de 9 de julio de 2012 dictada den rollo 248/12, ha venido a matizar la doctrina precedente de esta misma Sección, si bien, en general, en supuestos de finalización de efectos, el contrato en que se afirmaba (...) la inviabilidad de examinar el error como vicio del consentimiento por razón, estrictamente de la finalización de los efectos del contrato. Decimos ello sin perjuicio, obviamente, de la valoración que el propio hecho de la “finalización” del plazo contractualmente previsto, la ausencia de reclamación merezcan la consideración de actos propios o de ratificación contractual, en relación con la pretensión de anulabilidad el contrato por error en el consentimiento, lo que evidentemente, habrá de ser valorado con la cuestión de fondo. Se indicaba expresamente en dicha resolución que “la acción de nulidad ejercitada no viene realmente fundada en la inexistencia de consentimiento (ex artículo 1261 CC), sin que conste tal afirmación en la sentencia dictada por esta Sala en fecha 6 de octubre de 2010, tal y como pretende la parte apelante, y que efectivamente determinaría el no sometimiento a plazo alguno para su ejercicio, sino en la concurrencia de error en el consentimiento prestado con el

argumento de que el legal representante de la entidad no tuvo cabal conocimiento del contenido de los contratos, supuesto de anulabilidad del artículo 1265 CC, respecto del que el artículo 1301 del Código Civil establece el plazo de 4 años para el ejercicio de la correspondiente acción de nulidad, plazo que ha de computarse, como el mismo precepto establece, desde la consumación del contrato. Pues bien, a propósito de dicha cuestión esta Sala ya tuvo ocasión de pronunciarse en Sentencia de fecha 11 de julio de 2011 (Pte. Sra. Martorell) indicando: “la norma aplicada por el magistrado “a quo” ha sido interpretada por la Sala Primera del Tribunal Supremo. Señala la Sentencia de 6 de septiembre de 2006 que la ambigüedad terminológica del artículo 1301 CC al referirse a la “acción de nulidad”, ha sido precisada doctrinal y jurisprudencialmente en el sentido de distinguir lo que son supuestos de nulidad radical o absoluta y lo que constituyen supuestos de nulidad relativa o anulabilidad; resultando, asimismo, de la expresada Sentencia que el plazo fijado en el precepto para el ejercicio de la acción de nulidad es aplicable a las ejercitadas para solicitar la declaración de nulidad de los contratos, y por extensión de los demás negocios jurídicos que “adolezcan de algunos de los vicios que los invalidan con arreglo a la Ley”, siempre que en ellos, según se desprende del artículo 1300 CC, al cual se remite implícitamente el artículo 1301CC, “concurran los requisitos que expresa el artículo 1261 CC”, es decir, consentimiento, objeto y causa, sin los cuales “no hay contrato”. Cuando no concurren los requisitos establecidos en el artículo 1261 CC se está en presencia de un supuesto de nulidad absoluta o de pleno derecho, equivalente a la inexistencia, cuya característica radica en la imposibilidad de producir efecto jurídico alguno, en la retroacción al momento del nacimiento del acto de los efectos de la declaración de nulidad y en la inexistencia de plazo alguno de caducidad o prescripción para el ejercicio de la acción correspondiente. Por su parte, en la Sentencia de 21 de enero de 2000 se declara que “(...) resulta inaplicable el artículo 1301 (...) ya que el plazo de los cuatro años procede respecto a los contratos en los que concurren los requisitos del artículo 1261 CC, y las relaciones afectadas de nulidad absoluta como la que nos ocupa, al resultar inexistentes en derecho, no pueden convalidarse con el transcurso del tiempo, al ser imprescriptible la acción de nulidad”, (y en los mismos términos las Sentencias de 22 de noviembre de 1983, 25 de julio de 1991, 31 de octubre de 1992, 8 de marzo de 1994, 27 de febrero de 1997 y 20 de octubre de 1999). Habiendo sido expresamente controvertido en la alzada el dies “a quo” para el cómputo del plazo prevenido en el artículo 1301 CC para los casos de anulabilidad por error, dolo o falsedad de la causa, el plazo de cuatro años, empezará a correr desde la consumación del contrato, norma a la que ha de estarse de acuerdo con el artículo 1969 del citado Código. En orden a cuándo se produce la consumación del contrato, dice la Sentencia de 11 de julio de 1984 que “es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad del contrato de compraventa, con más precisión por anulabilidad, pretendida por intimidación, dolo o error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones (sentencias, entre otras de 24 de junio de 1987 y 20 de febrero de 1928), y la sentencia de 27 de marzo de 1989 precisa que “el artículo 1301 del Código Civil, señala que en los casos de error o dolo, la acción de nulidad del contrato empezará a correr desde la consumación del contrato”. Este momento de la “consumación” no puede confundirse con la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar, como acertadamente entendieron ambas sentencias de instancia, cuando están cumplidas las prestaciones de ambas partes”, criterio que se manifiesta igualmente en la sentencia de 5 de mayo de 1983 cuando dice “en el supuesto de entender que no obstante la entrega de la cosa por los vendedores el contrato de 8 de junio de 1955, al aplazarse en parte el pago del precio, no se había consumado en la integridad de los vínculos obligaciones que generó (...)”. Así, en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo, se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó que “el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo”, y la sentencia de fecha 20 de febrero de 1928 dijo que “la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de

sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea, hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó”.

Tal doctrina jurisprudencial ha de entenderse en sentido, no que la acción nazca a partir del momento de la consumación del contrato, sino que la misma podrá ejercitarse hasta que no transcurra el plazo de cuatro años desde la consumación que establece el artículo 1301 del Código Civil”.

Por tanto, en atención a las anteriores consideraciones jurídicas, debe ser desestimada la excepción de caducidad alegada por la demandada en el supuesto de autos, ya que los contratos seguían produciendo efectos entre las partes, al menos, hasta el momento del canje de las obligaciones subordinadas por acciones de la entidad demandada.

TERCERO.- Las Obligaciones Subordinadas se emiten conforme a la [Ley del Mercado de Valores, 24/1988 de 28 de julio \(RCL 1988, 1644 ; RCL 1989, 1149 y 1781\)](#) y al [RD Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre \(RCL 1989, 2737 y RCL 1990, 206\)](#) , por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital(sic). Además están sujetas a la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros y a la [Ley 13/ 1992, de 1 de julio\(sic\) \(RCL 1992, 1239\)](#) , de Recursos Propios y Supervisión en base consolidada de las Entidades Financieras.

La mayoría de los economistas las definen como producto financiero con un nivel potencial de riesgo relativamente elevado. Deben emitirse por un mínimo de cinco años, aunque algunas son perpetuas.

Al igual que ocurre con las participaciones preferentes, no resulta nada sencillo determinar la naturaleza de las Obligaciones Subordinadas. Éstas comparten con las participaciones preferentes la definición de "híbrido financiero", entendiéndose por tal, una vía de financiación empresarial a largo plazo, a mitad de camino entre las acciones y los bonos. Comparten con las participaciones preferentes el hecho de que ambas reconocen o crean deuda contra su emisor, son instrumentos de deuda, tal y como regulan los arts. 401 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Y se diferencian, entre otros aspectos, en que en caso de quiebra, la prioridad en la prelación de créditos es distinta, siguiéndose el siguiente orden: tras los acreedores con privilegio y los comunes, tienen prioridad las Obligaciones Subordinadas frente a las participaciones preferentes.

Se puede concluir, por tanto, tal y como pone de relieve autorizada doctrina -Tapia Hermida-, que constituyen una mutación o alteración del régimen de prelación común a las obligaciones, que obedece al exclusivo propósito de fortalecer los recursos propios de las entidades de crédito y muy especialmente de las Cajas de Ahorros, caracterizándose porque en caso de quiebra o liquidación de la entidad de crédito tales obligaciones-préstamos ocupan un rango inferior a los créditos de todos los demás acreedores y no se reembolsarán hasta que se hayan pagado todas las demás deudas vigentes en ese momento, constituyendo uno de sus requisitos el que dichos fondos deben tener un vencimiento inicial de al menos 5 años, tras dicho período podrán ser objeto de reembolso, así como que las autoridades competentes podrán autorizar el reembolso anticipado de tales fondos siempre que la solicitud proceda del emisor y la solvencia de la entidad de crédito no se vea afectada por ello. La idea fundamental desde el punto de vista jurídico reside, como señala el profesor Sánchez Calero, "en que la entidad de crédito prestataria y el adquirente inversor prestamista pactan, entre

otras condiciones, que tales préstamos ocupen un rango inferior a los créditos de todos los demás acreedores y no se reembolsen hasta que se hayan pagado todas las demás deudas vigentes en ese momento" y es por ello, como señala la doctrina, por lo que la computabilidad como fondos propios no reside tanto en la titularidad de los recursos captados ni en su funcionalidad, cuanto fundamentalmente en su inexigibilidad. La regulación de estas obligaciones la encontramos en la Ley 13/85. En este producto se pacta no ya que el crédito carece de privilegio alguno, sino que ni siquiera alcanza el estatus de crédito ordinario, se produce, como señala el profesor Sánchez Calero, un desplazamiento del crédito, de forma que el principio de la par conditio creditorum sufre en este caso una excepción contraria a la de los acreedores privilegiados, estamos ante una excepción "en menos" inversa a la de los privilegios, que altera el régimen común de prelación y que sitúa a las Obligaciones Subordinadas tras los acreedores comunes del derecho civil citados en el sexto lugar del orden establecido en el art. 913 del [Código de Comercio \(LEG 1885, 21 \)](#) . El precio de la postergación lo constituye el devengo de los intereses más altos que la media del mercado de renta fija privada, de modo que a menor seguridad de tales obligaciones debido a su carácter subordinado debe incrementarse la rentabilidad de las mismas.

CUARTO.- En cuanto a la normativa aplicable, se debe atender a la fecha de adquisición de los productos financieros, esto es, los años 2001 y 2009, mientras que el canje de las mismas por acciones de la entidad demandada tuvo lugar en los años 2012 y 2013.

La Directiva 2004/39/CE MIFID, sobre mercados de instrumentos financieros, fue traspuesta al ordenamiento jurídico español mediante la ley 47/2007, que a su vez modifica la Ley del Mercado de Valores, continuando con el desarrollo normativo de protección del cliente introduciendo la distinción entre clientes profesionales y minoristas, con la finalidad de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros (artículo 78 bis de la LMV); reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el artículo 79 bis regulando exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, entre otros extremos, sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece con la finalidad de que el cliente pueda tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa, debiendo incluir la información las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias, sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencias financieras y aquellos objetivos. Así el artículo 79 bis de la LMV establece que: "1. Las entidades que presten servicios de inversión deberán mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes.

2. Toda información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario, deberá ser imparcial, clara y no engañosa. Las comunicaciones publicitarias deberán ser identificables con claridad como tales.

3. A los clientes, incluidos los clientes potenciales, se les proporcionará, de manera comprensible, 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. A tales efectos se considerará cliente potencial a aquella persona que haya tenido un contacto directo con la entidad para la prestación de un servicio de inversión, a iniciativa de cualquiera de las partes.

La información a la que se refiere el párrafo anterior podrá facilitarse en un formato normalizado.

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.

4. El cliente deberá recibir de la entidad informes adecuados sobre el servicio prestado. Cuando proceda dichos informes incluirán los costes de las operaciones y servicios realizados por cuenta del cliente.

5. Las entidades que presten servicios de inversión deberán asegurarse en todo momento de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes, con arreglo a lo que establecen los apartados siguientes.

6. 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; sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquel, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan. Cuando la entidad no obtenga esta información, no recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente. En el caso de clientes profesionales la entidad no tendrá que obtener información sobre los conocimientos y experiencia del cliente.

7. Cuando se presten servicios distintos de los previstos en el apartado anterior, la empresa de servicios de inversión deberá solicitar al cliente, incluido en su caso los clientes potenciales, que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente.

Cuando, en base a esa información, la entidad considere que el producto o el servicio de inversión no sea adecuado para el cliente, se lo advertirá. Asimismo, cuando el cliente no proporcione la información indicada en este apartado o ésta sea insuficiente, la entidad le advertirá de que dicha decisión le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él.

Las advertencias previstas en este apartado se podrán realizar en un formato normalizado.

8. Cuando la entidad preste el servicio de ejecución o recepción y transmisión de órdenes de clientes, con o sin prestación de servicios auxiliares, no tendrá que seguir el procedimiento descrito en el apartado anterior siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

a) Que la orden se refiera a acciones admitidas a negociación en un mercado regulado o en un mercado equivalente de un tercer país; a instrumentos del mercado monetario; a obligaciones u otras formas de deuda titulizadas, salvo que incorporen un derivado implícito; a instituciones de inversión colectiva armonizadas a nivel europeo y a otros instrumentos financieros no complejos. Se considerarán mercados equivalentes de terceros países aquellos que cumplan unos requisitos

equivalentes a los establecidos en el Título IV. La Comisión Europea publicará una lista de los mercados que deban considerarse equivalentes que se actualizará periódicamente.

Tendrán la consideración de instrumentos financieros no complejos, además de los indicados expresamente en el párrafo anterior, aquellos en los que concurran las siguientes condiciones:

i) que existan posibilidades frecuentes de venta, reembolso u otro tipo de liquidación de dicho instrumento financiero a precios públicamente disponibles para los miembros en el mercado y que sean precios de mercado o precios ofrecidos, o validados, por sistemas de evaluación independientes del emisor;

ii) que no impliquen pérdidas reales o potenciales para el cliente que excedan del coste de adquisición del instrumento;

iii) que exista a disposición del público información suficiente sobre sus características. Esta información deberá ser comprensible de modo que permita a un cliente minorista medio emitir un juicio fundado para decidir si realiza una operación en ese instrumento.

No se considerarán instrumentos financieros no complejos:

i) los valores que den derecho a adquirir o a vender otros valores negociables o que den lugar a su liquidación en efectivo, determinada por referencia a valores negociables, divisas, tipos de interés o rendimientos, materias primas u otros índices o medidas;

ii) los instrumentos financieros señalados en los apartados 2 a 8 del artículo 2 de esta Ley;

b) que el servicio se preste a iniciativa del cliente;

c) que la entidad haya informado al cliente con claridad de que no está obligada a evaluar la adecuación del instrumento ofrecido o del servicio prestado y que, por tanto, el cliente no goza de la protección establecida en el apartado anterior. Dicha advertencia podrá realizarse en un formato normalizado;

d) que la entidad cumpla lo dispuesto en la letra d) del apartado 1 del artículo 70 y en el artículo 70 ter.1.d)".

Dicho deber de información se ha reforzado todavía más, sobre todo en lo que se refiere a clientes minoristas, con el RD 217/2008 de 15 de febrero (en vigor desde el 17 de febrero de 2008), el cual traspone, entre otras, la Directiva 2006/73 de la Comisión por la que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004, sobre el régimen jurídico de las empresas de inversión y exige en su artículo 60, suficiencia de la información, Si la información contiene datos sobre resultados futuros su apartado 5 impone que debe basarse en supuestos razonables respaldados por datos objetivos; el artículo 62 exige antelación suficiente en su práctica; el artículo 64, descripción general de la naturaleza y riesgos de los productos financieros. La descripción debe incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento de una manera

suficientemente detallada para permitir al cliente tomar decisiones de inversión fundadas; y los artículos 72 y siguientes regulan la evaluación de idoneidad y de conveniencia.

Además se debe hacer especial hincapié en el hecho de que este deber de información viene desglosado según las distintas fases contractuales, así la Sentencia 514/2012 de la Audiencia Provincial de Baleares establece que "determinada así la naturaleza del contrato y con ello las obligaciones asumidas por la entidad demandada, a la hora de analizar que debe entenderse por derecho de información a favor del cliente, tanto el momento de contratar como durante la vigencia del contrato (...) tal como se indicó en la [sentencia de esta Sala de 21 de marzo de 2.011 \(JUR 2011, 190142\)](#) , con alusión a la [SAP de Asturias de 27 de enero de 2.010 \(AC 2010, 6\)](#) , "el derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básica para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad tanto es lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar los sujetos que intervienen en él (el cliente bancario), principalmente, a través tanto de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación exigible. Examinada la normativa del mercado de valores sorprende positivamente la protección dispensada al cliente dada la complejidad de ese mercado y el propósito decidido de que se desarrolle con transparencia pero sorprende, sobre todo, el prolijo desarrollo normativo sobre el trato debido de dispensar al cliente, con especial incidencia en la fase precontractual. Esta especial atención por parte del legislador, estableciendo códigos y normas de conducta y actuación tienden a proteger, no únicamente al cliente consumidor, sino al cliente en general, en un empeño de dotar de claridad y transparencia a las operaciones que se realizan con las entidades financieras, y a cuyo sector concurren los consumidores, de forma masiva, tanto para la celebración de contrato más simples, como la apertura de una cuenta, como a los más complejos, como los productos de inversión con lo que se pretende rentabilizar los ahorros, saliendo al paso de ese modo de la cultura del "donde hay que firmar" que se había instalado en este ámbito.

Lo relevante, por tanto, es que la labor de asesoramiento de las entidades financieras sea personalizada, teniendo en cuenta y siempre, las circunstancias, personales y económicas que concurren y le son expuestas por sus clientes, de modo que suministrada al cliente toda la información necesaria, la decisión de adquirir unos u otros productos, es decir, la valoración de su adaptación a sus necesidades concretas, le corresponde exclusivamente a él y no al asesor, pues si bien es cierto, como apunta la [SAP de Barcelona de 4 de diciembre de 2009 \(JUR 2010, 34833\)](#) , que "no puede exigirse un resultado concreto de la obligación derivada del contrato, puesto que en todo caso 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... y a fin de determinar la manera en que dicha información, debe hacerse llegar a sus clientes de forma adecuada, los apartados 6 y 7 del mismo precepto ([art. 79 LMV \(RCL 1988, 1644 ; RCL 1989, 1149 y 1781\)](#)) establecen la obligación por parte de la entidad, en función del tipo de prestación ofrecida, de obtener información sobre el cliente, sus conocimientos y experiencia en el ámbito de la inversión".

La sentencia de esta Sala de 21 de junio de 2.011 , al referirse a la Ley del Mercado de Valores , indica que "La denominación que ha recibido esta normativa -normas de transparencia- resulta expresiva de una de sus finalidades, la de prestar una información adecuada a la clientela de las entidades de crédito, de forma que el cliente tenga o pueda tener una idea clara del contenido del contrato, en el momento de su celebración y durante su periodo de duración, puesto que la expresión "transparencia", en el ámbito contractual, se utiliza cuando de los términos expresados en la formalización de los contratos se deducen con claridad cuáles son las obligaciones que nacen para cada una de las partes que intervienen en ellos.

El derecho de información del cliente se considera, pues, como la forma más importante de la libertad contractual. Por ello tales normas intentan establecer los medios para que las condiciones contractuales, en un sector tan complejo como el de los servicios financieros, sean comprensibles para el cliente medio, es decir, presenten unas adecuadas condiciones de transparencia.

Sin embargo, la existencia de estas normas no se justifica por una exclusiva finalidad de protección de la parte contratante, con mayor déficit de información. Es necesario contextualizar este tipo de normas que disciplinan la participación de determinados agentes económicos en la posición oferente del mercado de crédito. Por lo tanto, en última instancia, constituyen una regulación profesional ordenada a sentar las bases para conseguir una mayor competencia entre las entidades, objetivo éste que aparece claramente enunciado en la propia Exposición de Motivos de la [Orden de 12-XII-1989 \(RCL 1989, 2700\)](#) en una sencilla frase que anuda ambos conceptos, mejor información y mayor competencia, en una relación de causa-efecto."

La SAP de 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- como finalmente, en la fase postcontractual, cuando se arbitran los mecanismos de reclamación.

El Tribunal Supremo en la reciente Sentencia de fecha 20 de enero de 2014, en relación al alcance de los deberes de información y asesoramiento de la entidad financiera respecto al cliente, establece que: "ordinariamente existe una desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y 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 (...). Además las entidades financieras deben valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata, y en su caso, emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad. La entidad financiera debe realizar un test de conveniencia conforme a lo previsto en el artículo 79 bis 7 LMV (artículo 19.5 Directiva 2004/39), cuando se prestan servicios que no conllevan asesoramiento. Se entiende por tales, los casos en que el prestatario del servicio opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada. Este test valora los conocimientos y la experiencia 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 causa. Como aclara el artículo 73 del 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 servicio de inversión ofertado o demandado." Estas exigencias propias del test de conveniencia son menores que cuando debe valorarse la idoneidad del producto conforme al artículo 79 bis. 6 LMV (artículo 19.4 Directiva 2004/39/CE). El test de idoneidad opera en caso de

que se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras mediante la realización de una recomendación personalizada. La entidad financiera que preste estos servicios debe realizar un examen completo del cliente, mediante el denominado test de idoneidad, que suma el test de conveniencia (conocimientos y experiencia) a un informe sobre la situación financiera (ingresos, gastos, 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. (...) Como afirma la STJUE de 30 de mayo de 2013, la 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. Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el artículo 52 de la Directiva 2006/73, que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del artículo 4.4 Directiva 2004/39/CE. De este modo, el Tribunal de Justicia entiende que tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación 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) (...). Sobre la base de la apreciación legal de la necesidad que el cliente minorista tiene de conocer el producto financiero que contrata y los concretos riesgos que lleva asociados y del deber legal que se impone a la entidad financiera de suministrar a dicho cliente una información comprensible y adecuada sobre tales extremos, para salvar la asimetría informativa que podía viciar el consentimiento por error, la normativa MIFID impone a la entidad financiera otros deberes que guardan relación con el conflicto de intereses en que incurre en la comercialización de un producto financiero complejo y, en su caso, la prestación de asesoramiento financiero para su contratación. En el primer caso, en que la entidad financiera opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada, la entidad debe valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, y evaluar si es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión que va a contratar, mediante el denominado test de conveniencia. En el segundo, si el servicio prestado es de asesoramiento financiero, además de la anterior evaluación, la entidad debería hacer un informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente, para poder recomendarle ese producto, por medio del llamado test de idoneidad (...). En caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación, en atención a los intereses del cliente minorista que contrata, como si al hacerlo tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo. La omisión del test que debía recoger esta valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso, la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo.”

Hay que tener en cuenta, además, que con anterioridad a dicha normativa no significa que los adquirentes de estos productos estuvieran desprovisto de una normativa tuitiva de su posición, esencialmente en lo que afecta a la necesaria información previa y la apreciación de la conveniencia de la inversión. Antes de la trasposición de la Directiva 2004/39/CE (conocida como MIFID) a nuestro derecho mediante la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que reformó la LMV al efecto, y por el RD 217/2008, de 15 de febrero, ya existían normas que hacían hincapié en la obligación del información -de mayor importancia, cierto es, en la fase precontractual-que debía de mantenerse en todo momento de la vida del contrato. En tal sentido es predicable: artículo 48.2 de la Ley 26/1988 sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito; la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores que ya con anterioridad a su reforma por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, imponía la exigencia en sus arts. 78 y siguientes, a todas cuantas personas o entidades ejerzan, de forma directa o indirecta, actividades relacionadas con los mercados de valores (con mención, de forma expresa, a las entidades de crédito), de una serie de normas de conducta tales como, entre

otras, las de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado y asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados. Es, precisamente en desarrollo de dicha ley, cuando el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros obligatorios -en la actualidad derogado por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero-vino a disciplinar un código general de conducta de los mercados de valores, en el que, en el apartado relativo a la información a los clientes, cabe resaltar como reglas de comportamiento, que las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos. Y a ello se añadía que la información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo. Con ello se trata de lograr que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata, debiendo cualquier previsión o predicción estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos. Y, en definitiva, ello es lo que se predica a través de los arts. 45.3 y 72 del RD 217/2008, que imponen la prestación de información de una forma que le permita comprender la naturaleza y los riesgos del en consecuencia, tomar decisiones fundadas sobre sus inversiones.

QUINTO.- La Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 21 de noviembre de 2012, ha fijado una serie de pautas a la hora de analizar la concurrencia o no del vicio del consentimiento denunciado. Su fundamento de derecho cuarto señala que hay error-vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta (sentencias 114/1985, de 18 de febrero, 295/1994, de 29 de marzo, 756/1996, de 28 de septiembre, 434/1997, de 21 de mayo, 695/2010 de 12 de noviembre, entre otras). Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea. Es lógico que un elemental respeto a la palabrea dada (*pacta sunt servanda*), imponga la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y pueda quedar desvinculado quien lo sufrió. El contrato constituye el instrumento jurídico por el que quienes lo celebran, en ejercicio de su libertad – autonomía de la libertad-, deciden crear una relación jurídica entre ellos, y someterla a una “*lex privata*” cuyo contenido determinan. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos (sentencia de 15 de febrero de 1977). En primer término, para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración, lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias. Dispone el artículo 1266 del Código Civil que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer- además de sobre la persona en determinados casos- sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieran dado motivo a celebrarlo (sentencias de 4 de enero de 1982, 295/1994, de 29 de marzo, entre otras), esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (artículo 1261.2 del Código Civil). Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente sobre aquellas presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa. Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias pasadas, concurrentes o esperadas, y es en consideración a ellas que el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno sólo de los contratantes, o dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquél, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en

consideración a las cuales haberlo le había parecido adecuado a sus intereses. Como se indicó, las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección del contrato (sentencia de 8 de enero de 1962, 29 de diciembre de 1978 y 21 de mayo de 1997). Resulta determinante que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual, si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano. Se expuso antes que el error-vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente segura. Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia en sentencias de 4 de enero de 1982, 756/1996, de 28 de septiembre, 726/2000, de 17 de julio, 315/2009, de 13 de mayo, exige tal cualidad, no mencionada en el artículo 1266, porque valora la conducta del ignorante o equivocado, negando protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida. Se trata de determinar si dicho incumplimiento generó el vicio, ya que como señala la Sentencia del Tribunal Supremo anteriormente citada, aunque en muchos casos un defecto de información puede llevar directamente al error de quien la necesitaba, no es correcta una equiparación, sin matices, entre uno y otro, al menos en términos absolutos.

Ahora bien, antes de analizar la prueba, es necesario determinar las reglas de la carga de la prueba que rigen en este tipo de procesos en los que se trata de dilucidar si se prestó consentimiento viciado por error derivado de una falta de información. La SAP, Valencia de 12 de julio de 2012, establece que en relación a la carga de la prueba del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, y sobre todo en el caso de productos de inversión complejos, ha de citarse la STS de la Sala 1ª, de 14 de noviembre de 2005 en la que se afirma que la diligencia en el asesoramiento no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes, y, en segundo lugar, la carga probatoria acerca de tal extremo debe pesar sobre el profesional financiero, lo cual por otra parte es lógico por cuanto desde la perspectiva de los clientes se trataría de un hecho negativo como es la ausencia de dicha información. Se puede destacar que en definitiva se trata de un contrato de adhesión, de un producto financiero complejo de difícil seguimiento en su rentabilidad y que cotiza en el mercado secundario, que el cliente debe recibir información en fase precontractual completa y precisa a cerca de las características del producto y de los riesgos que asumía, información que ha de ser lo suficientemente clara y precisa para que aquél conociera el producto o servicio que pudiera llegar a contratar y saber si se encuentra dentro de sus necesidades y de las ventajas que espera obtener al reclamar un servicio o al aceptar un producto que se le ofrece, que la carga de la prueba del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, corresponde a la entidad bancaria debiendo tener en cuenta que en el caso de productos de inversión complejos, la diligencia en el asesoramiento no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes.

Además se debe hacer especial hincapié en el hecho de que la Ley, en algunas ocasiones concede un plus de protección a la parte que es tenida como débil en el contrato, y así ocurre en la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios, cuyo artículo 3 bajo la rúbrica “concepto general de consumidor y usuario”, contiene la definición de consumidor a los efectos de la Ley en los siguientes términos: “a los efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional”, concepto que corresponde aplicar a la actora. Se debe recordar que son derechos básicos de los consumidores y usuarios, entre otros, “la información correcta sobre los diferentes bienes o servicios (...)”.

Se contó, solamente, con la prueba documental obrante en autos.

La parte actora presentó como documento número uno la orden de compra de valores de fecha 30 de abril de 2001. Esta orden, cuyo titular es _____ hace referencia a la clase de valor con el siguiente tenor literal: "OB.CAJA VALENCIA E.3 SUB". En esta orden se contemplan los siguientes datos: la id. de la orden, la clase de valor, la cantidad ordenada, el nominal ordenada, el cambio límite, la fecha fin de validez, la cuenta operante, rectora y el intermediario. En la orden se hace constar también el interés, esto es, 4=5%. Esta orden está firmada por el titular.

En cuanto al canje de las obligaciones subordinadas por acciones, la parte actora presentó el documento relativo a la oferta de recompra y suscripción de fecha 21 de marzo de 2012 y el anexo a la orden de la misma fecha. Ninguno de estos documentos está firmado por el titular. En el anexo a la orden se hace alusión a los riesgos con el siguiente tenor literal: "los derechos tienen los siguientes riesgos, que pueden llegar a suponer la pérdida total de la inversión: riesgo de mercado".

La parte actora presentó el anexo al contrato de custodia de valores e información sobre cuentas globales, el anexo particular al contrato marco de valores negociables y el contrato marco de valores negociables de fecha 30 de abril de 2001.

En autos consta el documento relativo a la petición de suscripción de valores de fecha 12 de mayo de 2009, cuyo titular es D. _____ En esta orden, que no está firmada por su titular, se recogen los siguientes datos: la orden, la fecha de la operación, el nominal, que en este caso asciende a 24.000 euros, el precio, efectivo, la cuenta operante, comisión estimada, el corretaje estimado, el correo estimado, los cánones estimados y la emisión. En cuanto a la clase de valor se hace alusión al mismo con el siguiente tenor literal: "OBS. BANCAJA E.10". El anexo a la orden, de fecha 12 de mayo de 2009, tampoco está firmado por su titular (bloque documental número dos).

En el bloque documental número tres presentado por la parte actora, consta una carta remitida por BANKIA a D. _____ en fecha 8 de marzo de 2012, en la que se le comunica la posibilidad de canjear las obligaciones subordinadas de las que es titular, por acciones de la entidad demandada. En este bloque documental se recoge también el resumen folleto de la oferta de recompra y suscripción de fecha 21 de marzo de 2012 y el test de conveniencia de la misma fecha que da como resultado "no conveniente". Ninguno de estos dos últimos documentos están firmados por su titular.

En el bloque documental número cuatro, se recogen los extractos bancarios relativos a la recompra de las obligaciones subordinadas y a su canje por acciones de BANKIA S.A, estos extractos son de fecha 22 de mayo de 2013.

En el bloque documental número cinco y en el bloque documental número seis consta el informe de la vida laboral de los demandantes.

La parte demandada presentó como documento número tres de la contestación un listado de productos de D. _____, en el que consta que el mismo es titular de libretas, ahorros a plazo, cuenta de valores, tarjetas de crédito y un depósito multi-renta.

Como documento número cuatro de la contestación a la demanda consta una fotocopia de un extracto bancario relativo a los rendimientos del capital mobiliario, de fecha 19 de marzo de 2012.

Como documento número cinco de la contestación a la demanda, se adjunta la página 4/7 relativa a la información de utilidad fiscal del año 2012, de la que se deriva que el demandante era titular de obligaciones subordinadas y de bonos.

Como documento número seis de la contestación a la demanda se aporta por la demandada una fotocopia de la petición de suscripción de obligaciones subordinadas de fecha 12 de mayo de 2009, por importe nominal de 24.000 euros. Esta fotocopia está firmada por su titular y en la misma se

hace referencia a la clase de valor con el siguiente tenor literal: "OBS.BANCAJA E.10". La fotocopia del anexo a la orden es de fecha 12 de mayo de 2009 y no contempla la firma del titular.

La parte demandada presentó fotocopia de un test de conveniencia cuyo titular resulta D. [REDACTED] si bien, de esta fotocopia no se desprende la fecha con claridad y, a pesar de que el resultado es "conveniente", no constan las respuestas cumplimentadas. La parte demandada aporta también fotocopia de un test de conveniencia a nombre de D. [REDACTED] del que tampoco resulta con claridad la fecha y que da como resultado "no desea real". La parte demandada presentó una fotocopia relativa a un test de conveniencia a nombre de D.ª [REDACTED] en este test no consta con claridad la fecha de realización del mismo y da como resultado, literalmente: "no desea reali". La demandada presentó, también, fotocopia del resumen de la 10ª Emisión de Obligaciones Subordinadas, si bien, este resumen no está firmado por ninguno de los demandantes.

De la documentación aportada en autos no ha quedado probado que la entidad demandada proporcionara información clara, transparente y precisa sobre el producto objeto de litigio a los demandantes, ni en el año 2001 que tuvo lugar la primera adquisición, ni en el año 2009 que tuvo lugar la segunda adquisición de obligaciones subordinadas. Tampoco puede considerarse probado que la demandada realizó los preceptivos test de conveniencia a los demandantes, en el año 2009, ya que las fotocopias que presentó al respecto carecen de relevancia probatoria en tanto en cuanto no están completas, ya que no resulta la fecha en que se llevaron a cabo y dos de los tres test que se presentan por la parte demandada hacen referencia a D. [REDACTED] pero uno da como resultado "conveniente", a pesar de que no está cumplimentado, y el otro da como resultado, literalmente, "no desea real". Por otro lado, la fotocopia del resumen folleto relativo a las obligaciones subordinadas que presentó la demandada, no está firmado por ninguno de los demandantes, con lo que no queda probado que se entregara y se explicara a los mismos.

La parte demandada alega que los demandantes eran también titulares de bonos, ahora bien, el hecho de que fueran titulares de otro tipo de producto, no prueba "per se" que conocieran las características y riesgos de las obligaciones subordinadas objeto de litigio.

En cuanto al Canje de las obligaciones subordinadas por acciones de Bankia la demandada alega la imposibilidad de plantear la acción de anulabilidad de los contratos por novación extintiva, alegando que la acción se ha extinguido por confirmación tácita de los contratos derivada de la aceptación del canje.

Se desestiman estos motivos citando la sentencia de SJPI, Mataró sección 1 del 24 de Abril del 2013 (ROJ: SJPI 53/2013) que desestimo la misma alegación por lo que se reproducen sus conclusiones por estimarlas aplicables al presente caso: "La entidad demandada sostiene en relación a la operación de canje que la misma constituye una novación extintiva del contrato primigenio de suscripción de participaciones preferentes y/o obligaciones subordinadas y, por ende, no cabe ni existe acción de anulabilidad contra el mismo por cuanto ya está extinguido voluntariamente por la parte que lo ha extinguido a través de su novación (canje de participaciones preferentes por acciones) y, por ende, no hay acción contra el contrato inicial. No puede compartirse la referida argumentación con base a los siguientes argumentos: Si conforme a lo previsto en el art. 1.311 del CC la confirmación de un contrato anulable puede producirse tácitamente, cuando la confirmación se haga con conocimiento de la causa de nulidad, habiendo ésta cesado, y el legitimado para impugnarlo ejecute un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo, debe indicarse que si bien difícilmente puede sostener que en el momento de aceptarse el canje (marzo 2.012), el actor desconociera ya el error padecido sobre la verdadera naturaleza de la inversión realizada y los riesgos inherentes a la misma, toda vez que estos riesgos (riesgo de pérdidas y falta de liquidez) se habían ya materializado en su propio perjuicio y han sido profusamente divulgados por los medios de comunicación en los últimos años, sin embargo, es más que cuestionable que de la aceptación del

canje se pueda inferir necesariamente una voluntad de renunciar a la acción de anulación de los contratos de adquisición de participaciones preferentes y obligaciones subordinadas que se hayan realizado con vicio del consentimiento.

La confirmación de un contrato, es una declaración de voluntad por la cual se opta por dotar al contrato viciado de una eficacia definitiva, haciendo que cese la situación de incertidumbre propia de la anulabilidad, por lo tanto, para valorar si un acto realizado por el legitimado para ello tiene carácter confirmatorio, hay que atender, como dice el propio art. 1311 CC, a la voluntad del legitimado de querer confirmar el negocio anulable, inferida de manera necesaria de dicho acto. No cualquier acto posterior confirma un negocio que adolece de alguna causa de anulabilidad, sino sólo aquel que se haya realizado por el legitimado para impugnarlo con ánimo de querer purificarlo (...).

Tal y como expresa DE CASTRO, el adverbio «necesariamente» contenido en la formulación del art. 1311 CC, reclama la existencia de un «enlace preciso y directo» entre la conducta seguida y la voluntad confirmatoria que se infiera del mismo. En este sentido, es más que dudoso que de la aceptación del canje de participaciones preferentes y obligaciones subordinadas por acciones pueda inferirse la voluntad del inversor de renunciar a la acción de anulación del contrato de adquisición realizado con vicio del consentimiento, por varias razones que sistematiza el profesor PERTÍÑEZ:

a) En primer lugar, la confirmación es un acto negocial, de manera que si un acto no es realizado con voluntariedad, falla la premisa mayor para que pueda inferirse del mismo una voluntad de confirmar un contrato anterior viciado. No puede sostenerse que la aceptación del canje de participaciones preferentes y obligaciones subordinadas por acciones de la misma entidad emisora sea un acto puramente consentido por el inversor, si entendemos que para que haya consentimiento en sentido estricto se requiere que exista, al menos, la posibilidad de optar por una alternativa en sentido contrario. La no aceptación del canje no es una alternativa razonablemente disponible para el inversor, pues la única posibilidad de recuperar al menos una parte de la inversión y poder obtener liquidez de la misma es conmutar estos valores por acciones, puesto que es inverosímil un escenario de recuperación del valor de las participaciones preferentes y obligaciones subordinadas en el mercado.

Además, cuando el canje haya tenido lugar en el marco de una acción de gestión de instrumentos híbridos de capital y de deuda subordinada de entidades en proceso de reestructuración prevista en el art. 40 Ley 9/2012 de reestructuración y resolución de entidades de crédito, la no aceptación implicaría para el inversor quedar a merced del FROB, que en virtud de las acciones de gestión vinculantes previstas en el art. 44 Ley 9/2012 tiene un gran poder de decisión discrecional sobre dichos títulos que podría terminar por evaporar su valor. En particular, estas medidas imperativas pueden afectar al derecho del inversor al pago de intereses, al reembolso de capital, a la fecha de vencimiento o, en general, al derecho a exigir cualquier pago relacionado con los valores. Incluso el FROB puede acordar de manera imperativa la recompra de valores por la entidad emisora al precio que determine él mismo.

b) En segundo lugar, al ser la confirmación el ejercicio de una facultad de opción por la validez de un contrato que podría ser impugnado, se requiere para su eficacia que el legitimado no solamente tenga un conocimiento empírico del vicio padecido, sino también del poder invalidante de dicho vicio.

c) En tercer lugar, la presunción de la existencia de una voluntad confirmatoria del legitimado para impugnar el contrato, a partir de una conducta seguida por el mismo, no puede inferirse de dicho acto considerado de manera aislada, prescindiendo del interés que el legitimado pudiera tener en el

momento de realizar dicha conducta en la eficacia del contrato.

Aunque la idea de aprovechamiento del contrato viciado en beneficio propio no sea explícitamente un elemento constitutivo o requisito de la confirmación tácita, lo cierto es que en la valoración de si un acto determinado implica necesariamente una voluntad confirmatoria es un dato esencial el provecho o el beneficio propio que el legitimado extrae del contrato viciado. En este sentido, conviene no confundir la confirmación, con la transacción, puesto que en esta última la idea de pérdida o renuncia a parte de las pretensiones propias es consustancial a su finalidad de evitar un litigio. La confirmación no es una declaración de voluntad tendente a evitar un litigio mediante la asunción de una renuncia, sino un acto por el que se decide otorgar plena validez a un contrato que podría ser anulado.

Esta voluntad confirmatoria se puede presumir de actos en los que existe un provecho del contrato viciado por parte del legitimado para anularlo, pero no necesariamente de aquellos otros actos, como en este caso la aceptación de canje, que impliquen la asunción de pérdidas por parte del perjudicado por un vicio del consentimiento.

En definitiva, si de la aceptación del canje pudiera inferirse alguna voluntad del inversor, ésta no sería necesariamente la de dotar de eficacia plena al contrato viciado, renunciando a una posterior acción de anulación, sino que, antes bien, esta voluntad será simplemente la de enjugar en parte las pérdidas causadas a consecuencia del negocio de adquisición de valores, celebrado con vicio del consentimiento, ante la incertidumbre acerca de la declaración en sede judicial o arbitral de la nulidad de dicho contrato (...)"

En el supuesto de autos, el canje de las obligaciones subordinadas por acciones no puede entenderse como voluntad de los demandantes de confirmar el negocio jurídico precedente, ya que, además, todos los documentos relativos al canje son de la misma fecha y no están firmados por los demandantes, con lo que no queda probado, ni siquiera, que la entidad demandada proporcionara información clara sobre el canje a los demandantes con suficiente antelación a la formalización del mismo.

Por tanto se puede concluir que BANKIA no ha probado que proporcionó información suficiente sobre las obligaciones subordinadas objeto de litigio. El incumplimiento de esa normativa da lugar, como en el supuesto de autos, a un consentimiento no informado y por tanto viciado por error, ya que el mismo ha recaído en la materia objeto del contrato, en la sustancia del mismo, y por tanto se entiende esencial y excusable, en base a la jurisprudencia anteriormente citada y al tenor literal del artículo 1.266 del Código Civil. La SAP de Valencia de 12 de julio de 2012, con cita de la de 6 de octubre de 2010, en el apartado relativo a "efectos de la infracción del deber de información" explica que "no dispone tal normativa los efectos de la infracción civil de tales derechos pero como esta Sala ya fijo en Sentencia de 16 de noviembre de 2011, tal infracción a parte de la posible sanción administrativa, es indudable que en cuanto signifique omisión del deber informativo consecuente con que el cliente no esté con conocimiento de causa exigido legalmente para tomar la decisión en el campo del mercado de valores, puede producir un consentimiento no informado y por tanto viciado por concurrir error, al no saber o comprender el suscriptor la causa del negocio y debe ser sancionado por vía del artículo 1265 del Código Civil con la nulidad del contrato."

Es precisamente esa falta de información la que vicia el consentimiento y por ende el contrato, sin que sea de aplicación la teoría que impide ir contra los actos propios, la prohibición del venire contra factum proprium exige que esos actos propios vinculantes causen estado, definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor, lo que no puede predicarse de los supuestos en

que hay error, ignorancia o conocimiento equivocado, no pudiendo invocarse esta doctrina cuando tales actos están viciados por error (STS de 30 de septiembre de 1992, 12 de abril de 1993 y 10 de junio de 1994), que es precisamente lo que ocurre en el supuesto de autos.

El art. 1265 del Código Civil establece que “será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo”.

El artículo 1.303 del Código Civil establece que “declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubieran sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con sus intereses”. En consecuencia el precepto define la “restitutio in integrum”, con retroacción “ex tunc” de la situación, es decir, se intenta que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador

Finalmente, debe indicarse que la declaración de nulidad de los contrato de adquisición de 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».

El artículo 218.1 párrafo segundo de la Ley de Enjuiciamiento Civil : "El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes". En materia de congruencia de las resoluciones judiciales, se ha venido a declarar por el Tribunal Constitucional que "...desde las Sentencias 20/1982, de 5 Mayo.; 14/1984, de 3 Feb.; 14/1985, de 1 Feb.; 77/1986, de 12 Jun.; y 90/1988, de 13 Mayo ., una jurisprudencia constante de este Tribunal ha venido definiendo dicho vicio como un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formulan la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso; al conceder más, menos o cosa

distinta de lo pedido, el órgano judicial incurre, según hemos dicho de modo reiterado, en las formas de incongruencia conocidas como *ultra petita*, *citra petita* o *extra petita partium* (por todas, SSTC 90/1988, de 13 May., y 111/1997, de 3 Jun .), cuyos contornos han decantado secularmente los tribunales al depurar la aplicación de la legalidad procesal ordinaria. Como ya declaró la STC 222/1994, de 18 Jul. (FJ 2), con cita de doctrina anterior, el juicio de congruencia de la resolución judicial requiere ineludiblemente la confrontación entre la parte dispositiva de la resolución de que se trata y el objeto del proceso, delimitado en atención a sus elementos subjetivos, las partes, y objetivos, la causa *petendi* y el *petitum*". Igualmente declara que los Jueces y Tribunales deben aplicar el Derecho y la doctrina correctos a los hechos y cuestiones debatidas en el pleito, aunque no hubieran sido alegados por los recurrentes, habiéndolo reconocido así el Tribunal Constitucional en Sentencias 172/1994 (La Ley Juris. 2560-TC/1994) y 222/1994 (La Ley Juris. 829253/1994), al afirmar que "la congruencia de la resolución judicial es plenamente compatible con el "principio *iura novit curia*", ya que los órganos jurisdiccionales no están obligados a ajustarse en los razonamientos que les sirven para motivar sus fallos a las alegaciones jurídicas aducidas por las partes, pudiendo basar su decisión en otras normas distintas si aprecian que son éstas las aplicables al caso", o en la 187/1994, de 20 de junio (La Ley Juris. 17181/1994), razonando que "no existe ni puede existir incongruencia con relevancia constitucional cuando el órgano jurisdiccional ha utilizado argumentos jurídicos distintos de los esgrimidos por las partes, respetando las razones esenciales de la pretensión ejercitada, porque, al actuar así, se limita a cumplir la función que jurisdiccionalmente tiene asignada, sometido sólo al imperio de la ley (artículo 117.1 CE)" y, asimismo, en la número 87/1994, de 14 de marzo (La Ley Juris. 2456 -TC/1994), cuando dice que "el principio *iura novit curia*" exime a los Tribunales de la carga de someter servilmente el razonamiento jurídico que les sirve de motivación para el fallo a las alegaciones de los litigantes, pudiendo basar sus decisiones en fundamentos jurídicos distintos". Ello, siempre que no se altere la causa *petendi* y no se sustituya el "*thema decidendi*".

Por tanto, resulta plenamente congruente extender los efectos de la nulidad de la adquisición de las obligaciones subordinadas objeto de litigio al canje de las mismas por acciones aplicando la teoría jurisprudencial, elaborada por el Tribunal Supremo y a la que se ha hecho referencia con anterioridad, de la propagación de los efectos de la nulidad a contratos causalmente conexos.

En cuanto a los intereses, tal y como pone de manifiesto el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Valencia, "si tenemos en cuenta el tenor literal del artículo 1.303 del Código Civil, como las partes se entregaron dinero, las recíprocas devoluciones deberían ser con los respectivos intereses legales desde las fechas de las entregas. Pero esta obligación se va a moderar con apoyo en lo previsto en el artículo 1.103 del Código Civil, aplicable al cumplimiento de toda clase de obligaciones, y con el fin de evitar un enriquecimiento injusto (ahora por la parte demandante), y a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha admitido la posibilidad de limitar los efectos de la nulidad, así la STS de 9 de mayo de 2013, Pte: Gimeno-Bayón Cobos, concita de la STS de 13 de marzo de 2012 declara que "también esta Sala ha admitido la posibilidad de limitar los efectos de la nulidad ya que la *restitutio* no opera con automatismo absoluto, ya que el fundamento de la regla de liquidación de la reglamentación contractual declarada nula y por la que se pretende conseguir que las partes afectadas vuelvan a la situación patrimonial anterior al contrato, no es otro que evitar que una de ella se enriquezca sin causa a costa de la otra y ésta es una consecuencia que no siempre se deriva de la nulidad".

La razón de la moderación o limitación de los efectos es la siguiente: si se concediera, como se piden en la demanda, que la entidad demandada pagara o restituyera al cliente los intereses legales

(recuérdese al 4% anual desde el año 2009, y antes al 5,50% ó 5%) desde la fecha en que éste hizo las adquisiciones de los productos de inversión resultaría que el cliente estaría consiguiendo para su inversión una rentabilidad muy superior a la que hubiera conseguido en un producto seguro, sin riesgo, de gran liquidez (un depósito a plazo fijo), que en esas fechas no daban una rentabilidad superior al 2% anual”.

Por tanto, la obligación de devolver los intereses será desde la interpelación judicial, sin perjuicio de que se devenguen los intereses previstos en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde la fecha de la Sentencia.

Por todo ello y en atención a la fundamentación jurídica anteriormente expuesta y a la jurisprudencia que la sostiene procede declarar la nulidad interesada, esto es, la nulidad de la orden de compra de obligaciones subordinadas de fecha 30 de abril de 2001 y la petición de suscripción de obligaciones subordinadas de fecha 12 de mayo de 2009, así como su canje posterior por acciones de la entidad demandada. BANKIA S.A deberá restituir a los demandantes la cantidad reclamada de 39.000 euros, deduciendo de dicha cuantía los rendimientos percibidos por los demandantes que se determinarán en ejecución de Sentencia, imponiendo el interés legal desde la fecha de la interpelación judicial. Los demandantes deberán restituir las acciones a la entidad demandada.

QUINTO.- El artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil contempla el principio del vencimiento y establece que “en los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones (...)”, con lo que corresponde imponer las costas a la demandada.

En su virtud,

FALLO

Que estimado la demanda interpuesta por la Procuradora D^a Pilar Ibáñez Martí, en nombre y representación de D. () y de () contra BANKIA S.A, debo declarar y declaro la nulidad de la orden de compra de obligaciones subordinadas de fecha 30 de abril de 2001 y la petición de suscripción de obligaciones subordinadas de fecha 12 de mayo de 2009, así como su canje posterior por acciones de la entidad demandada; y debo condenar y condeno a BANKIA S.A a restituir a los demandantes la cantidad reclamada de 39.000 euros, deduciendo de dicha cuantía los rendimientos percibidos por los demandantes que se determinarán en ejecución de Sentencia, imponiendo el interés legal desde la fecha de la interpelación judicial. Los demandantes deberán restituir las acciones a la entidad demandada; con imposición de las costas a BANKIA S.A.

Contra esta resolución cabe interponer recurso de apelación en el plazo de veinte días, desde la notificación de esta resolución, ante este Tribunal, mediante escrito en el que deberá exponerse las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna.

Así lo acuerdo, mando y firmo.