

Pilar Ibáñez Martí  
Procuradora de los Tribunales  
Notificado 04/12/2014

## **JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 27 DE VALENCIA**

Av. PROFESOR LOPEZ PIÑERO (CIUDAD DE LA JUSTICIA), 14º-5ª Dcha (zona AZUL)  
(antigua Avd.Del Saler)

**TELÉFONO:** 96-192.90.37

**FAX:** 96-192.93.37

**N.I.G.:** 46250-42-2-2013-0048584

**Procedimiento:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO N° 001367/2013

### **SENTENCIA N° 000268/2014**

**MAGISTRADO-JUEZ QUE LA DICTA:** D/Dª MARIA ANGELES BARONA  
ARNAL

**Lugar:** VALENCIA

**Fecha:** dos de diciembre de dos mil catorce.

**PARTE DEMANDANTE:**

**Abogado:**

**Procurador:** IBÁÑEZ MARTI, PILAR

**PARTE DEMANDADA** BANKIA SA y BANCO FINANCIERO Y DE  
AHORROS

**Abogado:**

**Procurador:** GIL BAYO, ELENA

**OBJETO DEL JUICIO:** Ordinarios.

Vistos por Dª. MARIA ANGELES BARONA ARNAL, Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 27 de Valencia, los presentes autos de Juicio Ordinario nº 1367/13, seguidos ante este Juzgado a instancia de la Procuradora Dª. Pilar Ibañez Martí en nombre y representación de Dª. Mª Teresa Iñiguez Velázquez y con la dirección de la Letrada Dª Mª Teresa Iñiguez Velázquez contra BANKIA SA representada por la Procuradora Dª Elena Gil Bayo y con la dirección del Letrado D. Victor Escrig Maroto y contra BANCO FINANCIERO Y DE AHORROS, declarada en rebeldía, sobre acción de nulidad o anulabilidad de la compraventa de valores, se ha dictado la presente resolución, con fundamento en los siguientes:

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Que por la Procuradora Dª. Pilar Ibañez Martí en nombre y representación de Dª. Mª Teresa Iñiguez Velázquez se presento demanda de juicio ordinario

contra BANKIA SA y contra BANCO FINANCIERO Y DE AHORROS , en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba aplicables terminaba solicitando que se dicte sentencia por la que:

"1. Se DECLARE la NULIDAD DE PLENO DERECHO por vicios en el consentimiento, ERROR Y/O DOLO, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.300 en relación con el artículo 1.265 todos ellos del Código Civil y/o Subsidiariamente RESOLUCIÓN CONTRACTUAL POR INCUMPLIMIENTO por incumplimiento de la citada Entidad Bancaria de sus obligaciones de información, diligencia y lealtad; conforme a lo dispuesto en el artículo 1.124 del CC, de los CONTRATOS DE VALORES celebrados entre las partes en fecha de 03/08/2004, así como el de fecha 12/01/2010, mediante los cuales se adquieren Participaciones Preferentes por el valor de 9.000 y 18.000 euros respectivamente, y su nulidad o resolución se extienda al Contrato de "Oferta de Recompra y Suscripción" mediante el cual se procede al canje de las Participaciones Preferentes por Acciones de Bankia, realizados en fecha 20/03/2012 por los mismos motivos.

2. Por consiguiente, se acuerde restituir las prestaciones recíprocas, es decir, SE CONDENE a la entidad bancaria a la devolución del capital inicial de 27.000 € y consecuentemente, Doña Lorenza Codesal Sanabria, devolverá las cantidades percibidas en concepto de cupones o intereses.

A efectos de mayor facilidad y determinación de la deuda, solicitamos que se proceda a la compensación de créditos, es decir, que de la cantidad de 27.000 € se descuente la cantidad de los cupones cuando se facilite y acredite la citada información fehacientemente por parte de la entidad bancaria.

3. Se CONDENE A LA DEMANDADA al pago de los intereses legales correspondientes desde la fecha de formalización del contrato y hasta su completo abono.

4. Se CONDENE EN COSTAS a la parte demandada conforme al artículo 394 de la LEC."

**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 la conteste.

Dentro del término concedido compareció la Procuradora D<sup>a</sup> Elena Gil Bayo en nombre y representación de la entidad demandada, personándose y presentando escrito de contestación a la demanda, en el cual tras alegar los hechos y fundamentos jurídicos que consideraba aplicables terminaba suplicando que tras los trámites procesales oportunos se dictara sentencia absolviendo al demandado de todas las pretensiones contenidas en la demanda con expresa condena en costas de la parte actora.

Y se dictó la correspondiente resolución citando a las partes para la celebración de la audiencia previa al juicio para el día y la hora que consta.

**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 de litigio y la imposibilidad de llegar a un acuerdo se le 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, acto en el que la demandada desistió de las excepciones planteadas a salvo de la de caducidad y novación y solicitado por las partes el recibimiento del pleito a prueba se acordó el mismo proponiéndose por las partes las pruebas que estimaron oportunas.

Señalada fecha para la celebración del juicio el día y hora que constan,

quedaron debidamente citadas las partes.

**CUARTO.-** Siendo el día y hora señalada 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 consta 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.-** Por la parte actora del presente procedimiento se ejercita en puridad acción en solicitud de que se declare la nulidad de los contratos de adquisición de obligaciones subordinadas y participaciones preferentes que relaciona en la demanda por error en el consentimiento, pretensión frente a la que se opone la parte demandada que con carácter previo sostiene la caducidad de la acción planteada y respecto al fondo sostiene que producida la recompra y la suscripción por la actora de acciones de Bankia no es posible plantear la nulidad de los contratos al encontrarse extinguidos y haberse operado una novación extintiva. Afirma que el producto comercializado se adecua a las disposiciones normativas y régimen legal aplicable, habiendo cumplido Bancaja escrupulosamente con las obligaciones de transparencia e información establecidas por ley y actuando la actora en contra de sus propios actos pues formula la pretensión de nulidad de la orden de suscripción en el momento en que deja de percibir las remuneraciones correspondientes a dicho producto .

**SEGUNDO.-** Por lo que respecta a la caducidad de la acción que se sostiene por la entidad demandada ha de traerse a colación la sentencia de la AP de Valencia ( sección novena) de 5-3-2013 y reiterada por múltiples sentencias posteriores hasta la fecha y que sostiene que: “ la sentencia de esta Sala de 9-7-12 dictada en 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 en 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 del 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 cuatro 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(Tol 1.014.544 ) que la ambigüedad terminológica del artículo 1301 CC al referirse a la "acción de nulidad", ha sido precisada doctrinal y jurisprudencialmente en el sentido de distinguir lo que son supuestos de nulidad radical o absoluta y lo que constituyen

supuestos de nulidad relativa o anulabilidad; resultando asimismo de la expresada Sentencia que el plazo fijado en el precepto para el ejercicio de la acción de nulidad es aplicable a las ejercitadas para solicitar la declaración de nulidad de los contratos y, por extensión, de los demás negocios jurídicos que " adolezcan de algunos de los vicios que los invalidan con arreglo a la Ley ", siempre que en ellos, según se desprende del artículo 1300 CC, al cual se remite implícitamente el artículo 1301 CC, " concurren los requisitos que expresa el artículo 1261 ", es decir, consentimiento, objeto y causa, sin los cuales " no hay contrato ". Cuando no concurren los requisitos establecidos en el artículo 1261 CC se está en presencia de un supuesto de nulidad absoluta o de pleno Derecho, equivalente a la inexistencia, cuya característica radica en la imposibilidad de producir efecto jurídico alguno, en la retroacción al momento del nacimiento del acto de los efectos de la declaración de nulidad y en la inexistencia de plazo alguno de caducidad o prescripción para el ejercicio de la acción correspondiente. 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, 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, 08 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 del C. Civil para los casos de anulabilidad por error, dolo, o falsedad de la causa, en relación con la argumentación de la resolución disidente, conviene señalar que la Sentencia del 11 de junio de 2003 (Tol 276.114) declara que: "Dispone el art. 1301 del Código Civil que en los casos de error, o dolo, o falsedad de la causa, el plazo de cuatro años, empezará a correr, desde la consumación del contrato, norma a la que ha de estarse de acuerdo con el art. 1969 del citado Código. En orden a cuando se produce la consumación del contrato, dice la sentencia de 11 de julio de 1984 que "es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad del contrato de compraventa, con más precisión por anulabilidad, pretendida por intimidación, dolo o error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones ( sentencias, entre otras, de 24 de junio de 1897 y 20 de febrero de 1928), y la sentencia de 27 de marzo de 1989 precisa que "el art. 1301 del Código Civil señala que en los casos de error o dolo la acción de nulidad del contrato empezará a correr " desde la consumación del contrato ". Este momento de la "consumación" no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar, como acertadamente entendieron ambas sentencias de instancia, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes ", criterio que se manifiesta igualmente en la sentencia de 5 de mayo de 1983 cuando dice, "en el supuesto de entender que no obstante la entrega de la cosa por los vendedores el contrato de 8 de junio de 1955, al aplazarse en parte el pago del precio, no se había consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó...". Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó que "el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo", y la sentencia de 20 de febrero de 1928 dijo que "la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó".

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

participaciones preferentes contratos de inversión que no se consuman en el momento de la orden de compra, pues tales inversiones tienen efectos en el futuro al venir obligada la entidad demandada a cumplir con su obligación de abono de los rendimientos convenidos, en este caso el dies a quo del cómputo del plazo para la caducidad de la acción debe quedar fijado a la fecha en que se produjo el canje. Así pues se desestima la excepción opuesta al no haber transcurrido el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato.

**TERCERO.-** Planteada así por las partes la cuestión controvertida conviene comenzar recordando la naturaleza y características de los productos contratados, y que tanto tratándose de participaciones preferentes como de obligaciones subordinadas, se trata de productos financieros complejos y de alto riesgo. Así las participaciones preferentes se encuentran reguladas en la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros. Las participaciones preferentes reúnen las siguientes notas características:

a) se trata de un instrumento financiero en virtud del cual las entidades de crédito pueden constituir recursos propios, cumpliendo una función financiera de la propia entidad que las emite. De este modo, el dinero que se invierte en participaciones preferentes no constituye un pasivo en el balance de la entidad.

b) no otorgan a sus titulares derechos políticos.

c) no atribuyen al titular de las mismas un derecho a la restitución de su valor nominal, por lo que es un valor de duración perpetua.

d) el pago de la remuneración al inversor está condicionado a la existencia de beneficios por parte de la entidad de crédito emisora.

e) la liquidación de las participaciones preferentes sólo puede producirse mediante su venta en el mercado secundario, dado que no cotizan en bolsa.

f) en caso de liquidación de la entidad emisora el titular de la inversión se coloca prácticamente al final del orden de prelación de los créditos, por detrás de todos los acreedores de la entidad, y sólo delante de los accionistas ordinarios.

**CUARTO.-** Por lo que respecta a la normativa aplicable habrá de atenderse a la fecha de adquisición de los productos financieros y que se producen el 31-8-2004 y el 12-2-2010.

Y así conviene comenzar recordando que, según la redacción de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores vigente a la fecha de celebración de la primera orden de compra objeto del procedimiento (anterior a la reforma que introdujo la Ley 47/07, que traspuso las Directivas Comunitarias de Mercados Financieros -Directivas MIFID-), y, en concreto, su art. 79, la empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el Mercado de Valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, deben, entre otros principios y requisitos a los que han de atenerse en su actuación:

a. Comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado.

b. Organizarse de forma que se reduzcan al mínimo los riesgos de conflictos de interés y, en situación de conflicto, dar prioridad a los intereses de sus clientes, sin privilegiar a ninguno de ellos.

c. Desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuesen propios,

d. Disponer de los medios adecuados para realizar su actividad y tener establecidos los controles internos oportunos para garantizar una gestión prudente y prevenir los incumplimientos de los deberes y obligaciones que la normativa del Mercado de Valores les impone.

e. Asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados.

f. Garantizar la igualdad de trato entre los clientes, evitando primar a unos frente a otros a la hora de distribuir las recomendaciones e informes.

g. Abstenerse de tomar posiciones por cuenta propia en valores o instrumentos financieros sobre los que se esté realizando un análisis específico, desde que se conozcan sus conclusiones hasta que se divulgue la recomendación o informe elaborado al respecto.

Lo establecido en el párrafo anterior no será de aplicación cuando la toma de posición tenga su origen en compromisos o derechos adquiridos con anterioridad o en operaciones de cobertura de dichos compromisos, siempre y cuando la toma de posición no esté basada en el conocimiento de los resultados del informe.

h. Dejar constancia frente a los clientes de cualquier posible conflicto de intereses en relación con el asesoramiento o con el servicio de inversión que se preste.

Además, hemos de tener en cuenta que, a la fecha de la primera adquisición, también se encontraba vigente el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre Normas de Actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios (vigente hasta el 17 de febrero de 2008, fecha de entrada en vigor del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre, en cuyo ANEXO, se recoge el "Código general de conducta de los mercados" de valores" (aplicable por referencia del art 2) y en cuyo art 5 se establecía que "1. 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. 3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos. 5. Las Entidades deberán informar a sus clientes con la máxima celeridad de todas las incidencias relativas a las operaciones contratadas por ellos, recabando de inmediato nuevas instrucciones en caso de ser necesario al interés del cliente. Sólo cuando por razones de rapidez ello no resulte posible, deberán proceder a tomar por sí mismas las medidas que, basadas en la prudencia, sean oportunas a los intereses de los clientes.". Además, el artículo 14 del precitado Real Decreto 629/1993 regula los "Contratos tipo" estableciendo que "2. Los contratos-tipo deberán contener, además de las características esenciales de los mismos, ajustadas en todo caso a lo dispuesto por la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, los requisitos y condiciones para su modificación y resolución anticipada, el sometimiento de las partes a las normas de conducta y requisitos de información previstos en la legislación del Mercado de Valores, y, en general, los requisitos que, según las características de la operación de que se trate, se establezcan por el Ministro de Economía y Hacienda."

Y con idéntico fundamento y dada la fecha de adquisición de las participaciones preferentes ha de traerse a colación la normativa posterior, Ley 47/2007 de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley del Mercado de Valores, e introduce en nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2004/39 CE, sobre Mercados de Instrumentos Financieros, conocida por sus siglas en inglés como MIFID y que continua con el desarrollo normativo de protección del cliente introduciendo la distinción entre clientes profesionales y minoristas, a los fines de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros (art. 78 bis); reiteró el

deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el art. 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 a los fines 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, no 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 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, 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.

Resulta sencillo, pues, llegar a la conclusión que el legislador español y europeo, tienen como objetivo el ser extremadamente exhaustivo sobre los derechos de los clientes al suscribir este tipo de contratos. El cliente tiene que ser rigurosamente informado, y así de deriva de la Exposición de Motivos de la Directiva 2004/39/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril del 2004, teniendo como objetivo proteger a ultranza al inversor del "oscuro mercado financiero".

**CUARTO.-** Determinado pues el marco legal aplicable, el incumplimiento de dicha normativa sectorial puede producir un consentimiento no informado y por lo tanto viciado por concurrir error. Y así la SAP de Valencia de 12-7-2012, con cita de la de 6/10/2010 (Rollo 366/2010), y reiterada por múltiples sentencias posteriores de manera uniforme y constante en el apartado relativo a "Efectos de la infracción del deber de información" explica: "No dispone tal normativa los efectos de la infracción civil de tales deberes pero como esta Sala ya

fijo en la sentencia de 16/11/2011 (Rollo 439/2011) 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 este "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 mor del artículo 1265 del Código Civil con la nulidad del contrato."

Y recientemente el TS en sentencia de 20-1-2014 dispone:

" 13. Incumplimiento de los test adecuación e idoneidad . 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 un caso como el presente, en que el servicio prestado fue de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad financiera no se limitaba a cerciorarse de que el cliente minorista conocía bien en qué consistía el swap que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía.

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 el swap, 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."

Así pues en resumidas cuentas y dada la naturaleza de los productos, se exige a la entidad que lo comercializa, desplegar un actividad informativa previa para que la clientela lo comprenda y entienda, para que sepa lo que representa, cómo funciona y sus riesgos y solamente cuando se adquiere conciencia de ello, esto es su conocimiento, decidir si se contrata o no, pues dado que nos encontramos ante un deber legal impuesto a un profesional (entidad bancaria) corresponde dada la facilidad probatoria ( art 217 -7 de la Lec) , so pena de imponer a una parte la carga de probar un hecho negativo, a la entidad bancaria acreditar su cumplimiento en los términos fijados por el legislador, en clara protección del cliente financiero o inversor. Y así y tal y como sostiene la sección novena de la AP de Valencia en

múltiples sentencias sobre esta materia “ es en la entidad bancaria, en la que recae la carga probatoria relativa a la información adecuada, transparente y veraz...”.

Y dado que se insta la nulidad por vicio de consentimiento y según reiterada jurisprudencia para que el error como vicio de consentimiento sea invalidante conforme al art 1265, 1º y al 1266 del C. Civil es preciso que:

a) sea esencial porque la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen y precisamente de la que de manera primordial motivo la celebración del negocio atendida la finalidad de este , esto es, porque recaiga, sin duda, sobre lo que el siguiente artículo del mismo cuerpo legal denomina "sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato". ha sufrido de una diligencia media o regular teniendo en cuenta la condición de las personas, siendo que de acuerdo con los postulados de la buena fe este requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando este no merece esa protección por su conducta negligente ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por este declarante .

Pero también es jurisprudencia consolidada la que determina que, como la excusabilidad del error es una medida de protección a la otra parte contratante y sus intereses negociales, esta no puede beneficiar a quien precisamente por el incumplimiento de deberes que a ella le incumben (deber legal de información transparente, clara y precisa de la entidad bancaria) ha producido la equivocación de la otra parte, es decir cuando el error es fruto de la negligencia de la parte que no lo sufre al incumplir un deber legal.

Hay que hacer referencia a la sentencia del Tribunal Supremo dictada con fecha 17/4 /2013 que incide en la importancia del perfil general de riesgo del inversor por lo que en el supuesto de que deba calificarse a éste como conservador frente a la evaluación de moderado, arriesgado y muy arriesgado, lleva a concluir que este perfil conservador desaconseja la inversión de fondos con un plazo de liquidez largo o sin tal plazo de liquidez, máxime si se ofrecen pingües beneficios por lo que debe tener especial relevancia. Por lo que aun partiendo del causismo propio de esta materia, en los supuestos de inversores de perfil conservador la suscripción de un producto bancario caracterizado por su alto riesgo, máxime si ese inversor no han asumido la eventualidad de liquidez a largo plazo o sin en definitiva la obtención de pingües beneficios o el aseguramiento cuando menos de la restitución del capital le ha movido a la contratación, debe prosperar la acción ejercitada por error en el consentimiento sin que pueda atribuirse al caso fortuito , sin que deben incidir el hecho de que las autoridades supervisoras y las agencias de calificación no hayan detectado vi las consecuencias indeseadas que de esos productos resultaban y sin que ello sea motivo suficiente para la confirmación de este contrato aun en el supuesto de que ese inversor en un principio hubiera obtenido una remuneración, constatada desde luego la falta de adecuada información sobre el riesgo del fondo en cuestión.

**QUINTO.-** Y partiendo de tales premisas y a la vista del resultado que arroja el conjunto de la prueba practicada habrá de concluirse que la entidad demandada no ha acreditado en modo alguno que cumpliera el deber de información que le incumbía y por lo tanto el consentimiento de la actora fue prestado por error y así la única documentación obrante en autos es la aportada por la actora y consistente en las ordenes de compra , el test de conveniencia y la documentación relativa al canje y no constando en autos por causa exclusivamente imputable a la demandada toda la documentación necesaria para poder sostener tal y como verifica que “ cumplió escrupulosamente con las obligaciones de transparencia e información establecidas por la ley”. Pero no sólo no existe documentación alguna acreditativa al respecto sino que tampoco contamos con la testifical del empleado que comercializo el producto puesto que la testigo cuyo BC figura en la segunda de las ordenes de compra no recordaba la comercialización y refirió que tan sólo intervino en el canje, y en todo

caso tal y como sostuvo respecto a la información que normalmente ofrecía : “ en ese momento no existía riesgo de que se perdiera el capital... la venta dependía de la oferta y la demanda...”, por lo que en definitiva no se han desvirtuado en modo alguno las alegaciones sostenidas en la demanda al respecto. Y no pueden perderse de vista las circunstancias personales de la hoy actora ( 69 años en el momento de la primera suscripción y 74 años en la segunda, jubilada, con estudios básicos) , circunstancias éstas totalmente reveladoras de su condición de cliente minorista, con nulos conocimientos financieros y además su condición de consumidora le hacia acreedora de la máxima protección. En definitiva la prueba practicada es completamente reveladora de la falta total de una información adecuada y real sobre los productos contratados y por ende evidentemente cuando la actora prestó su consentimiento para la compra de los productos, dicho consentimiento se hallaba viciado al existir una abierta divergencia entre aquello para lo que prestó su consentimiento y lo que realmente se quería, siendo tal divergencia ocasionada por una causa no imputable al prestador del consentimiento, que no tenía conocimiento alguno sobre los riesgos que asumía con su adquisición y por lo tanto se prestó un consentimiento viciado por error, al desconocer por no ser informada en modo alguno de los elementos esenciales de los productos y sus riesgos. Y ha de reiterarse que dado el perfil de la actora, resulta totalmente verosímil el que la adquisición de la totalidad de los productos contratados lo fueran no por iniciativa propia sino siguiendo las recomendaciones del personal de la entidad donde tenía sus ahorros y total confianza desde hacía años, y así no es razonable que un cliente con dicho perfil se decida por si misma y libremente, sin que se le ofrezca por la entidad, a adquirir productos con los que asume posiciones inversoras de riesgo máximo que, incluso, podrían implicar la pérdida de su dinero. Asimismo en modo alguno puede entenderse convalidado el negocio por los actos propios ya que la percepción de los intereses sin protesta alguna hasta la fecha en que se toma conciencia de la autentica naturaleza de los productos contratados es lógico ya que el cliente no alcanza hasta ese momento a percibir el error en el que ha incurrido y no desprendiéndose de la información bancaria y fiscal que se le remitía para la declaración del IRPF los riesgos.

**SEXTO.-** Por todo ello y en aplicación de la jurisprudencia anteriormente referida procede declarar la nulidad interesada con las consecuencias del art 1303 del CC, según el cual “ 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”.

Y lo mismo sucede respecto al CANJE por acciones de BANKIA S.A. afectado asimismo de nulidad por ser consecuencia de la suscripción de las obligaciones. En primer lugar porque, el consentimiento prestado para la ejecución de la operación de compra o “canje” por acciones de Bankia S.A. debe entenderse también viciado de error, lo que debe determinar la declaración de nulidad de la misma y así no consta que se diera a la actora opción alguna distinta para recuperar el dinero de la compra y tampoco existe prueba alguna respecto a las circunstancias y contexto concreto en que se produjo tal operación para sostener lo contrario.

Y la finalidad de este proceder la explica el informe de 11 de febrero del 2013 en el que la C.N.M.V. señala que las entidades no actuaron como era su obligación en interés de los inversores ya que tampoco establecieron procedimientos para informar a los compradores de que estaban ordenando la compra de los mencionados instrumentos a precios significativamente alejados de su valor razonable ni suponían de procedimientos para informar periódicamente sobre la valoración de los mencionados instrumentos a los tenedores de los mismos. Y concluyendo que las entidades (Bancaja, Caja Madrid y Bankia) incumplieron de forma no aislada o puntual el artículo 70 quater cuando no gestionaron los conflictos de interés generados por la realización de canjes entre sus clientes a precios significativamente alejados de su valor razonable. Las entidades no establecieron ninguna

medida destinada a impedir que los conflictos de interés señalados perjudicase a los intereses de los clientes compradores, ni tan siquiera la de revelar previamente la naturaleza y origen del conflicto a estos clientes antes de actuar por cuenta de los mismos perjudicándolos en beneficio de otros clientes que, de esta forma, conseguían la liquidez deseada y en beneficio de las propias entidades que estaban interesadas en facilitar liquidez a los vendedores. No se informó a los clientes de los riesgos que conllevaba el canje, sino que la entidad bancaria abusaba de su posición prevalente en relación con los clientes que aceptaban esta solución creyendo que así salvarían sus ahorros, cuando la realidad ha sido que la entidad bancaria que emitía las acciones no estaba en la posición de solvencia económica que aparentaba frente a ellos sino en una verdadera situación de insolvencia que trataba así de evitar pleitos sin tener que devolver el dinero.

Y, en segundo lugar, y lo que resulta más relevante porque existe una clara continuidad de la finalidad originaria y última perseguida por la actora, cual era recuperar el dinero de la compra. Y siendo nulo el contrato primitivo, también han de serlo el de suscripción de acciones (canje). Así resulta de la aplicación de la doctrina de la propagación de la ineficacia del contrato, ya que la ineficacia por nulidad relativa abarca o engloba la nulidad del contrato inicial y posteriores con el mismo origen, como señala la STS de 17 de junio de 2010 referida a contratos causalmente vinculados en virtud de nexo funcional.

En consecuencia, la nulidad de la orden de suscripción ha de llevar consigo también la de la subsiguiente operación de canje por acciones de Bankia S.A. Y este es el criterio sostenido por la sección novena de la AP de Valencia que de forma constante y reiterada, siendo exponente de dicho criterio la sentencia de 23 de enero de 2014 sostiene: “ El último motivo de recurso de apelación invoca la novación extintiva del negocio jurídico de adquisición de participaciones preferentes al haberse aceptado la oferta de recompra y adquisición de acciones de marzo de 2012 y por ende haber operado una resolución del contrato por mutuo acuerdo, resultando, por consiguiente, inviable la acción de nulidad instada, citando diversas sentencias de esta Sala, por quedar con tal conducta sanado tácitamente el error en su caso en el contrato de participaciones preferentes. El argumento de la parte apelante no puede ser estimado. Es obvio y evidente que no fue la demandante quien pidió el “ canje” de participaciones preferentes por acciones, pues la propia recurrente es quien afirma haberse visto obligada a tal operación por las reformas en la regulación bancaria y por ende al dirigirse a una clase específica y determinada de clientes del Banco ( los titulares de participaciones preferentes) nos encontramos como ya hemos resuelto en la sentencia de 30-12-2013 ante una “ recomendación personalizada” conforme al art 56 de la Directiva 2006/73 interpretada por la sentencia del TJUE 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. Con independencia de que en el documento aportado no se menciona a las “ participaciones preferentes”, la operación se ejecuta en una unidad de acto, pues el mismo momento y documento se efectúa la recompra de las preferentes ( aunque no se dice) y la suscripción de las acciones. Resulta también acreditado el absoluto desconocimiento de la demandante al significado de tal negocio jurídico, muestra evidente de ello es que incluso esta operación Bancaja la tilda para dicha persona de no conveniente en el test efectuado ad hoc, y el propio director de la sucursal, testigo en el juicio, contestó no dar explicación a tal operación con la actora. Por ello 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 jurídico y el producto tenido se convierte en otro diferente, luego la causa de oferta de la compra de acciones, reside en la tenencia de las preferentes y si la adquisición de estas es nula, no concurre causa en la adquisición de las

acciones, tal como ha aleccionado el TS en las sentencias de 22/12/2009 y 17/6/2010 y acarrea igual efecto de nulidad... luego la nulidad de la adquisición del producto objeto de cambio arrastra la nulidad del nuevo adquirido, excluyendo la aplicación del artículo 1311 del CC, pues no se demuestra que tal negocio ( acciones) fuese suscrito con pleno conocimiento del significado de las preferentes y además la entidad demandada conocía por el resultado del test no sólo su inconveniencia sino su falta de entendimiento por la demandante”.

Y por último y por lo que respecta al alcance de la restitución de las recíprocas prestaciones conforme a lo dispuesto en el art 1303 del CC , dicho 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 y es por ello que la parte demandada habrá de proceder a la devolución del principal invertido y los frutos que el capital ha generado, que se materializa en el interés legal devengado desde el instante en que se ejecuta la orden de compra como medio de lograr un justo reintegro patrimonial. Y asimismo deberá la actora reintegrar a la parte demandada la totalidad de los intereses o remuneraciones percibidas durante la vigencia del contrato y que comprende tanto lo efectivamente liquidado a la demandante como lo ingresado por el banco a la Agencia Tributaria, por cuenta de aquella, esto es, la prestación del banco y ello sin perjuicio de la reclamación que pueda realizar la demandante en sede tributaria, con el interés legal desde el instante en que se abonaron, así como devolver en su caso las acciones entregadas en el canje. Es doctrina jurisprudencial reiterada ( TS de 24 de marzo o de 22 de mayo de 2006) que la obligación de restitución de objeto y precio nace de la Ley, y no del contrato que se declara nulo, hasta el punto de que no es preciso que las partes hayan solicitado expresamente tal devolución, bastando con que se solicite la nulidad para que surja la consecuencia legalmente establecida, sin que suponga incurrir en incongruencia.

**SÉPTIMO-** Dada la estimación de la demanda, las costas procesales se imponen a la parte demandada, en aplicación de lo dispuesto en el art 394.1 LEC.

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

## FALLO

Que estimo la demanda formulada por la Procuradora D<sup>a</sup> Pilar Ibañez Martí en nombre y representación de D \_\_\_\_\_ contra BANKIA SA y contra BANCO FINANCIERO Y DE AHORROS y en consecuencia debo declarar y declaro la nulidad de la adquisición de las órdenes y compras de valores objeto del procedimiento, así como la nulidad del canje operado y procedo en consecuencia condenar a la parte demandada a reintegrar a la parte actora la suma de 27.000 € más los intereses legales desde las fechas de las respectivas ordenes de compra y asimismo condenar a la demandante a reintegrar a la demandada la totalidad de los importes de intereses o remuneraciones percibidas en virtud del contrato cuya nulidad se declara con el interés legal desde el momento en que se abonaron, así como a reintegrar las acciones percibidas en el canje y todo ello con imposición de costas a la parte demandada.

Contra la presente resolución cabe la interposición de recurso de **APELACIÓN** ante este Tribunal (artículo 455 LECn), dentro del plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente a su notificación. En la interposición del recurso el apelante deberá exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna (art. 458 LECn).