

## JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 10 VALENCIA

Avenida DEL SALER (CIUDAD DE LA JUSTICIA), 14º - 3º  
TELÉFONO: 96-192-90-19

N.I.G.: 46250-42-2-2014-0055250

**Procedimiento: Asunto Civil 001584/2014**

### SENTENCIA Nº 1/2016

En Valencia, a 30 de diciembre de 2015.

Vistos por \_\_\_\_\_ Magistrado-Juez en funciones de apoyo del  
Juzgado de Primera Instancia número 10 de Valencia, los autos de Juicio Ordinario  
nº 1584/2014, promovidos a instancia de  
\_\_\_\_\_, representados por la Procuradora  
\_\_\_\_\_, asistidos por la Letrada \_\_\_\_\_, contra la  
mercantil “Bankia, SA” (como sucesora de Bancaja), representada por la  
Procuradora \_\_\_\_\_ y asistida por la Letrada \_\_\_\_\_.

### ANTECEDENTES DE HECHO

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

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

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

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

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.**-La parte actora presentó demanda contra Bankia SA para que se declare la nulidad por falta de consentimiento, subsidiariamente anulabilidad por vicio del consentimiento consistente en error en los contratos suscritos por sus padres , fallecidos de quien traen causa por sucesión hereditaria, celebrados con la demandada, de

suscripción de participaciones preferentes serie A de fecha 3 de marzo de 1999 por importe de 60.000.- euros; de participaciones preferentes serie B de fecha 7 de abril de 2004 por importe de 120.000.- euros y de 2 de enero de 2006 por importe de 69.000.- euros; y de obligaciones subordinadas E8 de fecha 5 de mayo de 2004 por importe de 33.000.- euros (con un total de 282.000.- euros) y del posterior canje de las mismas por acciones de fecha 21 de marzo de 2012, subsidiariamente resolución contractual por incumplimiento y subsidiariamente indemnización de daños y perjuicios, condenando a la demandada a la restitución del capital invertido inicial de 282.000.- euros, y los intereses legales desde la fecha la adquisición. Se fundamenta en la normativa de protección del inversión de la Ley de Mercado de Valores y en los artículos 1261, 1265 y 1266, así como 6.3 del código civil alegando que la demandada incumplió la exigencia legal de transparencia diligencia y deber de información sobre las características y riesgo del producto pese al perfil minorista y conservador de los demandantes, dado su nivel de estudios y sin conocimientos financieros.

Por la parte demandada se alega con carácter previo, novación extintiva de los contratos de suscripción de obligaciones subordinadas por el canje de acciones y extinción de la acción de anulabilidad. Y en cuanto al fondo del asunto refiere que la calificación de minorista de los padres de los demandantes no le convierte en personas no aptas para la adquisición del producto financiero de autos, que el inversor adquirió el producto conociendo sus características, que el error padecido era inexcusable, debiendo desplegar una mayor diligencia el adquirente del producto financiero, que la infracción de normas administrativas no conlleva la nulidad del contrato y que no existió dolo por su parte.

**SEGUNDO.**-En cuanto a la alegación de novación extintiva derivada del canje de las participaciones preferentes por acciones de la entidad demandada, atendiendo que el artículo 1208 del Código Civil señala: *"la novación es nula si lo fuera también la obligación primitiva, salvo que la causa de nulidad sólo pueda ser invocada por el deudor, o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen"*, la cuestión

debe examinarse junto con la pretendida nulidad del canje de acciones por la parte actora.

De igual forma debe examinar la solicitud de extinción de la acción de anulabilidad por confirmación derivada del indicado canje, al estar sustentada la excepción en el indicado canje como base de la confirmación del contrato.

**TERCERO.**-En cuanto al **tipo de producto objeto de litigio**, en relación a las participaciones preferentes debemos estar a lo manifestado por la Audiencia Provincial de Valencia, Secc 9ª, Sentencia de 2 de diciembre de 2013 (R.A 556/13; Pte. Sr. Caruana), de tal forma que las participaciones preferentes “son valores emitidos por una entidad mercantil reguladas en la Ley 13/1985 de 25 de Mayo de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros cuyo artículo 7 fija constituyen recursos propios de las entidades de crédito y su Disposición Adicional Segunda, en la redacción vigente a Diciembre de 2006 viene a fijar las notas singulares de esta clase de producto de inversión. Así debe señalarse que el valor nominal de la participación preferente no es una deuda del emisor razón por la que el preferentista no tiene un derecho de crédito frente a la entidad y no puede exigir el pago del importe de la participación; no otorgan al suscriptor participación en el capital (no se ostenta por su adquisición la cualidad de accionista), tampoco se tienen derechos políticos (derecho de voto), ni otorgan derechos de suscripción preferentes; presentan carácter perpetuo y su rentabilidad no está garantizada al depender de los beneficios que obtenga aquella entidad pero sí que participa o cubre las pérdidas del emisor, hasta el punto de poder perder el monetario invertido por lo que el mismo tampoco está garantizado y por último, son productos propios o que cotizan en un mercado secundario. En caso de liquidación de la entidad emisora la posición del preferentista en la prelación crediticia está inmediatamente después de todos los acreedores, subordinados o no, y por delante de los accionistas ordinarios.

Las participaciones preferentes están expresamente mencionadas en el apartado h) del artículo 2-1 de la Ley de Mercado de Valores (en redacción dada por la Ley 47/2007) como producto comprendido en la aplicación de dicho texto legal, pero

con perfecto encuadre en el mismo artículo en su precedente redacción y de hecho no es objeto de discusión tal aplicación. La Comisión Nacional de Mercado de Valores describe a las Participaciones Preferentes como valores emitidos por una sociedad que no confieren participación en su capital ni derecho a voto, con vocación de perpetuidad y cuya rentabilidad no está garantizada. Además, advierte, son un instrumento complejo y de riesgo elevado, que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido; es decir, que son un producto de inversión al que se asocia un riesgo elevado de pérdidas.

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

Las obligaciones subordinadas son productos de renta fija a largo plazo, que pueden clasificarse como un instrumento financiero complejo de riesgo alto. Es un producto híbrido entre la deuda y las acciones. La deuda subordinada es pasivo para el banco y su denominación apela a su carácter subordinado en el orden de cobro en caso de una hipotética quiebra y, aunque tiene un vencimiento determinado, esto es, posee una fecha de emisión y de cierre determinada, si se

quiere amortizarlas antes de vencimiento habrá que ponerlas a la venta como si de una acción se tratara, en este caso en un mercado secundario, por lo que existe la posibilidad de perder parte o la totalidad del capital. No obstante, el principal problema radica en que, a diferencia de otros productos bancarios, existe un riesgo vinculado directamente a la solvencia de la entidad emisora, pudiendo perder no solo los intereses pactados sino también el capital invertido. Las Obligaciones Subordinadas son un producto complejo con riesgos superiores a los de una cuenta o depósito tradicional, por lo que el perfil del inversor de este tipo de productos debería ser un inversor especializado, y con conocimientos financieros, e invertir siempre cantidades ahorradas que el cliente se pueda permitir perder.

El carácter de productos complejos (exige ciertos conocimientos técnicos para su comprensión) y de alto riesgo como se ha expuesto, afecto a la normativa del mercado de valores, obliga a la entidad de servicio de inversión que las promociona, oferta o comercializa a prestar una detallada información.”

Respecto al **contenido y exhaustividad de dicho deber de información** en relación a los productos suscritos antes de la transposición de la Directiva 2004/39/CE (conocida como MIFID) a nuestro derecho mediante la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que reformó la LMV al efecto, y por el RD 217/2008, de 15 de febrero, ya existían normas que hacían hincapié en la obligación de 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 en la redacción dada por la Ley 37/1998 y la Ley 44/2002 en relación a las adquisiciones del año 1999 y 2004-2005, respectivamente, que imponía la exigencia en sus arts. 78 y siguientes, a todas cuantas personas o entidades ejerzan, de forma directa o indirecta, actividades relacionadas con los mercados de valores (con mención, de forma expresa, a las entidades de crédito), de una serie de normas de conducta tales como, entre otras, las de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado y asegurarse de que

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

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

de la prueba del error de consentimiento recae sobre la parte que lo alega, para lo cual se hace necesario el examen de la prueba practicada en cada proceso.

**CUARTO.**-En el caso concreto, en relación a la prueba del cumplimiento del deber de información suministrada por la entidad, por la parte actora en cuanto a la suscripción de los no se aporta documento alguno alegando que carece de los mismos y en cuanto al que se aporta las tres ofertas de recompra y suscripción de 21 de marzo de 2014 (Doc. 9 a 11 de la demanda).

Por la entidad demandada se aporta folleto y el test de conveniencia del canje de 21 de marzo de 2012 y certificado de abono de cupones.

A la vista de dichas circunstancias debe concluirse que la información que se aportó a los padres de los actores en relación a la suscripción de productos es claramente insuficiente, no consta que se informara a la cliente de forma proporcionada y correcta cuales son las características del producto, ni las consecuencias respecto al capital invertido, ni que se entregara ningún otro elemento que permita conocer el producto suscrito, tal como un folleto explicativo, en especial el riesgo que afectaba a dicha operación.

Por cuanto no se ha aportado un solo documento de aquellas, ni en cuanto a la información del producto, ni la entrega de esta a la parte, ni de la realización de practica alguna por la entidad bancaria dirigida a la obtención de un perfil del inversionista y averiguación de sus circunstancias concretas para la adquisición del producto, de tal forma que únicamente la entidad bancaria habría procedido a colocar dichos productos sin que conste que se asegurara de la adecuada información por parte de la actora de las características del productos y en especial sus riesgos.

Si bien la hija de los clientes, y actora D<sup>a</sup> Amparo Saborit Lledo, ha sido empleada de banca, de su declaración en el interrogatorio de parte, como de la declaración testifical de D. Enrique Vicente Tos Boix, quien fue su superior en su departamento,



consta que en dicha actividad laboral ejercía sus funciones en el departamento de prestamos, no teniendo conocimiento de otras funciones bancarias, ni empleándose en momento alguno, en los relativo a la contratación de los productos de autos.

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

**QUINTO.**-En relación a la acción principal, debemos distinguir entre inexistencia contractual, nulidad absoluta y anulabilidad o nulidad relativa. La inexistencia produce los mismos efectos que la nulidad absoluta pero es un concepto que implica la falta de un elemento esencial del negocio jurídico (declaración de voluntad, objeto, causa y forma en el caso de ser solemne el negocio). La nulidad absoluta implica la contravención de una norma imperativa o prohibitiva; siendo esta apreciable de oficio, y subsanable y con efectos frente a todos. La anulabilidad concurre cuando un negocio jurídico tiene algún vicio susceptible de invalidarlo, como lo sería un vicio del consentimiento; siendo así que el negocio hasta que sea anulado produce todos sus efectos.

En relación a la alegación de falta de consentimiento, el artículo 1.261 del CC establece como uno de los requisitos esenciales para que exista un contrato, junto al consentimiento y la causa, el objeto cierto que sea materia del negocio jurídico, de tal manera que a falta de tales requisitos el contrato debe considerarse inexistente y por ello nulo de pleno derecho. Para la concurrencia de este requisito es necesario que en el contrato queden definidos los derechos y obligaciones que asumen las partes como consecuencia del contrato, esto es, las prestaciones que deben realizar y las que tienen derecho a recibir de la contraparte.

Además del objeto y de la causa, la validez del contrato exige la prestación del consentimiento, que en este caso la demanda considera inexistente. Tradicionalmente se ha distinguido entre el error obstativo o invalidante, de un lado, también denominado error en la declaración negocial (SAP Madrid, Sección 14, de 3 de septiembre de 2012), al que se refiere el art. 1266.1 CC, determinante de la inexistencia del negocio por falta de uno de sus requisitos esenciales, como es el consentimiento, ex art. 1261 CC, pues se produce una ausencia radical de voluntad; y, de otro lado, el error sobre el contenido del contrato, como vicio del consentimiento, que sólo provoca la anulabilidad del contrato.

En los presente autos, no se ha aportado la orden de compra de valores, sin embargo dicha ausencia de prueba directa de la contratación, no puede significar de forma inmediata la falta de consentimiento contractual, por cuanto existen una serie de indicios y elementos postcontractuales que evidencian su aceptación por las partes, así el padre de los actores, debió observar el cargo en cuenta del precio del producto financiero, recibió el abono de cupones relativos a los interés pactados durante el tiempo de vigencia del contrato, y de igual forma recibiría información fiscal de sus emolumentos.

Nos encontraríamos ante un supuesto de consentimiento tácito o manifestación de una determinada voluntad aceptadora de la contratación del cliente, para lo que deben valorarse las relaciones preexistentes entre las partes, la conducta o comportamiento de estas y las circunstancias que preceden y acompañan al silencio susceptible de ser interpretado como asentimiento (ss. Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2008 y 26 de noviembre de 2010), pero dado que la voluntad no consta que se exteriorizó de modo directo mediante la palabra oral o escrita, es necesario que la conducta según los usos sea valorada como expresión de la voluntad interna, de suerte que el consentimiento puede ser tácito cuando del comportamiento de las partes resulta implícita su aquiescencia; también es cierto, según reiterada jurisprudencia, que el consentimiento tácito, como manifestación indirecta de la voluntad, ha de venir integrado por hechos concluyentes "facta

concludentia", que deben ser tenidos como inequívocos y terminantes, sin que sea lícito deducirlo de actitudes o expresiones de dudosa significación, ni del mero conocimiento, pues el hecho de conocer no significa por sí mismo consentir y el mero silencio no basta para entender que se produjo aquiescencia ( ss. Tribunal Supremo de 11 de julio de 1994 y de 20 de julio de 2006 ), por eso mismo la aceptación del abono de cupones y la inexistencia de alegación alguna en cuanto a cargo en cuenta del precio del producto denota la conformidad contractual, por lo que no cabe concluir la nulidad contractual por falta de consentimiento.

En relación a la acción subsidiaria de anulabilidad en relación a la existencia de vicio del consentimiento por error, siendo este una causa de anulabilidad de acuerdo con el artículo 1300 del código civil establece: "los contratos en que concurren los requisitos que expresa el artículo 1261 pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley"; y así la demandante sostiene un error que ha viciado su consentimiento a la hora de contratar, con carácter principal.

Por ello deberá examinarse si se cumplen los requisitos jurisprudenciales para la adopción de la acción, y por tanto la doctrina aplicable para que el error sea susceptible de anular un contrato. Y al respecto hay que recordar que, al amparo de lo dispuesto en los arts. 1261 y 1266 CC, es lugar común exigir la concurrencia de los siguientes requisitos.

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

la sustancia de la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieren dado lugar a su celebración”.

En segundo término, es común exigir a ese error sustancial que también sea excusable o no imputable al contratante que lo ha sufrido. La exigencia de este segundo requisito puede contrastarse en la STS 18-2-1994 [ponente: Luis Martínez-Calcerrada Gómez] (Roj: STS 968/1994), considerada como la decisión que contiene la formulación actual del requisito que ahora examinamos. Allí se dice que, para ser invalidante, “el error padecido en la formación del contrato, además de ser esencial, ha de ser excusable requisito que el Código no menciona expresamente y que se deduce de los llamados principios de autorresponsabilidad y de buena fe, este último consagrado hoy en el art. 7.C.c. Es inexcusable el error (de la STS de 4 de enero de 1982), cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular; de acuerdo con los postulados del principio de buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante pues la función básica de requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida por la declaración; y el problema no estriba en la admisión del requisito, que debe considerarse firmemente asentado, cuanto en elaborar los criterios que deben utilizarse para apreciar la excusabilidad del error: en términos generales -se continua- la jurisprudencia utiliza el criterio de la imputabilidad del error a quien lo invoca y el de la diligencia que le era exigible, en la idea de que cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible y que la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas: así es exigible mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto, (por ej., anticuarios en la S.T.S. de 28 de febrero de 1974 o construcciones en la S.T.S. de 18 de abril de 1978). La diligencia exigible es por el contrario, menor, cuando se trata de persona inexperta que entre en negociaciones con un experto

(S.T.S. 4 de enero de 1982) y siendo preciso por último para apreciar esa diligencia exigible apreciar si la otra parte coadyuvó con su conducta o no aunque no haya incurrido en dolo o culpa se concluye”.

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

Y, finalmente, también es preciso que el error se haya producido o se proyecte en el momento en que se forma y emite la voluntad; es decir, en el momento de la celebración del contrato y no en épocas posteriores. Son diversas las decisiones que sostienen que los vicios del consentimiento han de ser simultáneos al momento de formación del contrato y que, por tanto, son irrelevantes los acontecimientos posteriores a la prestación del consentimiento que, en su caso, podrán dar lugar a responsabilidad contractual pero no a la anulación del contrato. En particular, refiriéndose al error, puede consultarse la STS 29-12-1978 [ponente: Pedro González Poveda] (RJ 1978\4482), señalando que “no afectan al error los acontecimientos posteriores a la prestación del consentimiento”; STS 29-3-1994 [ponente: Pedro González Poveda] (Roj: STS 2118/1994), indicando que “es preciso que el error derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar”; STS 21-7-1997 [ponente: Pedro González Poveda] (RJ 1997\4235), afirmando que “el error es un vicio de la voluntad que se da o no en el momento de la perfección del contrato. No cabe alegar error en el contrato, respecto a un hecho que se ha producido en la fase de consumación”; o, en fin, la STS 12-11-2004 [ponente: Pedro González Poveda] (Roj: 7324/2004), reconociendo que “no puede

fundarse el error vicio del consentimiento contractual en el desconocimiento de un hecho acaecido con posterioridad a la prestación del consentimiento”.

**SEXTO.**-Respecto a las circunstancias de los padre de los actores en la prestación del consentimiento contractual debe concluirse que el error producido es esencial ya que recae en la naturaleza y objeto de lo contratado, por cuanto no tenia conocimiento de las características del producto, suponiendo estar contratando un plazo fijo o producto análogo desconociendo el contenido de lo que firmaba y sus consecuencias, en especial en cuanto a su perpetuidad, rentabilidad variable y negociación en mercado secundario. El error es igualmente excusable o lo que es lo mismo no es imputable a los clientes que lo ha sufrido sino a la parte demandada que no facilitó la información que le era exigible a tal fin, ni pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular, que los clientes no han trabajado en contextos relacionados con la inversión financiera, haciéndolo en el Ministerio de Defensa y ama de casa . En modo alguno puede atribuirse a los clientes la condición de “profesional” referenciada en la normativa reguladora del mercado de valores anteriormente expuesta sino la condición de “minorista”, dado el carácter de los productos bancarios de los que ha sido titular. No ha probado la parte demandada que tuviera dichos conocimientos financieros indicados. Tampoco ha acreditado la parte demandada la existencia de asesoramiento adecuado externo en el momento de la celebración del contrato.

A este respecto el hecho de que una vez adquirido el producto en el año 1999 los clientes no hayan mostrado queja o reclamación alguna del mismo, no permite suponer que conocieran las características del producto, sino que por el contrario, dado que el cliente en base a la confianza deposita en su entidad bancaria habitual, realizando aquellos una labor de asesoramiento, adquiere un producto, que en el mejor de los casos se le presenta como de renta fija, con alta rentabilidad, que podrá recuperar su dinero de forma rápida vendiendo el producto en un mercado secundario y sin penalización frente a lo que ocurre en un plazo fijo, estando garantizado por la entidad, omitiéndose por el contrario la verdadera naturaleza y características, en cuanto a rentabilidad, riesgos, posición en prelación de créditos,

y sin que la entidad haya determinado que el cliente conoce el producto y si es una operación conveniente para su situación financiera; y por el contrario recibe los cupones de forma periódica a los que la entidad se ha comprometido, cabe preguntarse, cual es el motivo para que el cliente reclamara a la entidad, en ese momento. Y ello a pesar que se producen en el tiempo varias ordenes de compra, sin que ello, en el presente caso, signifique un deber del actor de extremar su diligencia, ya que la actuación de la entidad financiera ha sido la misma en todos los supuestos, por cuanto no consta que ni en una sola de las operaciones informara de forma adecuada al cliente de las características del producto.

Debe tenerse en cuenta, que diferentes pronunciamientos jurisprudenciales restringen la concurrencia de la circunstancia de error en supuestos en que se han efectuado varias ordenes de compra sucesivas en el tiempo, al considerar que el cliente debería haber observado una mayor diligencia, por cuanto se entiende que si ya había sido adquirente de dicho producto y reitera la operación, el mismo debía tener un conocimiento de aquello que realizaba. No obstante en el presente supuesto deben tenerse en cuenta las circunstancias del cliente, por cuanto en el año 1999 cuando realiza la primera orden de compra no se practica información alguna sobre la naturaleza del producto, entendiéndose que se había contratado un plazo fijo o producto similar siguiendo la misma mecánica cuando celebró los siguientes contratos, es la entidad la que ofrece al cliente el producto para que proceda a la compra de los productos, los clientes no tienen un pasado financiero especulativo, no tiene conocimientos especial en la materia, adquiere los productos en la misma oficina con la que trabaja durante años, de tal forma que es perfectamente plausible que el cliente adquiriera los productos varios años después de la primera operación, únicamente a recomendación de la entidad bancaria y en base a la confianza depositada en la misma.

Del mismo existe un nexo de causalidad entre el error sufrido y la finalidad perseguida por el contratante con el negocio jurídico celebrado habiéndose producido el error en el momento de la celebración del contrato, por cuanto aquel

en ningún momento deseaba la contratación de unos valores sometidos a un mercado secundario, si no la imposición a plazo fijo o producto similar.

En base a lo anteriormente expuesto debe declararse la nulidad de los contratos de suscripción de participaciones preferentes y obligaciones subordinadas, por vicio del consentimiento determinado por error esencial y no imputable a los clientes, por cuanto resulta probado que en el presente caso el consentimiento del demandante para la compra de los productos fue prestado por error, y ello básicamente por tres motivos: 1) las circunstancias personales de los padres de los demandantes, que les alejan del perfil del inversor que adquiere esta clase de productos complejos; 2) las características de la operación financiera realizada incompatible con la intención o voluntad del actor; 3) la falta de prueba sobre el cumplimiento de los deberes de la entidad financiera en orden a la adecuada y completa información a su cliente consumidor de los riesgos del producto que suscribía, en particular con respecto a las previsible dificultades de su posterior transmisión y consiguiente recuperación de la suma invertida..

**SEPTIMO.**-En cuanto a los efectos jurídicos derivados de dicha declaración de nulidad, deberán las partes restituirse recíprocamente las prestaciones que fueron objeto de contrato, de conformidad con el artículo 1303 CC, que impone que deben restituirse recíprocamente las cosas del contrato con sus frutos y el precio con sus intereses, si bien teniendo en cuenta las ordenes de venta efectuadas por la parte actora de parte de los productos adquiridos. De esta forma se produce la "restitutio in integrum", con retroacción "ex tunc" de la situación, al procurar que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador. En este sentido citar la sentencia de 17 de septiembre del 2013 de la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia que al respecto ha resuelto que:"En relación con los efectos de la nulidad de los contratos suscritos, que se declara, han de concretarse, como solicita el demandante, en la mutua restitución de lo percibido por ambas partes, con sus intereses legales, desde las fechas de las liquidaciones correspondientes", y que "dichas cantidades devengarán, desde



las fechas de las correspondientes liquidaciones parciales, el interés legal correspondiente".

La declaración de nulidad de los contratos de adquisición de participaciones preferentes y obligaciones subordinadas debe extenderse también al negocio jurídico de canje por acciones de 21 de marzo de 2012, por falta de causa conforme el artículo 1275 del Código Civil, por ser nulo el contrato de preferentes y de obligaciones subordinadas cuyos efectos arrastran al de adquisición de acción, por cuanto de acuerdo con la doctrina de la propagación de los efectos de la nulidad a los contratos conexos, nuestra Jurisprudencia, admite que es posible la propagación de la ineficacia contractual a otros actos que guarden relación con el negocio declarado inválido «no sólo cuando exista un precepto específico que imponga la nulidad del acto posterior, sino también cuando presidiendo a ambos una unidad intencional, sea el anterior la causa eficiente del posterior, que así se ofrece como la consecuencia o culminación del proceso seguido». En consecuencia, siendo declarado nulo el contrato de adquisición de valores por vicio del consentimiento, la declaración de nulidad debe extenderse al negocio jurídico subsiguiente de canje por acciones.

A la misma conclusión de la propagación de los efectos de la nulidad al negocio jurídico de canje, se llega a partir de lo dispuesto en el art. 1208 CC, para el supuesto de novación extintiva de los contratos, según el cual «la novación es nula si lo fuera también la obligación primitiva, salvo que la causa de nulidad sólo pueda ser invocada por el deudor, o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen».

En supuesto semejante al presente donde el canje se efectúa a instancia de la entidad crediticia, tal y como se observa en el documento 9 a 11 de la demanda, se pronuncia la sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia en Sentencia de 30 de diciembre de 2013, al indicar: “Este Tribunal analizado el documento 1 de la demanda, reconocido por ambos litigantes, establece los siguientes datos de gran relevancia en la solución, así: a) Se trata de una oferta a iniciativa de Bankia para

determinados y específicos de sus clientes, los titulares de preferentes y subordinadas; b) Les ofrece sustituir tales valores por acciones de la propia Bankia; c) Les expone las ventajas de tal operación, pues se dice va a pasar de un producto sin vencimiento o con vencimiento alargado a otro que cotiza en bolsa y con liquidez inmediata; d) Fija Bankia una fecha tope para realizar tal operación, "antes del 23/3/2012" y la oferta se realiza el mismo mes; e) Explicita el riesgo de no aceptar tal oferta "le recordamos que la situación actual de los mercados puede suponer que, en el caso de que usted decidiese venderlas en el futuro en el mercado secundario, obtuviera un precio inferior a su valor nominal y no estaría garantizada una negociación rápida".

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

Por ello coincidimos con el Juez que no se trata de dos operaciones de inversión autónomas e independientes entre si, sino que por política comercial de la actora (prescindiendo de sus motivaciones y causas), es un mismo negocio, estando claramente vinculados las subordinadas a las acciones; si bien el producto tenido se convierte en otro diferente, la causa de ofertar la compra de acciones reside en la tenencia de las subordinadas y si la adquisición de estas es nula, no concurre causa en la adquisición de las acciones, tal como ha fundamentado la sentencia

recurrida con la cita jurisprudencial del Tribunal Supremo de 22/12/2009 y 17/6/2010 que damos por reproducida en aras a inútiles repeticiones.

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

Es por ello obligación de la parte demandada la devolución de las sumas reclamadas de 282.000.- euros, más los intereses legales devengados desde la fecha de las ordenes de compra, pero del mismo modo deberán los actores reintegrar las acciones derivadas del canje a la parte demandada así como la totalidad de los importes percibidos como intereses durante la vigencia del contrato, a determinar en ejecución de sentencia debiendo la ejecutada presentar certificación de dichos intereses.

En este sentido no cabe señalar que la imposición de restitución de las cuantías con sus intereses desde el momento de cargo en cuenta, suponga enriquecimiento injusto del actor, al ser un efecto derivado del precepto señalado, así la Sentencia del tribunal Supremo de fecha 4 de julio de 2011, recoge la Sentencia de fecha 4-11-1994, que señala: *“En ningún caso la pretensión del recurrente supondría un enriquecimiento injusto para él pues ..., no se enriquece torticeramente el que adquiere en virtud de contrato legal, que no ha sido invalidado o en virtud de un legítimo derecho que ejercita sin abuso...”* . Tratándose en el presente supuesto del uso ordinario de un derecho que ejercita la actora, apreciando que el momento del

inicio de dichos intereses derivado de la nulidad, se computan de forma retroactiva en Sentencia del Tribunal Supremo de fechas 23 de noviembre de 2011 y 22 de diciembre de 2009, en las que se distingue entre intereses derivados de la declaración de nulidad, intereses legales y en su caso intereses moratorios.

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

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

## **FALLO**

Que estimando la demanda formulada a instancia de  
representados por la Procuradora  
contra la mercantil "Bankia, SA" (como sucesora de Bancaja),  
representada por la Procuradora , debo declarar y declaro la  
nulidad de los contratos suscritos por sus padres  
, fallecidos de quien traen causa por sucesión hereditaria,  
celebrados con la demandada, de suscripción de participaciones preferentes serie  
A de fecha 3 de marzo de 1999 por importe de 60.000.- euros; de participaciones  
preferentes serie B de fecha 7 de abril de 2004 por importe de 120.000.- euros y de  
2 de enero de 2006 por importe de 69.000.- euros; y de obligaciones subordinadas  
E8 de fecha 5 de mayo de 2004 por importe de 33.000.- euros, así como del canje  
por acciones por la existencia de error esencial relevante y excusable en el  
consentimiento ordenándose la restitución recíproca de prestaciones que fueron  
objeto del contrato, inclusive la devolución de las acciones de Bankia resultantes,  
por tanto condeno a la demandada Bankia, SA a la devolución a la parte actora de  
la suma reclamada de 282.000.- euros en concepto del principal más los intereses  
legales devengados desde la fecha de las ordenes de compra, pero deduciendo de  
dichos importes las cantidades percibidas como intereses percibidos a determinar

en ejecución de sentencia debiendo la ejecutada presentar certificación de dichos intereses, si no se cumple voluntariamente la sentencia, más el interés legal desde las fechas de las correspondientes liquidaciones parciales; y con imposición de costas a la parte demandada.

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** recurso de apelación en el plazo de VEINTE días, desde la notificación de esta resolución, ante este tribunal, mediante escrito en el que deberá exponerse las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna. El recurso no se admitirá si al prepararlo la parte no acredita haber consignado en la entidad BANESTO y en la “Cuenta de Depósitos y Consignaciones” abierta a nombre de este Juzgado, con referencia al presente procedimiento, la cantidad de **CINCUENTA (50) EUROS** en concepto de **DEPÓSITO PARA RECURRIR**, conforme a la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial (introducida por L.O. 1/2009, de 3 de noviembre).

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

**PUBLICACIÓN.-** Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el/la Sr/a. Magistrado-Juez que la dictó, estando el/la mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, el/la Secretario Judicial doy fe, en VALENCIA , a 30 de diciembre de 2015.