

NOTIFICADO EL 7/01/2016

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 3  
VALENCIA**

Avenida DEL SALER (CIUDAD DE LA JUSTICIA), 14º - 2º  
TELÉFONO: 96-192-90-12

N.I.G.: 46250-42-2-2015-0049211

**Procedimiento: Asunto Civil**

**SENTENCIA NÚM.**

En Valencia, a cinco de enero de dos mil dieciséis.

Vistos por mí, Don Salvador U. Martínez Carrión, Magistrado-Juez Titular del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Valencia y su Partido, los autos de Juicio verbal, seguidos en este Juzgado con el número \_\_\_\_\_ a instancias de

\_\_\_\_\_, representado/a por el/la Procurador/a de los Tribunales D./D.ª Raúl Vicente Bezjak y asistido/a por el/la Letrado/a D./D.ª Isabel Mª Paolillo Gomis, contra BANKIA, S.A., representado/a por el/la Procurador/a D./D.ª Elena Gil Bayo y asistido/a por el/la Abogado/a D./D.ª Samuel Tronchoni, sobre acción de nulidad y reclamación de cantidad.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por la parte demandante se presentó demanda de juicio verbal, cuyo conocimiento ha correspondido tras su reparto a este Juzgado, en la cual solicitaba que se dictara sentencia conforme al suplico de la demanda previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente, que se dictara sentencia conforme al suplico de la demanda; y solicita se declare la nulidad de las orden de suscripción de obligaciones subordinadas, por ausencia de consentimiento contractual, con condena a la demandada Bankia a restituir la cantidad de 5.000 euros, menos los intereses abonados a la parte demandante, más intereses legales desde la fecha de adquisición de los productos; con imposición de costas; subsidiariamente, una acción de indemnización de daños y perjuicios.

**SEGUNDO.-** Dictada resolución ordenando la admisión de la demanda y su traslado al demandado, se citó a las partes para la celebración de vista, con las prevenciones legales pertinentes, señalándose para ello día.

**TERCERO.-** El día señalado se celebró el juicio, con la asistencia en

debida forma de ambas partes, ratificándose en sus pretensiones la parte actora y oponiéndose la demandada a las peticiones formuladas en su contra, en base a los hechos y con los fundamentos que consideró oportunos.

Seguidamente, se practicaron las pruebas propuestas y admitidas, únicamente la de documentos, habiéndose documentado dicho acto por los medios de grabación audiovisuales previstos en este Juzgado.

Terminado el juicio, quedaron los autos en poder del tribunal para dictar sentencia.

## **HECHOS PROBADOS**

Teniendo en cuenta el art. 217, LEC, relativo a la carga de la prueba, y sin olvidar que los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes están exentos de prueba, y el tribunal no puede obviarlos si son pertinentes y relevantes (ex – art. 281.3, LEC; STS de 28 de enero de 2003, Pte: Almagro Nosete, y STS de 14 de noviembre de 2013, Pte: Sarazá Jimena), y no debe valorar la suficiencia de la prueba sobre hechos reconocidos (STS de 15 de diciembre de 2003, Pte: Gullón Ballesteros).

En el supuesto presente, tras la prueba practicada, apreciada y valorada en su conjunto (posibilidad admitida por la STS de 31 de marzo de 2008, Pte: Corbal Fernández, y STS de 9 de junio de 2010, Pte: Gimeno-Bayón Cobos) pero teniendo especialmente en consideración los medios de prueba que se especifican, se estima acreditado lo siguiente:

1) *Características del cliente:* , padre de los demandantes, falleció el , y su profesión era médico (doc. 1 de la demanda: fotocopia de la escritura de partición de herencia y hecho no discutido en cuanto a su profesión), sin que conste que tuviera conocimientos financieros (testifical de la Sra. , hermana del fallecido, y sin que la demandada haya probado otra cosa).

Los demandantes, son hijos y herederos de y suceden a su padre en los derechos y obligaciones que éste tuviera en virtud de escritura de partición de herencia (doc. 1 de la demanda: fotocopia de dicha escritura)

2) *Relación cliente/entidad:* El Sr. era cliente de la entidad demandada, antes Bancaja, desde fecha no determinada anterior al año 2010 (hecho no discutido).

3) *Procedencia del dinero invertido:* No consta otra procedencia que la de ahorro acumulado en cuenta abierta en la entidad.

4) El Sr. , a efectos de la Directiva Europea en Materia de Instrumentos Financieros, conocida como MIFID, fue clasificados por Bancaja como “minoristas ... clasificación que implica un nivel de protección máximo” (hecho no discutido).

5) *Productos adquiridos:* El demandante, por medio de la entidad Bancaja, ha adquirido los siguientes productos financieros:

- Con fecha 1 de noviembre de 2011, Obligaciones Subordinadas Bancaja, Emisión 8ª, por importe de 5.000 euros (doc. 1 de la contestación a la demanda: certificado emitido por la demandada y hecho admitido).

5.1) *Información verbal:* No consta que se facilitara ninguna información de esta forma por parte de los empleados de la entidad demandada (el testigo propuesto

no ha comparecido, y fue la demandada quien propuso este medio de prueba y quien debía cuidarse de su comparecencia).

5.2) *Información escrita*: No consta que se facilitara información por escrito; ni tampoco consta que se practicara test de conveniencia o de idoneidad (el test que se acompaña con la contestación se refiere al canje y no a la adquisición de las obligaciones subordinadas).

6) *Canje voluntario de acciones*: En marzo de 2012, el demandante recibió una carta remitida por Bankia por la que se le ofrecía la posibilidad de sustituir esos valores por acciones de Bankia de nueva emisión, en la que se le indicaba que para mayor información y poder acudir a la oferta debería dirigirse a su oficina habitual antes del 23.3.2012; además, se le indicaba que si aceptaba la oferta pasaría a "formar parte del accionariado de Bankia, una de las principales entidades financieras nacionales, cuyos activos ascendían a 305.820 millones de euros", pero no se daba información alguna sobre el pasivo (hecho no discutido).

6.1) El día 23 de marzo de 2012, el demandante firmó documentos de canje de las participaciones por acciones de Bankia denominados "Oferta de recompra y suscripción". En virtud de dichas "orden de aceptación de la oferta", se vendían los títulos por un importe igual al ofertado por Banco Financiero y de Ahorros y se adquirían acciones por importe igual al efectivo ordenado correspondiente al pago inicial de los títulos. En concreto, el cliente vendió Obligaciones Subordinadas 8ª Emisión, por importe de 5.000 €, y adquirió acciones de Bankia por importe de 3.750 € (doc. 3 de la demanda).

7) Los anteriores productos han proporcionado al demandante una rentabilidad, por intereses percibidos, por un total de 108'57 euros (doc. 1 de la contestación: certificado emitido por la demandada, que se acepta frente a la afirmación de la demanda, porque las partidas de abono son las mismas, y la suma da 108'57).

8) La presente demanda se interpuso con fecha 30 de julio de 2015 (Diligencia de Decanato).

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PRIMERO: Objeto del proceso, legislación aplicable y legitimación pasiva de Bankia**

1.1. Objeto del proceso: La pretensión de la demanda interpuesta persigue, primero, la declaración de nulidad, bien por ser nulo de pleno, bien por ser anulable por vicio del consentimiento, del contrato suscrito con Bancaja, de compra de obligaciones subordinadas con fecha 1 de noviembre de 2011, por haber existido en su formación vicios del consentimiento, por error y por dolo de la demandada, y luego, como efecto de esa declaración de nulidad, que se condene a Bankia a devolver la cantidad de 5.000 € (realizando la operación aritmética que indica en el suplico), menos los intereses abonados al demandante como rentabilidad de los activos. Subsidiariamente, pretende la declaración de incumplimiento de Bankia de sus obligaciones, con la misma petición de condena dineraria.

La parte demandada se opone a todas esas pretensiones.

1.2. Legislación aplicable: La resolución del conflicto requiere tener en cuenta la fecha del contrato, con el fin de determinar la **legislación aplicable**, concretamente los arts. 78.bis, sobre clases de clientes, y 79.bis, sobre obligación de información, de la Ley del Mercado de Valores, preceptos incorporados a dicha LMV

en virtud de la reforma realizada mediante la Ley 47/2007, de 19 diciembre 2007, y que entraron en vigor el 21.12.2007; así como el 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.

**SEGUNDO: El error como vicio del consentimiento y la carga de su prueba. El incumplimiento de la obligación de informar como causa del error.**

2.1. La parte actora afirma que el incumplimiento por parte de la entidad demandada de las obligaciones que se establecen en la Ley del Mercado de Valores, especialmente las relativas a la obligación de información, para la comercialización de determinados productos a clientes minoristas, como el demandante, determina la nulidad de los contratos celebrados entre las partes conforme a lo dispuesto en el art. 6.3, CC, según el cual “los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”. Pero esto no es así exactamente. Admitiendo que la celebración de un negocio en contra de lo dispuesto en una prescripción o prohibición legal fundada en motivos de orden público, esto es, contrariando normas imperativas o prohibitivas, no basta la disconformidad con una ley cualquiera sino que es necesario que medien trascendentales razones que patenten el acto como gravemente contrario al respecto debido a la ley, la moral o el orden público (cfr. art. 1255, CC). Aquí el contrato reúne todos los elementos necesarios para su existencia (cfr. art. 1261, CC), incluido el consentimiento, que lo hubo (prueba de ello son las firmas del demandante en el contrato), aunque haya habido una actuación de una de las partes de la contratación, o de las dos, que puede provocar un vicio del consentimiento, determinante de su anulabilidad. Pero se rechaza desde ahora que estemos ante un supuesto de nulidad de pleno derecho o nulidad absoluta.

Tampoco el incumplimiento de las obligaciones de información que la legislación de protección al consumidor o la ley del mercado de valores imponen a la entidad financiera suponen ir contra el orden público; y de la antes citada SAP de Valencia, Sec. 9ª, de 3 de abril de 2013, Pte: Martorell Zulueta, se deduce que el incumplimiento de la obligación de informar podría dar lugar a un consentimiento viciado, lo que podría a su vez posibilitar una acción de anulabilidad no una acción de nulidad radical.

Y tampoco es causa de nulidad absoluta el carácter perpetuo de las participaciones preferentes. Este tribunal, en su sentencia de 10.9.2013, con relación a participaciones preferentes emitidas por un banco islandés, decía lo siguiente: “Es más, resulta chocante que se considere la “perpetuidad” de las participaciones preferentes como la razón de contravenir el orden público, cuando es precisamente uno de los requisitos en la regulación legal de las participaciones preferentes. Si la perpetuidad del producto fuera contraria a la ley o al orden público, no podría servir luego para que el propio legislador la acepte para contabilizar como recurso propio un producto de carácter perpetuo”. Criterio sostenido posteriormente por la STS de 8 de septiembre de 2014, Pte: Sancho Gargallo, del Pleno.

Respecto a si el incumplimiento de específicas obligaciones vinculadas a la obligación de informar constituyen causa de nulidad absoluta del contrato, y en concreto si la falta de los test de conveniencia o de idoneidad determina esa nulidad, la STS de 15 de diciembre de 2014, Pte: Sancho Gargallo, se ha planteado “en qué medida el incumplimiento del deber de recabar el test determina por sí la nulidad del contrato, que es lo que plantea la demandante en su recurso de casación”, para concluir que “no conlleva por sí sola la nulidad de pleno derecho del contrato”.

2.2. El consentimiento de los contratantes es un requisito esencial de los contratos porque si falta el consentimiento el contrato no puede darse (cfr. art. 1261, CC, al decir que “no hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1º consentimiento de los contratantes. ...”), consentimiento que supone una voluntad conforme con el contrato y que ha de ser una voluntad consciente y libre, de ahí que si el consentimiento está viciado, al haberse emitido por error, violencia, intimidación o dolo, debe considerarse nulo (ex – art. 1265, CC), y el contrato que cuente con un consentimiento viciado puede ser anulado (ex – art. 1300 y ss, CC).

**En cuanto al error como vicio del consentimiento**, la regulación del error vicio del consentimiento que puede conllevar la anulación del contrato se halla contenida en el Código Civil, en el art. 1266, CC en relación con el art. 1265 y los arts. 1300 y ss. Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea (cfr. STS de 20 de enero de 2014, Pte: Sancho Gargallo). Una precisión: la terminología de la ineficacia del negocio jurídico es muy poco precisa, incluso en el propio Código civil, de ahí que los arts. 1261.1º en relación con el 1265 y el 1300, debidamente interpretados y aplicados, producen el efecto de la anulabilidad, es decir, la posibilidad del ejercicio de la acción de anulación, acción constitutiva cuya sentencia produce la anulación, con efecto retroactivo (cfr. STS de 16 de mayo de 2014, Pte: O’Callaghan Muñoz). Siguiendo a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1996, Pte: González Poveda, los requisitos para que el error en el consentimiento invalide el contrato, conforme a lo dispuesto en el art. 1266, CC, serían: es indispensable que recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieran dado lugar a su celebración -art.1261.1º-, que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar, que no sea imputable a quien la padece, y que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado. Además, 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 principios de autorresponsabilidad y de buena fe, este último consagrado hoy en el art. 7 del Código Civil; es inexcusable el error, cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular; de acuerdo con los postulados del principio de la buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso, incluso las personales, y no solo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante pues la función básica del 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.

Por otro lado, es el demandante quien tiene **la carga de probar la concurrencia de los vicios del consentimiento**—en este caso, el error— en que funda su pretensión de nulidad del contrato; hay que partir de que el consentimiento manifestado, especialmente si fue ante notario, para la celebración de un negocio jurídico es, en principio, libre y conscientemente prestado por quien interviene en el mismo, y ello no requiere de motivación añadida alguna. Será la conclusión contraria, la negación de validez y de efectividad del consentimiento así prestado, la que habrá de motivarse adecuadamente en atención a las pruebas practicadas de las que ello se deduzca (cfr. STS de 12 de febrero de 2013, Pte: Salas Carceller).

2.3. **La falta de información como causa del error.** La STS de 21 de

noviembre de 2012, Pte: Ferrándiz Gabriel, afirma que no es correcta una equiparación, sin matices, entre defecto de información y error, al menos en términos absolutos, pero admite que “en muchos casos un defecto de información puede llevar directamente al error de quien la necesitaba”; de ahí que la doctrina sobre el error y la carga de su prueba deban ponerse en relación con la obligación de información que tiene la demandada. También, la STS de 20 de enero de 2014, Pte: Sancho Gargallo: “Por sí mismo, el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error”.

Al supuesto presente es aplicable lo dispuesto en los arts. 78.bis, sobre clases de clientes, y 79.bis, sobre obligación de información, de la Ley del Mercado de Valores, normas introducidas en la LMV por la reforma realizada mediante la Ley 47/2007, de 19 diciembre 2007, que entran en vigor el 21.12.2007, antes de la firma del contrato; y también es aplicable al caso, por la misma razón, el 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. Teniendo también en cuenta que para la STS de 18 de abril de 2013, Pte: Sarazá Gimena, con cita de la STS de 8 de noviembre de 1996, “la progresión en la protección del inversor que supone la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril, MiFID (Markets in Financial Instruments Directive), ha de ser tomada también en consideración en la interpretación de las obligaciones de la empresa que prestaba los servicios de inversión aunque cuando las partes concertaron el contrato no hubiera transcurrido el plazo de transposición pues el TJUE ha afirmado expresamente que la obligación de interpretación del Derecho interno a la luz de la letra y la finalidad de la Directiva vincula a los jueces con independencia de que haya transcurrido o no el plazo para la transposición”.

En cuanto a la finalidad de esa reforma legislativa y con un resumen de su contenido me remito a la SAP de Valencia, Sec. 9ª, de 6 de octubre de 2010, Pte: Caruana Font de Mora, entre otras muchas, destacando que la información que ha de practicarse, como señala el art. 79 bis-2, ha de implicar que el cliente pueda, en palabras del legislador, “tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa” (art. 79 bis-3), es decir, que el cliente ha de conocer y comprender el alcance y contenido de la operación, el riesgo que asume y sólo cuando conoce tales aspectos decidir si acepta o no la operación. Las entidades de crédito, especialmente al colocar participaciones preferentes entre clientes minoristas, tienen el deber general de “comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios.

En caso de productos complejos, la carga probatoria relativa a haber proporcionado al cliente la información adecuada, transparente y veraz recae en la entidad bancaria (en este sentido, la STS de 16 de septiembre de 2015, Pte: Sarazá Jimena, al examinar “la carga de la prueba de la información adecuada sobre la naturaleza y riesgos del producto financiero”, afirma: “La falta de prueba sobre la existencia de esa información no puede perjudicar al cliente, sino a la empresa de servicios de inversión, porque se trata de extremos que conforme a las normas aplicables a la pretensión ejercitada, enervan la eficacia jurídica de los hechos alegados por la demandante y que resultaron debidamente justificados, y son extremos cuya prueba está además a la plena disposición de la parte demandada, si es que tal información hubiera sido efectivamente facilitada”; previamente, la SAP de Valencia, Sec. 6ª, de 12 de julio de 2012, Pte: Mestre Ramos: “El “onus probandi” del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, que la

carga probatoria acerca de tal extremo debe pesar sobre el profesional financiero, respecto del cuál la diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica de un ordenado empresario y representante leal en defensa de sus clientes, 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”; SAP de Valencia, Sec. 9ª, de 5 de marzo de 2013, Pte: Andrés Cuenca); y ante la carga del actor de probar el error y la carga de la demandada de probar la información prestada, dice la SAP de Valencia, Sec. 9ª, de 20 de febrero de 2014, Pte: Martorell Zulueta, que “este Tribunal viene declarando que la carga de la prueba del error del consentimiento incumbe a quien lo alega, pero igualmente hemos declarado reiteradamente que la prueba de la información incumbe a la entidad bancaria que dice haberla efectuado, siendo que la prueba de la información es previa a la prueba del error”. Y las participaciones preferentes deben ser consideradas como un producto complejo tanto por las características del producto, antes expuestas, como porque esa es la calificación que resulta de lo dispuesto en el art. 79bis, LMV (cfr. SAP de Pontevedra, Sec. 1ª, de 4 de abril de 2013, Pte: Menéndez Estebáñez, y SAP de Valencia, Sec. 9ª, de 30 de diciembre de 2013, Pte: Caruana Font de Mora: “tal producto de inversión es de riesgo y complejo”).

Para la STS de 18 de abril de 2013, Pte: Sarazá Gimena, con relación a participaciones preferentes de Lehman Brothers, se trata de “valores complejos y de alto riesgo”, y “dada su complejidad, solo son evaluables en aspectos tales como la rentabilidad, la liquidez y el riesgo por medio de un proceso informativo claro, preciso y completo”.

En este punto debe tenerse en cuenta lo dispuesto en los arts. 72 a 74 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, antes citado, relativos a la evaluación de la idoneidad y de la conveniencia, a fin de conocer, especialmente mediante el denominado test de conveniencia “si el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado”.

Por ello, aunque este tribunal considera que la vulneración de las normas relativas al derecho de información sobre adquisición de estos productos financieros, participaciones preferentes o deuda subordinada, no llega a provocar la nulidad de pleno derecho del contrato (conclusión a la que llegan los magistrados de las Audiencias Provinciales de Galicia, en la jornada de 4 de diciembre de 2013 sobre participaciones preferentes), cuando el banco o la caja de ahorros no cumple “el estándar de diligencia, buena fe e información completa, clara y precisa” que le es exigible, esa vulneración puede ser determinante del error del cliente al prestar el consentimiento al contratar (criterio de la SAP de Valencia, Sec. 9ª, de 30 de diciembre de 2013, Pte: Caruana Font de Mora: “La omisión del deber informativo consecuente con que el cliente no esté 'con conocimiento de causa', exigido legalmente para tomar la decisión en el campo del mercado de valores, puede producir un consentimiento no informado y por tanto viciado por concurrir error, al no saber o comprender el suscriptor la causa del negocio y debe ser sancionado por mor del art. 1265, CC con la nulidad del contrato”).

**Con relación a productos financieros complejos**, dice la STS de 20 de enero de 2014, Pte: Sancho Gargallo: “El hecho de que el apartado 3 del art. 79 bis LMV imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, ..., el deber de suministrar al cliente minorista una información comprensible y adecuada de tales instrumentos (o productos) financieros, que necesariamente ha de incluir “orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos”, muestra que esta información es imprescindible para

que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento. Dicho de otro modo, el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero. ... . De este modo, el deber de información contenido en el apartado 3 del art. 79 bis LMV presupone la necesidad de que el cliente minorista a quien se ofrece la contratación de un producto financiero complejo como el swap de inflación conozca los riesgos asociados a tal producto, para que la prestación de su consentimiento no esté viciada de error que permita la anulación del contrato. Para cubrir esta falta de información, se le impone a la entidad financiera el deber de suministrarla de forma comprensible y adecuada. Pero conviene aclarar que lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente minorista que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera del deber de informar previsto en el art. 79 bis.3 LMV, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información. Al mismo tiempo, la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrarla de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente”.

Como dice la STS de 10 de septiembre de 2014, Pte: Sarazá Jimena: “En definitiva, lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento adecuado del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente que lo contrata una representación mental equivocada sobre las características esenciales del objeto del contrato, debido al incumplimiento por las empresas de inversión demandadas de los deberes de información que les impone la normativa del mercado de valores cuando contratan con clientes respecto de los que existe una asimetría informativa”.

Y en el caso presente, no cabe duda que el cliente, hoy demandante, tiene la cualidad de minorista.

2.4. Como muestra de la posición doctrinal de la Audiencia Provincial de Valencia, Sec. 9ª –que es la Sección que conoce en esta Audiencia los procesos sobre esta materia-, se cita la SAP de Valencia, Sec. 9ª, de 23 de enero de 2014, Pte: Caruana Font de Mora.

### **TERCERO: Obligaciones subordinadas: regulación legal.**

Las obligaciones subordinadas pueden considerarse una modalidad de empréstito, son obligaciones emitidas por la sociedad y representadas por anotaciones en cuenta, que se retribuyen con un interés y, en el supuesto concreto se emiten para amortizarse necesariamente en el plazo de 10 años a contar desde su emisión, aunque también hay obligaciones subordinadas especiales sin plazo de vencimiento, que pueden ser perpetuas. Sus características son similares a las obligaciones simples, aunque con una mayor rentabilidad, y la diferencia con ellas radica en que en caso de quiebra o concurso de la entidad emisora, en aplicación de las reglas de prelación de créditos, las obligaciones subordinadas se sitúan detrás de

los acreedores comunes.

Las obligaciones subordinadas comparten con las participaciones preferentes el hecho de que ambas reconocen o crean deuda contra su emisor, son instrumentos de deuda, tal y como regulan los arts. 401 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

Las Obligaciones Subordinadas se emiten conforme a la Ley del Mercado de Valores, 24/1988 de 28 de julio, RD Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, Ley 13/ 1992, de 1 de julio, de Recursos Propios y Supervisión en base consolidada de las Entidades Financieras.

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

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

#### ***CUARTO: Aplicación al caso de las normas sobre carga de la prueba (error en la adquisición de las obligaciones subordinadas)***

En el caso enjuiciado, alegado por la parte actora el error al prestar su consentimiento como causa de su petición de nulidad, era el demandante quien debía probar la existencia de ese error; y esa prueba ha tenido lugar precisamente porque la entidad demandada no ha probado que hubiera facilitado al cliente una información completa, clara y precisa, que le hubiera permitido prestar un consentimiento válido; todo ello por lo que seguidamente se explica:

Uno. El demandante tenía la condición de consumidor en el momento en que suscribió las obligaciones subordinadas; y a los efectos de la LMV, tiene la cualidad de minorista (hecho que aunque entraña una valoración jurídica no es discutido; cfr. STS de 7 de julio de 2014, Pte: Marín Castán, nº 384/2014), con las consecuencias que esa calificación conlleva.

Como dice la STS de 30 de junio de 2015, Pte: Sarazá Jimena, "ser cliente minorista implica una presunción de falta de conocimiento de los instrumentos financieros complejos y, consecuentemente, la existencia de una asimetría informativa que justifica la existencia de rigurosos deberes de información por parte de las empresas de inversión. Pero no significa, como pretenden los recurrentes, que el cliente sea necesariamente un "ignorante financiero", pues puede ocurrir que clientes que no reúnan los rigurosos requisitos que la normativa MiFID exige para ser considerado como cliente profesional tengan, por su profesión o experiencia, conocimientos profundos de estos instrumentos financieros complejos que les permitan conocer la naturaleza del producto que contratan y los riesgos asociados a él, incluso en el caso de no recibir la información a que la normativa MiFID obliga a

estas empresas". Y añade esta Sentencia que una importante cualificación profesional, como es ser ejecutiva de una importante empresa, por sí solo, "no supone que tenga los conocimientos suficientes para hacerse una idea cabal de la naturaleza y los riesgos del producto que contrataba, puesto que se trata de un sector de la contratación muy específico y, sobre todo, de un producto muy peculiar, que precisa de conocimientos especializados que no están al alcance de cualquier ejecutivo".

Dos. Carecía de experiencia previa en materia de productos de inversión. Quien debe probar que el demandante tenían el perfil de inversor experto es la entidad demandada, y esa prueba no se ha dado.

Tres. La entidad bancaria fue quien, por medio de su empleado, ofreció el producto al cliente demandante, pues no consta lo contrario, que fuera el cliente quien solicita.

Cuatro. La información escrita es insuficiente. La entidad bancaria demandada no realizó al cliente los denominados test de idoneidad o test de conveniencia; o lo que es lo mismo, no consta que, en cumplimiento de la normativa vigente, la entidad bancaria hiciese estudio alguno del perfil de los contratantes.

Aunque entendamos que el hecho de que no se haya aportado el test de conveniencia (art.79 bis 7 en relación con el RD 217/2008) practicado al cliente, a través del cual la entidad financiera debería evaluar y determinar el perfil inversor de sus clientes, no es lo relevante a efectos de conocer si ha habido o no un cumplimiento de la obligación de informar, si relacionamos la insuficiente información verbal y documental ofrecida al cliente, por lo antes expuesto, con el hecho de que no se sometió a los clientes a la práctica de dichas evaluaciones, o con el hecho de que el test fue elaborado directamente por el empleado de la entidad, limitándose el cliente a firmar sin otra comprobación de su contenido, debemos concluir que mal podía cumplir la entidad demandada su obligación de información clara y adecuada sobre la naturaleza y riesgos del instrumento financiero. Es decir, la omisión del test que debía recoger la valoración sobre el cliente, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de completo conocimiento del producto 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 (cfr. STS de 20 de enero de 2014, Pte: Sancho Gargallo).

Cinco. La información y posterior suscripción de las obligaciones subordinadas se realizó sin que mediara entre ambas tiempo suficiente para que el cliente pudiera reflexionar sobre la naturaleza y riesgos del producto de inversión que se le ofrecía.

No consta acreditado que se entregase al cliente, no ya previamente y con tiempo suficiente para su estudio sino ni siquiera en el momento de contratar, un folleto informativo sobre el producto (reproche efectuado, en un supuesto similar relativo a la suscripción de obligaciones subordinadas, por la SAP de Valencia, Sec. 9ª, de 31 de octubre de 2013, Pte: Martorell Zulueta, para la que "la carga de la prueba de tal extremo incumbe al banco, sin que sea suficiente la mera manifestación del director en contra de lo negado de adverso"; y también por la STS de 12 de enero de 2015, Pte: Sarazá Jimena: "las informaciones sobre riesgos contenidas en la documentación contractual, ... no fueron facilitadas a la demandante con la suficiente antelación, al hacerle la presentación del producto"; y la STS de 10 de septiembre de 2014, Pte: Sarazá Jimena declaró que en este tipo de contratos la empresa que presta servicios de inversión tiene un deber de informar con "antelación adecuada").

Seis. En cuanto a la información verbal facilitada, no consta que se diera, de este modo, ninguna información al cliente.

Siete. Que el cliente haya obtenido una alta rentabilidad, o que la mayor remuneración ofrecida por estos productos justifique el conocimiento del riesgo que la inversión implicada, como alega la entidad demandada, no son razones que debiliten los argumentos antes ofrecidos ni que muestren un consentimiento válido del cliente. Como dice la SAP de Valencia, Sec. 9ª, de 31 de octubre de 2013, Pte: Martorell Zulueta, en un supuesto en que el interés ofrecido era del 5'5% frente a una remuneración del plazo fijo muy inferior, con cita de la Sentencia de esa misma Sección de 5 de marzo de 2013, Pte. Sra. Andrés Cuenca, en la que en relación a la adquisición de participaciones preferentes por personas de características similares a los demandantes en la presente litis, y en referencia a la relación "rentabilidad/riesgo" declara: "En cuanto a la rentabilidad y el riesgo, ... cierto es que la primera y el segundo usualmente van ligados, de modo que a mayor rentabilidad, mayor es también el riesgo asumido, pero si tenemos en cuenta que los tipos de interés eran del 2'5 aproximadamente en aquel momento, ..., y lo que de estos productos se obtenía era un 5'25 o 5'50%, existe una notoria desproporción, ..., entre el riesgo asumido y el beneficio obtenido, que tampoco justificaría, ..., en las circunstancias concretamente concurrentes, prescindir de la seguridad, absolutamente, en aras a una rentabilidad que tampoco es desproporcionada".

Ocho. No se advirtió al cliente de las características del mercado en que debía hacerse la venta del producto para poder recuperar lo invertido.

Conclusión: Ello supone que el demandante incurrió en error al celebrar el contrato de adquisición de las obligaciones subordinadas, pues aunque fácilmente pudieran saber que el producto no era un depósito a plazo fijo, ni la entidad ni sus empleados les advertían de ninguna característica de las participaciones preferentes que permitiera a los clientes saber en qué estaban invirtiendo sus ahorros.

El error debe ser grave o esencial e inexcusable. No cabe duda de que el error recaía sobre elementos esenciales del producto adquirido, el depósito a plazo fijo tiene, por definición, un límite temporal, mientras que las participaciones preferentes son perpetuas, sin vencimiento determinado, elemento esencial del contrato. Pero, ¿era excusable el error?. Y se responde que en este caso sí lo era, porque no era imputable a quien lo padeció, el cliente. La complejidad de las participaciones preferentes y el riesgo que conllevan, junto a la diligencia que exige la Ley del Mercado de Valores a la entidad financiera, descargan en gran medida al cliente de la labor de información sobre la naturaleza de lo que está adquiriendo. A ello se une la confianza que el cliente, especialmente el cliente minorista, pone en los empleados de la entidad a la que confía sus ahorros y sus inversiones. De ahí que la diligencia que habrá de exigirse al cliente será mucho menor que la que normalmente pueda pedirse en otros casos. La STS de 12 de enero de 2015, Pte: Sarazá Jimena, al analizar el deber de información en relación con el carácter excusable del error, dice que "El incumplimiento por la demandada del estándar de información sobre las características de la inversión que ofrecía a sus clientes, y en concreto sobre las circunstancias determinantes del riesgo, comporta que el error de la demandante sea excusable. Quien ha sufrido el error merece en este caso la protección del ordenamiento jurídico puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba y asesoraba". La SAP de Valencia, Sec. 9ª, de 15 de febrero de 2011, Pte: Andrés Cuenca, con cita de otras suyas

anteriores, como la Sentencia de 17 de julio de 2008 y la SAP de Valencia, Sec. 9ª, de 14 de noviembre de 2005, Pte: Martorell Zulueta -esta última confirmada por la STS de 22 de diciembre de 2009, Pte: Xiol Ríos-, se refiere a “la especial complejidad del sector financiero -terminología, casuismo, constante innovación de las fórmulas jurídicas, transferencia de riesgos a los clientes adquirentes...- (que) dotan al mismo de peculiaridades propias y distintas respecto de otros sectores, que conllevan la necesidad de dotar al consumidor de la adecuada protección tanto en la fase precontractual -mediante mecanismos de garantía de transparencia de mercado y de adecuada información al consumidor (pues sólo un consumidor bien informado puede elegir el producto que mejor conviene a sus necesidades y efectuar una correcta contratación)- como en la fase contractual -mediante la normativa sobre cláusulas abusivas y condiciones generales, a fin de que la relación guarde un adecuado equilibrio de prestaciones- como finalmente, en la fase postcontractual, cuando se arbitran los mecanismos de reclamación”. Todo ello con el objetivo de conseguir un adecuado equilibrio de prestaciones y un mecanismo de garantía del inversor. De ahí que se concluya que el error era excusable.

Se trata de un cliente minorista que invierte sus ahorros en obligaciones subordinadas tras la sugerencia del empleado de la entidad financiera, sin recibir una información suficientemente abundante, precisa y sencilla como para comprender que está invirtiendo su dinero en un producto de máximo riesgo.

Y el error, además de ser excusable para el cliente, es provocado por la entidad, que venía obligada a conseguir que el inversor adquiriera plena conciencia del objeto de su contratación y, en mayor grado aún, del riesgo inherente a la operación.

Por tanto, existiendo un error en el consentimiento del demandante, al adquirir las obligaciones subordinadas, error que es grave, esencial y excusable, procede estimar la acción de anulabilidad, con los efectos que se dirán.

#### **QUINTO: Efectos de la declaración de nulidad (anulabilidad)**

A continuación debemos examinar los efectos de la declaración de nulidad del contrato.

##### **5.1. Nulidad del contrato de adquisición de participaciones preferentes.**

Los efectos son los mismos cuando se declara la anulabilidad de un contrato que cuando se declara su nulidad absoluta, esto es, son los previstos en el art. 1303, CC, según el cual "declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes". En este sentido, la STS de 4 de diciembre de 2008, Pte: Sierra Gil de la Cuesta, y la STS de 2 de julio de 2012, Pte: Gimeno-Bayón Cobos: “nuestro sistema parte de que la ineficacia de los contratos exige destruir sus consecuencias a fin de retrotraer la situación al estado previo a su perfeccionamiento para borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de los mismos se deriven efectos - quod nullum est nullum producit effectum (lo que es nulo no produce ningún efecto )-”.

##### **5.2. Nulidad del canje de participaciones preferentes por acciones como consecuencia de la nulidad de las participaciones preferentes.**

La declaración de nulidad de los contratos de adquisición de participaciones preferentes debe extenderse al negocio jurídico de canje por acciones, por dos tipos de razones: por un lado, porque la aceptación de una oferta de canje de participaciones preferentes u obligaciones subordinadas por acciones de la misma entidad emisora no sana el

vicio del consentimiento ya que no es un acto de confirmación del contrato de adquisición de valores. El art. 1309, CC dispone que la acción de nulidad (rectius, de anulabilidad) queda extinguida desde el momento en que el contrato haya sido confirmado válidamente; confirmación que puede hacerse expresa o tácitamente (cfr. art. 1311, CC), con el efecto de purificar al contrato de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración (ex – art. 1313, CC). Y no hay confirmación tácita porque el inversor, con el canje, lo que persigue es recuperar al menos una parte de la inversión y poder obtener liquidez de la misma, y el canje se le presenta como la única posibilidad de conseguirlo, si no quiere quedar a merced del FROB, que en virtud de las acciones de gestión vinculantes previstas en el art. 44 de la Ley 9/2012 tiene un gran poder de decisión discrecional sobre dichos títulos que podría terminar por evaporar su valor, pues puede también acordar de manera imperativa la recompra de valores por la entidad emisora al precio que determine él mismo. En este sentido, la STS de 12 de enero de 2015, Pte: Sarazá Jimena, para la que intentar recuperar la cantidad invertida no es un acto de confirmación del contrato.

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

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

El Tribunal Supremo ha admitido la propagación de los efectos de la nulidad de un contrato de inversión sobre el contrato realizado posteriormente para enjugar las pérdidas iniciales. Se trata de las SSTS de 22 de diciembre de 2009 y STS de 17 de junio de 2010. En ambos casos, la nulidad de una cláusula de un contrato de “inversión a plazo atípica” que vinculaba su retribución a la evolución en el mercado subsidiario de un subyacente, se propaga a los contratos de inversión posteriores que la misma entidad ofreció para recuperar el dinero porque “sin el primer contrato y las pérdidas que originó, quedaría privada de sentido la operación económica financiera en su totalidad, integrada también por los contratos posteriores”.

Y ese es también, con relación al **canje voluntario** de participaciones preferentes y deuda subordinada por acción de Bankia, el criterio de la SAP de Valencia, Sec. 9ª, de 30 de diciembre de 2013, Pte: Caruana Font de Mora, tras argumentar que la oferta de canje hecha por Bankia constituye una “recomendación personalizada”, en el sentido del art. 56 de la Directiva 2006/73 interpretada por la STJUE de 30 de mayo de 2013 -asunto C-604/2011-, considera que “no se trata de dos operaciones de inversión autónomas e independientes entre sí, sino que por política comercial de la actora, prescindiendo de sus motivaciones y causas, es un mismo negocio, estando claramente vinculados las subordinadas a las acciones; si bien el producto tenido se convierte en otro diferente, la causa de ofertar la compra

de acciones reside en la tenencia de las subordinadas y si la adquisición de estas es nula, no concurre causa en la adquisición de las acciones”, y concluye: “luego la nulidad de la adquisición del producto objeto de cambio, arrastra a la nulidad del nuevo adquirido, excluyendo la aplicación del art. 1311, CC pues no se demuestra que tal negocio (acciones) fuese suscrito con pleno conocimiento del significado de las subordinadas” (lo que es aplicable a las preferentes). En el mismo sentido, la SAP de Valencia, Sec. 9ª, de 23 de enero de 2014, Pte: Caruana Font de Mora.

Podría pensarse que tratándose de un contrato por el que se recompran las participaciones preferentes y se sustituyen por acciones de una sociedad anónima, el efecto de la resolución sería que la actora recuperase las participaciones preferentes y la entidad, a su vez, las acciones. Pero no es así, como se indicó en el apartado de hechos probados, para adquirir las acciones la actora tiene que vender los títulos por un importe igual al ofertado por Banco Financiero y de Ahorros y, luego, con lo obtenido de los títulos se adquirirían acciones por importe igual al efectivo ordenado correspondiente al pago inicial de los títulos, lo que supone que la demandante entregó un importe de dinero para adquirir las acciones y eso es lo que debe recibir.

Obviamente, pues es una consecuencia de lo dispuesto en el art. 1303, CC, como efecto de la nulidad/anulabilidad, “la demandante deberá restituir las acciones canjeadas y, además, la suma TOTAL percibida como rendimiento de dicho producto” (en este sentido, SAP de Valencia, Sec. 9ª, de 26 de junio de 2014, Pte: Martorell Zulueta, con cita de la SAP de Valencia, Sec. 9ª, de 19 de mayo de 2014, Pte: Andrés Cuenca).

### 5.3. Los efectos en el caso enjuiciado:

Anulado el contrato de adquisición de participaciones preferentes, el efecto de dicha anulación es que las partes se restituyan las recíprocas prestaciones, esto es, la entidad demandada deberá restituir a la parte demandante la cantidad de 5.000 euros, y la demandante, a su vez, deberá restituir el importe de los intereses percibidos que ascienden a la cantidad de 108'57euros, efectuando en este acto la compensación judicial entre ambas deudas, de forma que la demandada deberá abonar a la parte actora la cantidad de 4.891'43 euros.

En cuanto a los intereses, si tenemos en cuenta el tenor literal del art. 1303, CC, como las partes se entregaron dinero, las recíprocas devoluciones deberían ser con los respectivos intereses (legales) desde la/s fecha/s de la/s entrega/s. Pero esta obligación se va a moderar con apoyo en lo previsto en el art. 1103, CC, aplicable al cumplimiento de toda clase de obligaciones, y con el fin de evitar un enriquecimiento injusto –ahora por la parte demandante-, y a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha admitido la posibilidad de limitar los efectos de la nulidad.

Así, la STS de 9 de mayo de 2013, Pte: Gimeno-Bayón Cobos, con cita de la STS de 13 marzo de 2012, declara: “También esta Sala ha admitido la posibilidad de limitar los efectos de la nulidad ya que “[l]a "restitutio" no opera con un automatismo absoluto, ya que el fundamento de la regla de liquidación de la reglamentación contractual declarada nula y por la que se pretende conseguir que las partes afectadas vuelvan a la situación patrimonial anterior al contrato, no es otro que evitar que una de ellas se enriquezca sin causa a costa de la otra y ésta es una consecuencia que no siempre se deriva de la nulidad”. Posibilidad que también admite la SAP de Valencia, Sec. 8ª, de 19 de junio de 2014, Pte: Sánchez Alcaraz, “puesto que el fundamento de la regla de liquidación de la reglamentación contractual declarada nula y por la que se pretende conseguir que las partes afectadas vuelvan a

la situación patrimonial anterior al contrato, no es otro que evitar que una de ellas se enriquezca sin causa a costa de la otra y ésta es una consecuencia que no siempre se deriva de la nulidad”.

La razón de la moderación o limitación de los efectos es la siguiente: si se concediera, como se pide en la demanda, que la entidad demandada pagara o restituyera al cliente los intereses legales (recuérdese al 4% anual desde 2009, y antes al 5'50% ó 5%) desde la fecha en que éste hizo las adquisiciones de los productos de inversión, resultaría que el cliente estaría consiguiendo para su inversión una rentabilidad muy superior a la que hubiera conseguido en un producto seguro, sin riesgo, de gran liquidez (un “depósito a plazo fijo”, como creía que invertía), que en esas fechas no daban una rentabilidad superior al 2% anual; dicho de otra forma, pero fácilmente comprensible, le sería más rentable haberse equivocado, el error alegado, que no haberlo hecho y haber contratado un plazo fijo, como quería.

Si a ello unimos una realidad socio-económica, que no puede ser desconocida y constituye un hecho notorio, y es que el Estado ha tenido que intervenir para evitar la quiebra de entidades de crédito (entre ellas, Bankia y su matriz Banco Financiero y de Ahorro, S.A., que han recibido ayudas que ascienden a 22.424 millones de euros de fondos públicos, según la Resolución del FROB de 16.4.2013); y que para paliar los excesos cometidos por el sistema financiero español ha sido necesario requerir el apoyo de los socios europeos, mediante la suscripción del “Memorando de Entendimiento sobre Condiciones de Política Sectorial Financiera” (MoU), celebrado en Bruselas y Madrid el 23 de julio de 2012 y publicado en el BOE el 10 de diciembre de 2012, que permite el acceso a una línea de crédito de hasta 100.000 millones de euros (10% del PIB) para su aplicación a las entidades financieras que precisen de apoyo, de los que se ha dispuesto de unos 39.000 millones de euros, precisamente porque no se han incluido unos 14.000 millones de euros que corresponderían al ejercicio de acciones de gestión de instrumentos híbridos (participaciones preferentes) y deuda subordinada, de ahí que los organismos europeos quieran que a los titulares de participaciones preferentes se les trate como inversores y asuman los riesgos de sus inversiones como si de socios capitalistas se tratase, al menos los relacionados con entidades financieras rescatadas; y si estas ayudas, al final, han incrementado el déficit público, lo que supone que terminaremos pagándolas entre todos, vía impuestos; al final, a quienes habrá que proteger es a quienes no compraron participaciones preferentes.

Esta moderación, pese a lo alegado en el trámite de conclusiones por el letrado de la actora, no produce un enriquecimiento injusto para Bankia. De ahí que sea irrelevante a los efectos de este litigio, por ejemplo, que Bankia, actualmente, vuelva a tener beneficios. De esos beneficios resultarán favorecidos, además de los cargos ejecutivos de la entidad, los accionistas de Bankia, como es normal; y esperemos que el Estado pueda recuperar las ayudas. Pero sin estas ayudas, la entidad difícilmente hubiera podido superar su crisis y volver a obtener los beneficios, y tampoco podría cumplir con sus obligaciones -incluidas las que tiene con los preferentistas-; y las ayudas económicas son ciertas, las ha dado el Estado, es decir, todos. Como dice el editorial de El País de 12.5.2014: “Bankia es un caso de salvación con éxito en parte porque se ha volcado en sus balances una cantidad importante de ayudas públicas. En conjunto, casi 22.500 millones de euros que en estos momentos avalan todos los contribuyentes”. Por ello, la moderación persigue resolver el caso concreto sin perder de vistas las circunstancias generales concurrentes.

La SAP de Valencia, Sec. 7ª, de 24 de noviembre de 2014, Pte: Ibáñez

Solaz, después de declarar la nulidad de las operaciones de adquisición de participaciones preferentes y posterior canje por acciones por vicio del consentimiento dice, al referirse a los efectos, lo siguiente: “ambas partes contratantes deben restituirse recíprocamente las prestaciones que han recibido, de modo que la cantidad a devolver por Bankia no será la de 96.000 euros, sino que deberá ser reducida en aquella que resulte de sumar el total importe de los rendimientos obtenidos por las preferentes y subordinadas desde las fechas de sus respectivas adquisiciones hasta la fecha del canje, esto es 29.3.2012, que ascendieron a 3.286'8 euros. La cantidad así resultante, de 96.313'2 euros, devengará los intereses legales (art. 1108, CC) desde la fecha de la interposición de la demanda hasta la fecha de la presente resolución, desde la que dichos intereses se incrementarán en dos puntos (art. 576, LEC)”. Es decir, esta sentencia, sin entender necesario dar explicación alguna, ha aplicado la misma moderación a los efectos legales de la nulidad del contrato (art. 1303, CC), que con tanto rollo intentaba justificar y explicar este juzgador.

Por eso, la obligación de devolver los intereses, como efecto de la anulación, será únicamente desde la fecha de la interposición judicial.

#### **SEXTO: Costas e intereses**

En cuanto a las costas causadas, por aplicación estricta del criterio del vencimiento recogido en el art. 394.1, LEC, deben ser impuestas a la parte demandada, al haber sido rechazadas todas sus pretensiones; y a la misma solución se llega aplicando el criterio de la estimación sustancial, pues lo único no concedido es lo relativo a los efectos de la anulabilidad, que se han moderado.

En cuanto a los intereses, al tratarse de una obligación líquida, y por haberlo solicitado la parte actora, no existiendo pacto entre las partes, procede imponer a la parte demandada el pago de los intereses legales desde la fecha de la intimación o reclamación judicial (cfr. STS de 20 de enero de 2009, Pte: Ferrándiz Gabriel, de Pleno de la Sala de lo Civil, y STS de 19 de octubre de 2011, Pte: Corbal Fernández: “desde la intimación judicial -presentación de la demanda ex - art. 410 LEC”; y STS de 15 de diciembre de 2011, Pte: O'Callaghan Muñoz, Recurso 1580/2008: “desde la fecha de la intimación judicial que constituyó en mora al deudor, que es el acto de conciliación”) hasta la de la presente resolución, conforme establece el art. 1108 del Código Civil en relación con el art. 1100, CC.

De acuerdo con el art. 576, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, desde que fuere dictada en primera instancia, toda sentencia o resolución que condene al pago de una cantidad de dinero líquida determinará, en favor del acreedor, el devengo de un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos o el que corresponda por pacto de las partes o por disposición especial de la ley.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación

**FALLO:**

Que estimando la presente demanda formulada por

representado/a por el/la Procurador/a de los Tribunales D./D.<sup>a</sup> Raúl Vicente Bezjak, contra BANKIA, S.A., representado/a por el/la Procurador/a D./D.<sup>a</sup> Elena Gil Bayo, debo:

1) Declarar la nulidad (anulabilidad) de los contratos de orden de compra de obligaciones subordinadas, celebrados entre las partes en 1 de noviembre de 2011, por importe de 5.000 €.

2) declarar, como efecto del anterior pronunciamiento, la obligación de las partes de restituirse las prestaciones en la forma indicada en el fundamento jurídico quinto, apartado 5.2;

3) condenar a la demandada Bankia a abonar al demandante la cantidad de 4.891'43 euros, más el interés legal de dicha cantidad desde la fecha de interpelación judicial hasta la fecha de esta resolución, y el interés legal incrementado en dos puntos desde la fecha de esta resolución hasta su completo pago;

4) con expresa condena en costas a la parte demandada.

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** mediante RECURSO DE APELACIÓN ante la Audiencia Provincial (art. 455, LEC). El recurso de apelación se interpondrá ante este Tribunal dentro del plazo de VEINTE DÍAS contados desde el día siguiente a la notificación de la resolución que se impugne; y 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. 458.1 y 2, LEC).

Se indica también que para recurrir será necesario la constitución de un depósito por importe de 50 euros, en la entidad de crédito Banesto y en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta a nombre de este Juzgado, y acreditar su constitución, con apercibimiento de que no se admitirá a trámite ningún recurso cuyo depósito no esté constituido (DA Decimoquinta de la LOPJ, añadida por LO 1/2009, de 3 de noviembre: BOE 4.11.09).

Así, por esta mi 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 Letrado A. Justicia doy fe, en VALENCIA , a cinco de enero de dos mil dieciséis .