



Tlf. 96-1042724
Fax 96-3810149

ORTEGA & GARCIA ABOGADOS

C/ Colón 22-5ºb
46004 VALENCIA
www.ortegaygarcia.com

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO 1 DE VALENCIA

N.I.G.:46250-42-2-2013-0003080

Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO - 000114/2013-F

SENTENCIA nº 127/13

JUEZ QUE LA DICTA: JUAN CARLOS MOMPO CASTAÑEDA.

Lugar: VALENCIA.

Fecha: diecisiete de junio de dos mil trece.

Demandante: .

Abogado: ORTEGA GARCIA, JUAN JOSE

Procurador: BLASCO MATEU, FCO. JAVIER

Demandado: BANKIA SA.

Abogado:

Procurador:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que por la referida parte actora se dedujo demanda de juicio ordinario contra la expresada demandada en la que tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimo de aplicación terminaba suplicando se dictara sentencia por la que 1.- Se declare la nulidad/ anulabilidad de la compra de valores y órdenes de compra de suscripción de obligaciones subordinadas y el contrato de canje por error en el consentimiento. Se obligue a la demandada a



Tif. 96-1042724
Fax 96-3810149

ORTEGA & GARCIA ABOGADOS

C/ Colón 22-5ºb
46004 VALENCIA
www.ortegaygarcia.com

que devuelva a la parte actora la cantidad de 27.000 €, sin perjuicio de la restitución de las acciones a la entidad demandada en consecuencia de la devolución de las contraprestaciones, más intereses generados desde la fecha de realización del contrato nulo deduciendo los intereses o rendimientos cobrados por mi representado, con expresa imposición de los intereses legales resultantes de dicha deducción desde la fecha de la interposición de la demanda, incrementada en dos puntos desde la fecha en que se dicte sentencia, con expresa imposición de costas. 2.- Y subsidiariamente la acción por incumplimiento contractual basada en el asesoramiento negligente por parte de la entidad bancaria e indemnización de daños y perjuicios. Y en su virtud, SE CONDENE A LA ENTIDAD BANKIA, S.A. y/o entidades que se subroquen en sus derechos y obligaciones a_ 1º A estar y pasar por las anteriores declaraciones. 2º A pagar a mi representado la suma de 27.000 € más intereses generados desde la fecha de realización del contrato nulo deduciendo los intereses cobrados por mi representado, con expresa imposición de los intereses legales resultantes de dicha deducción desde la fecha de la interposición de la demanda, incrementada en dos puntos desde la fecha en que se dicte sentencia. 3º Al pago de las costas judiciales por impertivo legal y su evidente temeridad y mala fe en caso de oponerse a nuestras justas pretensiones.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se dio traslado a la parte demandada que contesto oponiéndose a la demanda en fecha 20 de marzo del 2013 por lo que a continuación se convocó a las partes a la audiencia previa que se celebro el 15 de mayo del 2013 en el que la actora se ratifico en la demanda y se recibió el pleito a prueba y a continuación se convoco a juicio que se ha celebrado el día 17 de junio del 2013 donde se practico la prueba admitida, quedando finalmente conclusos los autos para sentencia.

TERCERO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se ejercita por la parte actora demanda de juicio ordinario sobre nulidad/anulabilidad del contrato de depósito o administración de valores y sucesivas ordenes de compra de suscripción de obligaciones subordinadas y el contrato de canje por error en el consentimiento en base a los siguientes hechos: 1. - Los demandantes, actualmente jubilado y ama de casa, son titulares de 27 títulos de obligaciones subordinadas por importe de 27.000 €; 2º.- Durante toda su vida y en sus últimos años de vinculación con la entidad financiera ahora demandada, siempre han invertido su dinero



Tlf. 96-1042724
Fax 96-3810149

ORTEGA & GARCIA ABOGADOS

C/ Colón 22-5ºb
46004 VALENCIA
www.ortegaygarcia.com

en depósitos garantizados al 100 % debido a su perfil de clientes ahorradores y cadores no teniendo experiencia financiera; 3.-El director de la oficina ofreció suscribir unproducto carente de riesgos sin recibir ningún tipo de información de la inversión y los riesgos que conllevaba, así como sin la entrega de documentación detallada de la misma; 4.- Prestaron su consentimiento de forma viciada,esto es, se produjo un error en el consentimiento motivado por una información engañosa e insuficiente en todo caso; 5.- Los demandantes en fecha 14 de marzo de 2012 accedieron a efectuar el canje propuesto por la actual BANKIA al ser informado de que de otra forma perderían todo lo invertido, lo que hicieron bajo presión y con información engañosa; 6.- Destaca en la contratación de dicho canje, el cumplimiento de la normativa en cuanto a la información proporcionada por la entidad, ya que si se proporciona el test de idoneidad, y un folleto informativo, a diferencia de lo que ocurrió con la comercialización de las anteriores;7.- El error en que incurrió la parte actora es del todo excusable, fundando asimismo la acción de nulidad en el dolo con el que ha actuado la entidad demandada al ocultar su situación real de riesgo de insolvencia; 8.- Incumplimiento de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y de Real Decreto 217/08 y 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 y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005 de 4 de noviembre.

La representnación de BANKIA se opuso alegando: 1.- Alega en primer lugar la CADUCIDAD DE LA ACCIÓN. al amparo del art. 1301 CC; 2º. En segundo lugar la NOVACIÓN EXTINTIVA DEL CONTRATO DE ADQUISICIÓN DE OBLIGACIONES SUBORDINADAS IMPUGNADO, pues considera que no es posible, en términos jurídicos, plantear la anulabilidad de dicho contrato de adquisición de obligaciones subordinadas, al encontrarse el mismo ya extinguido, que el llamado canje, contituye un acto de confirmación tácita del contrato cuya nulidad o resolución se interesa en este procedimiento, y por tanto, como consecuencia de la confirmación, quedó extinguida la acción de nulidad, lo que determina la improsperabilidad de la acción; 3º. A continuación la INVIABILIDAD DE LA



Tlf. 96-1042724
Fax 96-3810149

ORTEGA & GARCIA ABOGADOS

C/ Colón 22-5ºb
46004 VALENCIA
www.ortegaygarcia.com

ACCIÓN DE NULIDAD DEL CONTRATO DE ADQUISICIÓN DE OBLIGACIONES SUBORDINADAS, AL ENCONTRARSE CANCELADO EL CONTRATO AL TIEMPO DE INTERPONER LA DEMANDA en base a que la demandante sabía perfectamente lo que estaba suscribiendo, entendía perfectamente y era plenamente consciente, que lo que se abrió en su momento, en concreto en el año 1991, era una cuenta de valores, inicialmente para la negociación y posteriormente también alcanza la orden de compra de Obligaciones subordinadas que aquí nos ocupa. Buscaba productos disponibles que ofrecieran mayor rentabilidad; 4º. La parte demandante ha tenido contratado en la entidad que represento muy diversos productos financieros, algunos de renta variable, con el consiguiente riesgo que ello supone, documento nº ocho por lo que en definitiva, rechazamos el planteamiento de la demanda. dado que no existió incumplimiento por parte de Bancaja (hoy Bankia), de las normas que rigen la colocación y comercialización entre el inversor minorista de este tipo de productos y no concurrió en la actora vicio o error en el consentimiento cuando realizó dicha contratación.

SEGUNDO.- CONCEPTO Y REGIMEN JURÍDICO DE LAS OBLIGACIONES SUBORDINADAS. Comenzar por señalar 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



Tlf. 96-1042724
Fax 96-3810149

ORTEGA & GARCIA ABOGADOS

C/ Colón 22-5ºb
46004 VALENCIA
www.ortegaygarcia.com

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.

A propósito de las obligaciones subordinadas cabe citar reciente sentencia de la SAP, Asturias sección 5 del 15 de Marzo del 2013 (ROJ: **SAP O 421/2013**) que analiza una reclamación derivada de obligaciones subordinadas y así dice:

debe señalarse con carácter previo que las obligaciones subordinadas , como pone de relieve autorizada doctrina -Tapia Hermida-, constituyen una mutación o alteración del régimen de prelación común a las obligaciones, que obedece al exclusivo propósito de fortalecer los recursos propios de las entidades de crédito y muy especialmente de las Cajas de Ahorros, caracterizándose porque en caso de quiebra o liquidación de la entidad de crédito tales obligaciones-préstamos ocupan un rango inferior a los créditos de todos los demás acreedores y no se reembolsarán hasta que se hayan pagado todas las demás deudas vigentes en ese momento, constituyendo uno de sus



ORTEGA & GARCIA ABOGADOS

Tlf. 96-1042724
Fax 96-3810149

C/ Colón 22-5ºb
46004 VALENCIA
www.ortegaygarcia.com

requisitos el que dichos fondos deben tener un vencimiento inicial de al menos 5 años, tras dicho período podrán ser objeto de reembolso, así como que las autoridades competentes podrán autorizar el reembolso anticipado de tales fondos siempre que la solicitud proceda del emisor y la solvencia de la entidad de crédito no se vea afectada por ello. La idea fundamental desde el punto de vista jurídico reside, como señala el profesor Sánchez Calero, "en que la entidad de crédito prestataria y el adquirente inversor prestamista pactan, entre otras condiciones, que tales préstamos ocupen un rango inferior a los créditos de todos los demás acreedores y no se reembolsen hasta que se hayan pagado todas las demás deudas vigentes en ese momento" y es por ello, como señala la doctrina, por lo que la computabilidad como fondos propios no reside tanto en la titularidad de los recursos captados ni en su funcionalidad, cuanto fundamentalmente en su inexigibilidad. La regulación de estas obligaciones la encontramos en la Ley 13/85. En este producto se pacta no ya que el crédito carece de privilegio alguno, sino que ni siquiera alcanza el estatus de crédito ordinario, se produce, como señala el profesor Sánchez Calero, un desplazamiento del crédito, de forma que el principio de la par conditio creditorum sufre en este caso una excepción contraria a la de los acreedores privilegiados, estamos ante una excepción "en menos" inversa a la de los privilegios, que altera el régimen común de prelación y que sitúa a las obligaciones subordinadas tras los acreedores comunes del derecho civil citados en el sexto lugar del orden establecido en el art. 913 del Código de Comercio . El precio de la postergación lo constituye el devengo de los intereses más altos que la media del mercado de renta fija privada, de modo que a menor seguridad de tales obligaciones debido a su carácter subordinado debe incrementarse la rentabilidad de las mismas. Como se infiere de la prueba practicada, y ya se anticipó en líneas precedentes, no era éste el producto que habían solicitado los demandantes, siendo un hecho pacífico que lo que ellos querían era una inversión a un plazo de unos dos años que devengara los mejores intereses posibles, con posibilidades de reembolso antes de su vencimiento.

Sentado lo anterior, y centrándonos en la información



ORTEGA & GARCIA ABOGADOS

Tlf. 96-1042724
Fax 96-3810149

C/ Colón 22-5ºb
46004 VALENCIA
www.ortegaygarcia.com

precontractual que se les dio a los demandantes, nos encontramos que la Ley del Mercado de Valores (RCL 1988, 1644; RCL 1989, 1149 y 1781) fue modificada por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre (RCL 2007, 2302), que incorporó al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/39/CE. En lo que aquí puede interesar, esta reforma obliga a tratar los intereses de los inversores "como si fueran propios" (artículo 79 de la Ley del Mercado de Valores), a dar una información "imparcial, clara y no engañosa" (artículo 79 bis 2), con el deber de facilitarles información comprensible "sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión" (artículo 79 bis 3), de suerte que tal información debe "incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias" (artículo 79 bis 3, pto, 3º), exigiendo, además, aunque no se preste el servicio de asesoramiento, un deber de la entidad de identificar la cualificación y conocimientos del inversor con relación a un concreto producto "con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente", debiendo advertir al cliente de su inadecuación cuando así lo sea (artículo 79 bis 7 de la Ley del Mercado de Valores).

El Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero (RCL 2008, 407), que derogó el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo (RCL 1993, 1560), reguló en los artículos 60 , 62 y 64 los parámetros esenciales de la información que deben prestar las entidades y, en concreto y en lo que aquí interesa, en el primero de los mencionados preceptos se establece que "...b) La información deberá ser exacta y no destacará los beneficios potenciales de un servicio de inversión o de un instrumento financiero sin indicar también los riesgos pertinentes, de manera imparcial y visible, c) La información será suficiente y se presentará de forma que resulte comprensible para cualquier integrante medio del grupo al que se dirige o para sus probables destinatarios, d) La información no ocultará, encubrirá o minimizará ningún aspecto, declaración o advertencia importantes".

En el presente caso es un hecho no discutido que el producto que adquirieron los demandantes está considerado oficialmente como un producto complejo de riesgo medio, siendo el Sr. Jacobo un



Tlf. 96-1042724
Fax 96-3810149

ORTEGA & GARCIA ABOGADOS

C/ Colón 22-5ºb
46004 VALENCIA
www.ortegaygarcia.com

cliente "minorista", debiendo recordar, y así lo reseñan los tribunales, que lo que determina la conducta informativa legalmente impuesta a la entidad bancaria no sólo depende del tipo de relación jurídica que se establezca entre ésta y el inversor, sino también, como se señala en dicha sentencia, de modo esencial el perfil del cliente, pues éste puede ser minorista, profesional o contraparte elegible, y al ser los actores inversores minoristas la protección es máxima cuando además el producto, como se dijo, es complejo (art. 79 bis. 8 a) en relación con el artículo 2 apdos. 2 al 8 de la Ley del Mercado de Valores). De donde se infiere que incluso hallándonos ante una operación de comercialización y no de asesoramiento la entidad queda obligada a prestar información con arreglo a lo establecido en el art. 79.7 de la Ley del Mercado de Valores .

TERCERO.- EL ERROR COMO VICIO DEL CONSENTIMIENTO.- Citar la reciente sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 21 de noviembre de 2012 , ha fijado una serie de pautas a la hora de analizar la concurrencia o no del vicio de consentimiento denunciado. Particularmente su fundamento de derecho cuarto señala:

Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta - sentencias 114/1985, de 18 de febrero , 295/1994, de 29 de marzo , 756/1996, de 28 de septiembre , 434/1997, de 21 de mayo , 695/2010, de 12 de noviembre , entre muchas -. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.

Es lógico que un elemental respeto a la palabra dada - "pacta sunt servanda" - imponga la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y pueda quien lo sufrió quedar desvinculado. Al fin, el contrato constituye el instrumento jurídico por el que quienes lo celebran, en ejercicio de su libertad - autonomía de la voluntad -, deciden crear una relación jurídica entre ellos, y someterla a una "lex privata" (ley privada) cuyo contenido determinan. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos - sentencia de 15 de febrero de 1977 -.



ORTEGA & GARCIA ABOGADOS

Tlf. 96-1042724
Fax 96-3810149

C/ Colón 22-5ºb
46004 VALENCIA
www.ortegaygarcia.com

I. En primer término, para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

II. Dispone el artículo 1266 del Código Civil que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer - además de sobre la persona, en determinados casos - sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo - sentencias de, 4 de enero de 1982 , 295/1994 , de 29 de marzo, entre otras muchas -, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato - artículo 1261, ordinal segundo, del Código Civil -. Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones - respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato - que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos de incorporados a la causa.

III. Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias - pasadas, concurrentes o esperadas - y que es en consideración a ellas que el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses.

IV. Como se indicó, las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la



ORTEGA & GARCIA ABOGADOS

Tlf. 96-1042724
Fax 96-3810149

C/ Colón 22-5ºb
46004 VALENCIA
www.ortegaygarcia.com

perfección o génesis de los contratos - sentencias de 8 de enero de 1962 , 29 de diciembre de 1978 y 21 de mayo de 1997 , entre otras -. Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano.

V. Se expuso antes que el error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente segura, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre un futuro más o menos próximo con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia.

VI. Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia - sentencias de 4 de enero de 1982 , 756/1996, de 28 de septiembre , 726/2000, de 17 de julio , 315/2009 , de 13 de mayo - exige tal cualidad, no mencionada en el artículo 1266, porque valora la conducta del ignorante o equivocado, negando protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida.

de lo que se trata es determinar si dicho incumplimiento generó el vicio, ya que, y como señala la sentencia del Tribunal Supremo antes citada, aunque en muchos casos un defecto de información puede llevar directamente al error de quien la necesitaba, no es correcta un equiparación, sin matices, entre uno y otro, al menos en términos absolutos.

De lo que se trata es determinar si dicho incumplimiento generó el vicio, ya que, y como señala la sentencia del Tribunal Supremo antes citada, aunque en muchos casos un defecto de información puede llevar directamente al error de quien la necesitaba, no es correcta un equiparación, sin matices, entre uno y otro, al menos en términos absolutos.



ORTEGA & GARCIA ABOGADOS

Tlf. 96-1042724
Fax 96-3810149

C/ Colón 22-5ºb
46004 VALENCIA
www.ortegaygarcia.com

En cuanto a la CARGA DE LA PRUEBA recordar que corresponde a la entidad bancaria pues como recoge **la SAP, Valencia sección 6 del 12 de Julio del 2012 (ROJ: SAP V 3458/2012)**, en una reclamación similar en que se pide la nulidad de participaciones preferentes

En relación con la carga de la prueba del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, y sobre todo en el caso de productos de inversión complejos, **ha de citarse la STS Sala 1ª, de 14 de noviembre de 2005 en la que se afirma que la diligencia en el asesoramiento no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes**, y, en segundo lugar, la carga probatoria acerca de tal extremo debe pesar sobre el profesional financiero, lo cual por otra parte es lógico por cuanto desde la perspectiva de los clientes se trataría de un hecho negativo como es la ausencia de dicha información.

CUARTO.- APLICACIÓN AL CASO DE LA DOCTRINA ANTERIOR. Procede a continuación analizar la prueba practicada que ha consistido en documental y la testifical practicada en el acto del juicio, En el acto del juicio declaró en primer lugar , Director de la sucursal desde el 2010, por lo que no intervino en esta operación. A continuación declaró comercial de Bankia desde el 2008, que intervino en el canje, es una posibilidad que se les dio para obtener liquidez, en ese momento se presuponía que iban a recuperar la inversión. Recuerda que se les paso tes de idoneidad y conveniencia a las dos personas. Las "x" las marcan en función de las contestaciones. Por último declaró D. , era interventor de Bankia en esa oficina desde 1994 hasta hace un año y medio que se jubiló, en el 2002 era por tanto el interventor. Desconoce la titulación que tiene o la profesión a que se dedicaban. Eran ahorradores. Cuando se comercializaba estaban dirigido a ahorradores. **No cree que se les advirtiera de los riesgos sino que se les informaba que tenían un buen interés.**

Por tanto la conclusión que se extrae de la prueba testifical practicada era que el perfil de los demandantes era el de ahorradores al que no se les informo de los riesgos que este



Tlf. 96-1042724
Fax 96-3810149

ORTEGA & GARCIA ABOGADOS

C/ Colón 22-5ºb
46004 VALENCIA
www.ortegaygarcia.com

producto conllevaba. El que la normativa cambiara con posterioridad a la celebración del contrato no significa que no se tratara de un producto igual de complejo en ambos periodos ni que no se debiera haber informado correctamente a los demandantes de las características del producto y sobre todo de sus riesgos. Es muy fácil captar al cliente si se les dice que el producto va a proporcionarle un interés superior a un plazo fijo y no se les explica todos los riesgos que el producto conllevaba, y más cuando ni siquiera se preocupan por saber cual es el grado de conocimientos que pueden tener en materia financiera que en el presente caso no consta que tuvieran siendo desconocidos por los testigos a que se dedicaban.

Respecto al test de conveniencia que se aporó como documento cuatro de la contestación para efectuar el canje no se pueden extraer las consecuencias probatorias que pretende la demandada, pues no sólo no acredita que se dio información adecuada a los demandantes sino que ha quedado desvirtuado de la prueba practicada la conveniencia de este producto para los demandantes y así citar nuevamente la sentencia SAP, Asturias sección 5 del 15 de Marzo del 2013 cuyas conclusiones se estiman aplicables al presente caso. Dice la citada sentencia:

como se señala en la sentencia de la AP de las Islas Baleares, de 3-11-12 , que con la legislación protectora de la parte contratante más débil se pretende garantizar el derecho de información al consumidor, al cliente bancario o como es el caso de autos al inversor minorista.

En la práctica se suele hacer constar en los contratos que suscriben los consumidores, clientes bancarios o inversores minoristas manifestaciones formales de haber sido, efectivamente, informados, con lo que se pretende que quede acreditado documentalmente el cumplimiento de las obligaciones legales de información a cargo de las entidades, todo ello en consideración a que, como ha dicho este mismo tribunal en su sentencia de 16 de febrero de 2.012 , la carga de la prueba de la correcta información y, sobre todo, en el caso de productos de



ORTEGA & GARCIA ABOGADOS

Tlf. 96-1042724
Fax 96-3810149

C/ Colón 22-5ºb
46004 VALENCIA
www.ortegaygarcia.com

inversión complejos, corresponde a la entidad financiera, por ser ella quien tiene la obligación legal de informar y por no poderse imponer al inversionista la carga de probar un hecho negativo, la no información.

La inclusión en el contrato de una declaración de ciencia en tal sentido en el caso del inversor, básicamente, que conoce los riesgos de la operación no significa, sin embargo, que se haya prestado al consumidor, cliente o inversor minorista la preceptiva información, no constituye una presunción "iuris et de iure" de haberse cumplido dicha obligación ni de que el inversor, efectivamente, conozca los riesgos, último designio de toda la legislación sobre transparencia e, información." Y ciertamente una expresión de lo que se dice puede hallarse en el artículo 89.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372), por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que considera como cláusulas abusivas "las declaraciones de recepción o conformidad con hechos ficticios"; precepto del que puede inferirse que son nulas las declaraciones de ciencia si se acredita que los hechos a los que se refieren son inexistentes o "ficticios", como literalmente expresa el texto legal.

Por todo ello habrá que entender que las declaraciones de ciencia o de "saber" generan una presunción de que la correspondencia con la realidad que indican es cierta, pero que ello no impide que dicha presunción quede desvirtuada si, mediante la pertinente actividad probatoria desplegada en el proceso, se demuestra que la correspondencia con la realidad es inexistente.

En el ámbito de la protección del consumidor, del cliente bancario o del inversor la información es considerada por la ley como un bien jurídico y el desequilibrio entre la información poseída por una parte y la riqueza de datos a disposición de la otra es considerado como una fuente de injusticia contractual. Por ello el legislador obliga al empresario, el banco o la entidad financiera a desarrollar una determinada actividad informativa. La acreditación de haber desarrollado la actividad informativa legalmente exigida se consigue, en principio, mediante las declaraciones de ciencia que se incluyen el contrato.



ORTEGA & GARCIA ABOGADOS

Tlf. 96-1042724
Fax 96-3810149

C/ Colón 22-5ºb
46004 VALENCIA
www.ortegaygarcia.com

En tal supuesto se genera una presunción "iuris tantum" de que se ha desplegado la actividad informativa exigible relativa a la naturaleza de los productos y a los riesgos que supone.

Dicha presunción puede ser desvirtuada en el proceso mediante la oportuna prueba, máxime cuando la doctrina de las Audiencias Provinciales, la denominada "jurisprudencia menor", viene manteniendo, en cuando a la carga de probar la suficiencia y claridad de la información, que "es la entidad de crédito la que debe probar que ha cumplido con los deberes de información necesarios según la legislación vigente" (sentencia 486/2010, de 4 de diciembre, de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos) y que "la diligencia que le es exigible [a la entidad financiera] no es la de un buen padre de familia sino la del ordenado empresario y representante leal, en defensa de los intereses de sus clientes" (sentencia de 16 de diciembre del 2010, de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Asturias).".

En el presente caso ha quedado suficientemente acreditado que se trata de personas mayores de edad, sin conocimientos financieros, a los que Bankia les ofreció el canje de acciones como medio de recuperar su dinero, ofreciendo además una información incorrecta pues es un hecho notorio y público que las acciones que se ofrecieron correspondían a una entidad solvente financieramente hablando cuando al poco tiempo se demostró que estaba en una situación técnica de quiebra que ha requerido el "rescate" con más de 20.000 millones y de ahí que en la actualidad carezcan prácticamente de valor las citadas acciones.

Resaltar el reciente informe de 11 de febrero del 2013 en el que la C.N.M.V. en cuanto señala que **las entidades no actuaron como era su obligación en interés de los inversores** ya que **tampoco establecieron procedimientos para informar a los compradores** de que estaban ordenando la compra de los mencionados instrumentos **a precios significativamente alejados de su valor razonable** ni suponían de procedimientos para informar periódicamente sobre la valoración de los



Tlf. 96-1042724
Fax 96-3810149

ORTEGA & GARCIA ABOGADOS

C/ Colón 22-5ºb
46004 VALENCIA
www.ortegaygarcia.com

mencionados instrumentos a los tenedores de los mismos" y más adelante concluye que "las entidades (Bancaja, CajaMadrid y Bankia) incumplieron de forma no aislada o puntual el artículo 70 quater cuando no gestionaron los conflictos de interés generados por la realización de canjes entre sus clientes a precios significativamente alejados de su valor razonable. **Las entidades no establecieron ninguna medida destinada a impedir que los conflictos de interés señalados perjudicase a los intereses de los clientes compradores**, ni tan siquiera la de revelar previamente la naturaleza y origen del conflicto a estos clientes antes de actuar por cuenta de los mismos perjudicándolos en beneficio de otros clientes que de esta forma, conseguían la liquidez deseada y en beneficio de las propias entidades que estaban interesadas en facilitar liquidez a los vendedores.

En definitiva de la prueba practicada se deduce que no nos hallamos ante un producto que respondiese a las peticiones del cliente y, por tanto, si éste lo firmó, ha de deducirse que ello fue debido a que no fue correctamente informado de su contenido. Como concluye la sentencia de la SAP, Asturias sección 5 del 15 de Marzo del 2013 cuyas conclusiones son aplicables al presente caso:

la entidad bancaria demandada, pese a las declaraciones al respecto contenidas en el contrato, no cumplió, a la suscripción de los contratos de autos, con su obligación de informar en los términos previstos en la Ley del Mercado de Valores (RCL 1988, 1644; RCL 1989, 1149 y 1781) para inversores minoristas y productos complejos, como eran los de autos, y aunque el empleado de la entidad bancaria manifiesta que se consideró en el test de conveniencia aportado como documento núm. 1 al fol. 68 de los autos que el Sr. Jacobo tenía conocimientos medios en el mercado financiero, tal conclusión la obtiene, según manifestó, porque aquél había tenido un fondo de inversiones; mas con independencia de que este extremo no ha sido ratificado por otro medio de prueba, es lo cierto que la experiencia referida, aún en el caso de haberse acreditado, lo que no es el caso, no exime a la entidad bancaria de sus obligaciones de facilitar información precontractual al inversor minorista. Debiendo asimismo



Tlf. 96-1042724
Fax 96-3810149

ORTEGA & GARCIA ABOGADOS

C/ Colón 22-5ºb
46004 VALENCIA
www.ortegaygarcia.com

consignarse que en el cuestionario aportado no figura el dato exigido en el apartado c. del art. 74 de la Ley del Mercado de Valores , referido al nivel de estudios, la profesión actual y en su caso las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes. A lo anteriormente expuesto debe añadirse que la Sra. Loreto no recibió ningún tipo de información", (como ocurre en el presente caso con la Sra.

QUINTO.-SOBRE LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN .-
Alega en primer lugar Bankia la caducidad de la acción en base al art. 1301 CC. Desde el punto de vista jurisprudencial, el inicio del cómputo del plazo de caducidad de contratos de tracto sucesivo como el de autos , con vocación de permanencia y no sometido a plazo, la fecha de ejercicio de la acción de anulación no debe considerarse caducada hasta que se consuma el contrato. A este respecto, base recordar la STS núm. 569/2003 (Sala de lo Civil, Sección Unica), de 11 junio , (...) dispone el art. 1301 del Código Civil que en los casos de error, o dolo, o falsedad de la causa, el plazo de cuatro años, empezará a correr, desde la consumación del contrato, norma a la que ha de estarse de acuerdo con el art. 1969 del citado Código . En orden a cuando se produce la consumación del contrato, dice la sentencia de 11 de julio de 1984 (RJ 1984, 3939) que «es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad del contrato de compraventa, con más precisión por anulabilidad, pretendida por intimidación, dolo o error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones (sentencias, entre otras, de 24 de junio de 1897 y 20 de febrero de 1928), y la sentencia de 27 de marzo de 1989 (RJ 1989, 2201) precisa que «el art. 1301 del Código Civil señala que en los casos de error o dolo la acción de nulidad del contrato empezará a correr «desde la consumación del contrato ». Este momento de la «consumación» no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar, como acertadamente entendieron ambas sentencias de instancia, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes , criterio que se manifiesta igualmente en la sentencia de 5 de mayo de 1983 (RJ 1983, 2669) cuando dice, «en el supuesto de entender que no obstante la entrega de la cosa por los vendedores el contrato de 8 de junio de 1955, al aplazarse en parte el pago del precio, no se había consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó....». Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó que «el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo», y la sentencia de 20 de febrero de



Tlf. 96-1042724
Fax 96-3810149

ORTEGA & GARCIA ABOGADOS

C/ Colón 22-5ºb
46004 VALENCIA
www.ortegaygarcia.com

1928 dijo que «la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó».

Tal doctrina jurisprudencial ha de entenderse en el sentido, no que la acción nazca a partir del momento de la consumación del contrato, sino que la misma no podrá ejercitarse hasta que no transcurra el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato que establece el art. 1301 del Código Civil . Entender que la acción sólo podría ejercitarse «desde» la consumación del contrato, llevaría a la conclusión jurídicamente ilógica de que hasta ese momento no pudiera ejercitarse por error, dolo o falsedad en la causa, en los contratos de tracto sucesivo, con prestaciones periódicas, durante la vigencia del contrato, concretamente, en un contrato de renta vitalicia como son los traídos a debate, hasta el fallecimiento de la beneficiaria de la renta.

La reciente sentencia SAP, Valencia sección 9 del 03 de Abril del 2013 (ROJ: SAP V 762/2013) dice que:

cuando se alega la existencia de un vicio de consentimiento por defecto de información, que es lo alegado en el caso, no estamos ante un supuesto de nulidad radical - como erróneamente se califica tanto por la parte demandante como por el magistrado "a quo" - sino ante una acción de anulabilidad. Así hemos tenido ocasión de declararlo con ocasión del examen de otros procedimientos análogos al que ahora nos ocupa (Sentencia de 13 de noviembre de 2012 -Rollo 591/2012 . Pte. Sra. Andrés Cuenca -, con cita de la Sentencia de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Castellón de 31 de mayo de 2012 Roj: Sap CS 672/2012) señalando que la existencia de un consentimiento viciado integra un supuesto de nulidad relativa conforme al artículo 1300 del C. Civil (" de acuerdo con los arts. 1300 y 1301 del Código los vicios invalidantes del consentimiento, intimidación, error o dolo, son causas de nulidad relativa o anulabilidad ") y no un supuesto de nulidad absoluta, como se pretende por la representación de la parte demandante, que invoca, precisamente en su demanda los artículos 1265 y 1266 del C. Civil respecto de los cuales el Tribunal Supremo declara que los vicios invalidantes del consentimiento (error, violencia,



ORTEGA & GARCIA ABOGADOS

Tlf. 96-1042724
Fax 96-3810149

C/ Colón 22-5ºb
46004 VALENCIA
www.ortegaygarcia.com

intimidación o dolo - 1265 CC) son causas de anulabilidad (STS de 31 de marzo de 2005) y no las propias de la nulidad absoluta (STS de 12 de junio de 2008), argumentando, a su vez, en cuanto al error (art.1266) la exigencia de que el mismo sea esencial y no imputable a la parte que lo padece (STS de 23 de junio de 2009).

Cóntinua analizando la caducidad de la acción.

No podemos acoger el motivo alegado por la representación de la parte apelante, pues tenemos declarado en Sentencia 911/2012 (Sra. Andrés Cuenca), con cita de las Sentencias de esta misma Sección 9 de julio de 2012 (Rollo 248/12) y de 11 de julio de 2011 (que a su vez se remite a las Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de septiembre de 2006 , 11 de junio de 2003 y 27 de marzo de 1989 , entre otras, relativas al cómputo del plazo de caducidad de cuatro años y la determinación del diez "a quo" del mismo) que:

"... hay que considerar si efectivamente la relación contractual que vinculaba a los demandantes con la demandada, como esta pretende, fue de tracto único, en cada una de las dos compras en que se sustenta la demanda, en cuyo caso la acción planteada por error en el consentimiento conforme el artículo 1301 del Código Civil estaría caducada, o no es así, siendo esta la posición que comparte la Sala, no porque nos hallemos ante una nulidad absoluta, por falta de alguno de los elementos esenciales del contrato conforme el artículo 1261 CC , sino porque en ningún caso los efectos de las dos órdenes de compra suscritas por los demandantes con mediación de la demandada concluyeron en tal acto, sino que, por el contrario, se prolongan en el tiempo, y así resulta de aquellas que uno de los productos suscrito era de duración "perpetua" y el otro, porque el programa informático no admitía una fecha sin precisión, fija el momento de finalización en 2039.

Claramente los contratos de compra despliegan sus efectos hacia el futuro y los seguían desplegando al presentar la demanda, sin que, en modo alguno, pueda entenderse que la función de la entidad bancaria demandada



ORTEGA & GARCIA ABOGADOS

Tlf. 96-1042724
Fax 96-3810149

C/ Colón 22-5ºb
46004 VALENCIA
www.ortegaygarcia.com

en que los demandantes y su hija tenían sus cuentas de ahorro, desde mucho tiempo antes, fuera de simple mediación, sin asesoramiento ni explicación alguna, en cuyo caso sería intrascendente el hecho de que aquellos no se produjeran efectivamente, sino que, por el contrario, además de la cuenta de ahorro tenían una cuenta de valores con la entidad, y así se ha certificado por la misma en este procedimiento -folio 248-.

[...]

En definitiva, en cuanto afecta a este primer motivo de recurso, en modo alguno los efectos de la contratación concluyen con la suscripción de la orden de compra, y, además, los productos contratados despliegan sus efectos en el tiempo, por lo que, evidentemente, la acción no puede estar caducada, si bien la ejercitada se ciñe a la anulabilidad por error en el consentimiento, conforme lo expuesto. El motivo, por ello debe ser rechazado."

Es lo cierto que el demandante no pudo ejercitar la acción sino cuando tuvo conocimiento del alcance de las consecuencias de lo pactado y de la imposibilidad de retirar el principal invertido, lo que se produce, como muy pronto, en 2012, fecha en que se les ofrece el canje y pues se les deniega la recuperación de lo invertido .Pero es que además el plazo de vencimiento según se observa en el documento uno era el 04/07/2022, por lo que tampoco se podría considerar que él computo del plazo de caducidad fue el momento de la compra de las obligaciones subordinadas.

Por ello, la acción ejercitada en el momento de interposición de la demanda no se encontraba caducada, al no haber transcurrido más de cuatro años desde que se consumado aún el contrato.

SEXTO.- A continuación la alegación de la novación extintiva por considerar que efectuado el canje no es posible plantear la anulabilidad del contrato, alegación que se desestima pues el vicio del consentimiento se ha apreciado tanto en la suscripción de las participaciones preferentes como en la orden de recompra y canje por acciones, pues no se informó correctamente a los clientes de los riesgos que conllevaba, abusando la entidad bancaria de su posición prevalente en relación con los clientes que aceptaban esta solución



Tlf. 96-1042724
Fax 96-3810149

ORTEGA & GARCIA ABOGADOS

C/ Colón 22-5ºb
46004 VALENCIA
www.ortegaygarcia.com

creyendo que así salvarían sus ahorros, cuando la realidad ha sido que la entidad bancaria que emitía las acciones no estaba en la posición de solvencia económica que aparentaba frente a ellos sino en una verdadera situación de insolvencia que trataba así de evitar pleitos sin tener que devolver el dinero. Reiterar el contenido del informe de 11 de febrero del 2013 en el que la C.N.M.V. antes transcrito que pone de relieve como incumplieron de forma no aislada o puntual el artículo 70 quater cuando no gestionaron los conflictos de interés generados por la realización de canjes entre sus clientes a precios significativamente alegados de su valor razonable, resaltando que no establecieron ninguna medida destinada a impedir que los conflictos de interés señalados perjudicase a los intereses de los clientes compradores, ni tan siquiera la de revelar previamente la naturaleza y origen del conflicto a estos clientes antes de actuar por cuenta de los mismos perjudicándolos en beneficio de otros clientes que de esta forma, conseguían la liquidez deseada y en beneficio de las propias entidades que estaban interesadas en facilitar liquidez a los vendedores.

SEPTIMO.- Por último resolver la alegación de inviabilidad de la acción de nulidad al encontrarse cancelado el contrato al tiempo de interponer la demanda invocando la demandada sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia Sección 9ª de 27 de marzo o 13 de febrero del 2012. Sin embargo la más reciente doctrina de la citada sección ha matizado las citadas sentencias en el sentido que la acción **podrá ejercitarse hasta que no transcurra el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato que establece el art. 1301 del Código Civil** y se encuentra recogida en SAP, Civil sección 9 del 05 de Marzo del 2013 (ROJ: **SAP V 771/2013**) que al respecto dice:

Al efecto, tal y como resumíamos en reciente sentencia de 21 de Enero de 2013 :

"La sentencia de esta Sala de 9/7/12, dictada en rollo 248/12 , ha venido a matizar la doctrina anterior de esta propia Sala, si bien, en general, en supuestos de finalización de efectos del contrato (por ejemplo, en caso de renovación, renegociación del contrato por otros posteriores) en que se



ORTEGA & GARCIA ABOGADOS

Tlf. 96-1042724
Fax 96-3810149

C/ Colón 22-5ºb
46004 VALENCIA
www.ortegaygarcia.com

afirmaba, como expresa la propia sentencia objeto de recurso, la inviabilidad de examinar el error como vicio del consentimiento por razón, estrictamente, de la finalización de efectos del contrato. Decimos ello sin perjuicio, obviamente, de la valoración que el propio hecho de la "finalización" del plazo contractualmente previsto, la ausencia de reclamación merezcan la consideración de actos propios o de ratificación contractual en relación con la pretensión de anulabilidad del contrato por error en el consentimiento, lo que, evidentemente, habrá de ser valorado con la cuestión de fondo. Se indicaba, expresamente, en dicha resolución que:

"Pese a lo indicado por ésta última, y en base a los hechos y fundamentos jurídicos de su demanda, la acción de nulidad ejercitada no viene realmente fundada en la inexistencia de consentimiento (ex artículo 1261 CC) - sin que conste tal afirmación en la sentencia dictada por esta Sala en fecha 6 de octubre de 2010 , tal y como pretende la parte apelante- y que efectivamente determinaría el no sometimiento a plazo alguno para su ejercicio, sino en la concurrencia de error en el consentimiento prestado con el argumento de que el legal representante de la entidad no tuvo cabal conocimiento del contenido de los contratos -supuesto de anulabilidad del artículo 1265 CC - respecto del que el artículo 1301 del Código Civil establece el plazo de cuatro años para el ejercicio de la correspondiente acción de nulidad , plazo que ha de computarse, como el mismo precepto establece, desde la consumación del contrato. Pues bien, a propósito de dicha cuestión esta Sala ya tuvo ocasión de pronunciarse en sentencia de fecha 11 de julio de 2011 (Pte. Sra. Martorell) indicando: "La norma aplicada por el magistrado "a quo" ha sido interpretada por la Sala Primera del Tribunal Supremo. Señala la Sentencia de 6 de septiembre de 2006 (Tol 1.014.544) que la ambigüedad terminológica del artículo 1301 CC al referirse a la "acción de nulidad ", ha sido precisada doctrinal y jurisprudencialmente en el sentido de distinguir lo que son supuestos de nulidad radical o absoluta y lo que constituyen supuestos de nulidad relativa o anulabilidad; resultando asimismo de la expresada Sentencia que el plazo fijado en el precepto para el ejercicio



ORTEGA & GARCIA ABOGADOS

Tlf. 96-1042724
Fax 96-3810149

C/ Colón 22-5ºb
46004 VALENCIA
www.ortegaygarcia.com

de la acción de nulidad es aplicable a las ejercitadas para solicitar la declaración de nulidad de los contratos y, por extensión, de los demás negocios jurídicos que " adolezcan de algunos de los vicios que los invalidan con arreglo a la Ley ", siempre que en ellos, según se desprende del artículo 1300 CC , al cual se remite implícitamente el artículo 1301 CC , " concurren los requisitos que expresa el artículo 1261 ", es decir, consentimiento, objeto y causa, sin los cuales " no hay contrato ". Cuando no concurren los requisitos establecidos en el artículo 1261 CC se está en presencia de un supuesto de nulidad absoluta o de pleno Derecho, equivalente a la inexistencia, cuya característica radica en la imposibilidad de producir efecto jurídico alguno, en la retroacción al momento del nacimiento del acto de los efectos de la declaración de nulidad y en la inexistencia de plazo alguno de caducidad o prescripción para el ejercicio de la acción correspondiente. Por su parte, en la Sentencia de 21 de enero de 2000 se declara que "...resulta inaplicable el artículo 1301 ... ya que el plazo de los cuatro años procede respecto a los contratos en los que concurren los requisitos del artículo 1261 , y las relaciones afectadas de nulidad absoluta, como la que nos ocupa, al resultar inexistentes en derecho, no pueden convalidarse con el transcurso del tiempo, al ser imprescriptible la acción de nulidad " (Y en los mismos términos las Sentencias de 22 de noviembre de 1983 , 25 de julio de 1991 , 31 de octubre de 1992 , 08 de marzo de 1994 , 27 de febrero de 1997 y 20 de octubre de 1999). .../... Habiendo sido expresamente controvertido en la alzada el dies "a quo" para el cómputo del plazo prevenido en el artículo 1301 del C. Civil para los casos de anulabilidad por error, dolo, o falsedad de la causa, en relación con la argumentación de la resolución disentida, conviene señalar que la Sentencia del 11 de junio de 2003 (Tol 276.114) declara que: "Dispone el art. 1301 del Código Civil que en los casos de error, o dolo, o falsedad de la causa, el plazo de cuatro años, empezará a correr, desde la consumación del contrato, norma a la que ha de estarse de acuerdo con el art. 1969 del citado Código . En orden a cuando se produce la consumación del contrato, dice la sentencia de 11 de julio de 1984 que "es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad



Tlf. 96-1042724
Fax 96-3810149

ORTEGA & GARCIA ABOGADOS

C/ Colón 22-5ºb
46004 VALENCIA
www.ortegaygarcia.com

del contrato de compraventa, con más precisión por anulabilidad, pretendida por intimidación, dolo o error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones (sentencias, entre otras, de 24 de junio de 1897 y 20 de febrero de 1928), y la sentencia de 27 de marzo de 1989 precisa que "el art. 1301 del Código Civil señala que en los casos de error o dolo la acción de nulidad del contrato empezará a correr " desde la consumación del contrato ". Este momento de la "consumación" no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar, como acertadamente entendieron ambas sentencias de instancia, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes ", criterio que se manifiesta igualmente en la sentencia de 5 de mayo de 1983 cuando dice, "en el supuesto de entender que no obstante la entrega de la cosa por los vendedores el contrato de 8 de junio de 1955, al aplazarse en parte el pago del precio, no se había consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó...". Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó que "el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo", y la sentencia de 20 de febrero de 1928 dijo que "la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó".

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

Partiendo de la argumentación expuesta, el primero de los motivos de recurso no puede prosperar, toda vez que la demanda se presenta poco después de la finalización del contrato y, antes de este momento, queda constancia de una reclamación por parte de la demandante -ya



Tlf. 96-1042724
Fax 96-3810149

ORTEGA & GARCIA ABOGADOS

C/ Colón 22-5ºb
46004 VALENCIA
www.ortegaygarcia.com

analizaremos en qué términos y con qué consecuencias- por lo que el motivo de recurso anudado a tal circunstancia temporal debe decaer.

Por tanto se desestima el motivo invocado.

OCTAVO.- Resta por resolver los efectos de la nulidad declarada. La consecuencia de la nulidad es la de restituirse recíprocamente las prestaciones que fueron objeto de contrato. Como mantiene el **TS en su sentencia de 17 de junio de 2010** y en una situación muy similar a la presente, los contratos están causalmente vinculados en virtud del nexo funcional, dado que sin las pérdidas de las participaciones preferentes no se hubiera celebrado el segundo, que tenía por finalidad tratar de paliarlas o conjugarlas. Debe mantenerse que existe una ineficacia en cadena o propagada, pues no hablamos tanto de contratos coligados a la consecución del resultado empírico proyectado, sino de contratos que actúan unos en condición de eficacia o presupuesto de los otros, de tal grado que la ineficacia del contrato de origen que es presupuesto acarrea la nulidad del contrato dependiente que es consecuencia suya. Los efectos de la nulidad que se declara se residencian en el **art. 1303 CC**, que impone que deben restituirse recíprocamente las cosas del contrato con sus frutos y el precio con sus intereses, sin que al caso le afecten los artículos siguientes. En consecuencia, el precepto define la "restitutio in integrum", con retroacción "ex tunc" de la situación, es decir, se intenta que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador. Es por ello obligación de la parte demandada la devolución de la suma reclamada de 27.000 € pero del mismo modo deberá el actor reintegrar a la parte demandada la totalidad de los importes abonados como intereses, constando que los beneficios obtenidos desde 2002 según consta en documento nueve ascendieron a 7943'27 € por lo que resulta un saldo de 19.056'73 €.n este sentido citar SJPI, A Coruña sección 7 del 22 de Abril del 2013 (ROJ: **SJPI 33/2013**) en cuanto resuelve que:

Los efectos de la nulidad que se declara se residencia en el art. 1303 del CC , que impone que deben restituirse recíprocamente las cosas del contrato con sus frutos y el precio con sus intereses. En consecuencia, el precepto define la "restitutio in



Tlf. 96-1042724
Fax 96-3810149

ORTEGA & GARCIA ABOGADOS

C/ Colón 22-5ºb
46004 VALENCIA
www.ortegaygarcia.com

integrum", con retroacción "ex tunc" de la situación, es decir, se intenta que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador. Es por ello, que procede acceder a la compensación interesada por la entidad bancaria al ser consecuencia directa de la declaración de nulidad y por ello la parte demandada deberá devolver la cantidad de 89.125,32 euros que corresponde a la diferencia existente entre el capital invertido 96.535,34 euros y los intereses abonados durante el período de vigencia de las participaciones preferentes y obligaciones subordinadas que asciende a 7.410,02 euros, más los intereses legales correspondientes desde la interpelación judicial, lo que lleva a la estimación parcial de la demanda.

Asimismo deberá restituir las acciones que le fueron entregadas en el canje. Nótese, en fin, y sirva como recordatorio que es doctrina jurisprudencial reiterada (sentencias del TS de 24 de marzo de 22 de mayo de 2006, entre otras muchas), que la obligación de restitución de objeto y precio nace de la Ley, y no del contrato que se declara nulo, hasta el punto de que no es preciso que las partes hayan solicitado expresamente tal devolución, bastando con que se solicite la nulidad para que surja la consecuencia legalmente establecido, sin que suponga incurrir en incongruencia. Citando palabras de la reciente SJPI, Madrid sección 3 del 08 de Abril del 2013 (ROJ: **SJPI 24/2013**) en una reclamación similar contra BANKIA en que se solicitaba también la nulidad del contrato fechado el 26/06/09 en virtud del cual suscribía, u ordenaba la suscripción a su nombre, de 500 participaciones preferentes de la entidad Caja Madrid Finance Preferred S.A.:

esa labor de indagación no consta realizada, al haberse obviado el imprescindible test de idoneidad, que en absoluto puede considerarse rellenado por el test de conveniencia que se dice efectuado, en el que sólo existen unas genéricas referencias al conocimiento de la terminología de los mercados financieros y características de los activos de renta fija, conteniendo además evidente confusión en alguna de las preguntas, como en la tercera, donde se mezclan conceptos como las inversiones de bajo riesgo del entorno euro con el de la naturaleza de la deuda perpetua; todo un despropósito como modelo de evaluación del



ORTEGA & GARCIA ABOGADOS

Tlf. 96-1042724
Fax 96-3810149

C/ Colón 22-5ºb
46004 VALENCIA
www.ortegaygarcia.com

conocimiento de la clienta. Pero por si hubiera alguna duda, es la propia comercial la que admite su total desconocimiento sobre la clienta, no sabía que era viuda, ni que había sido profesionalmente costurera, ni por tanto su nivel cultural, ni que tenía contratada una de las llamadas hipotecas inversas (ver documento nº 3 de la demanda), etc, es decir todo lo relativo a sus conocimientos y experiencia, su situación financiera y sus objetivos de inversión, ello sin contar con su edad, 80 años en la fecha de la contratación, dato éste que convierte la afirmación de la comercial de que a "la clienta no le importaba la liquidez" en un verdadero sarcasmo.

Y más adelante concluye:

necesariamente se ha de concluir que el prestado en este caso por la demandante lo fue viciado de error, esencial desde luego, al recaer sobre la esencia del producto financiero, (naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero y conflicto de intereses) y excusable, en tanto el mismo habría estado provocado por el incumplimiento por parte de la entidad bancaria de su obligación de información, cuando era en ella en la que la clienta confiaba el resultado de sus inversiones, y siendo por ello que, conforme a lo establecido en el **artículo 1265 del Código Civil**, procede declarar nulo el correspondiente contrato, (orden de suscripción de **participaciones preferentes**), y con las consecuencias previstas en el **artículo 1303 del mismo texto legal**, que no es otra que la restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, que en el presente caso debe dar lugar a la estimación de la demanda (pedimento 1), que debe completarse con el consignación de que la "deducción de las cantidades percibidas" por la demandante, como intereses abonados por la demandada, lo debe ser asimismo con más los intereses devengados por las correspondientes sumas desde su percepción.

OCTAVO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 de la LEC se imponen las costas a la parte demandada.



Tlf. 96-1042724
Fax 96-3810149

ORTEGA & GARCIA ABOGADOS

C/ Colón 22-5ºb
46004 VALENCIA
www.ortegaygarcia.com

En el presente caso no considero aplicable la excepción relativas a las dudas de hecho ni de derecho que justificarian la no imposición de costas pues en el presente caso era fácil para la demandada haber comprobado que no dio a la demandante la información que debía y en el presente caso la demandada pese a lo afirmado en la contestación no aportaba ningún documento acreditativo de haber dado dicha información, cuestión que le hubiera aclarado el personal de la Sucursal. En este sentido se pronunció la SAP, Castellón sección 3 del 16 de Abril del 2012 (ROJ: **SAP CS 446/2012**):

Pide también la recurrente con carácter subsidiario que, pese a la estimación de la demanda, no se le impongan las costas de la instancia, atendiendo a la concurrencia de dudas jurídicas de entidad suficiente para ello. Sabido es que el artículo 394 LEC , como antes el art. 523 LEC 1881 , sienta el principio del vencimiento. Con arreglo al mismo, las costas deben imponerse a la parte cuyas peticiones sean desestimadas totalmente, como aquí ha ocurrido. La única excepción a ello se da cuando el tribunal aprecie, debiendo en su caso explicarlo en la resolución, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. Y no apreciamos en el supuesto de autos la concurrencia de tales "serias dudas", en el bien entendido que deberá tratarse, no de las naturales, comprensibles y justificables divergencias que han dado lugar al debate jurídico, sino de dudas "graves, importantes y de consideración", tal como se recoge el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española y en una de las acepciones de la palabra "serio". Las serias dudas han de ser del tribunal, que es quien ha de valorar el grado de dificultad, no las que hayan podido tener los litigantes.No se dan tales serias dudas en el caso de autos, que no tienen cabida en el sentido a que se refiere el precepto citado y a los fines pretendidos por la recurrente. Como venimos razonando, la palmaria falta de información facilitada a la mercantil demandante vició su consentimiento negocial, lo que se ha verificado de forma contundente en la instancia y en esta alzada, por lo que con acierto le han sido impuestas las costas del primer grado jurisdiccional.



Tlf. 96-1042724
Fax 96-3810149

ORTEGA & GARCIA ABOGADOS

C/ Colón 22-5ºb
46004 VALENCIA
www.ortegaygarcia.com

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

FALLO

Que **ESTIMANDO** la demanda formulada a instancia de D. que han estado representados por el Procurador de los Tribunales D. FCO.JAVIER BLASCO MATEU, contra la entidad BANKIA, S.A que ha estado representado por el Procurador de los Tribunales **DEBO DECLARAR Y DECLARO** la nulidad del contrato de depósito o administración de valores y sucesivas ordenes de compra de suscripción de obligaciones subordinadas y el contrato de canje por error en el consentimiento **ordenándose la restitución recíproca de las cantidades entregadas como consecuencia de los contratos** y **DEBO CONDENAR Y CONDENO** a la demandada a la devolución de la suma reclamada de 27.000 € en concepto del principal, pero deduciendo de dicho importes las cantidades percibidas por la actora como intereses abonados por la demandada y respecto a la cantidad que resulte se devengarán intereses legales desde la interposición de la demanda; Asimismo deberá devolver las acciones entregadas en el canje; y con imposición de costas a la parte demandada

MODO DE IMPUGNACIÓN: recurso de apelación en el plazo de VEINTE días, desde la notificación de esta resolución, ante este tribunal, mediante escrito en el que deberá exponerse las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna. Así lo acuerda y firma SSª.

EL/LA JUEZ/MAGISTRADO,