

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 4 VALENCIA

Avenida DEL SALER (CIUDAD DE LA JUSTICIA), 14º - 2º
TELÉFONO: 96-192-90-13

N.I.G.: 46250-42-2-2014-0006407

Procedimiento: Asunto Civil 000181/2014

SENTENCIA Nº 253/2014

VALENCIA a veintiuno de noviembre de dos mil catorce

VISTOS por la Ilma. Sra. D^a BEATRIZ DE LA RUBIA COMOS. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número CUATRO de los de esta Capital, los presentes autos de Juicio Ordinario número 181.14 sobre acción de nulidad contractual y subsidiariamente resolución contractual con indemnización de daños y perjuicios, promovidos por **LA ASOCIACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS DE SERVICIOS GENERALES DE BANCA Y BOLSA en nombre de D. [REDACTED] y D^a [REDACTED]** representados por el/la Procurador/a D. Francisco Javier Barber Peris y asistida del/la letrado D. Vicente Ignacio Attard Torró contra **BANKIA S.A.**, representado/a por el/la Procurador/a D^a Elena Gil Bayo y asistido/a del letrado D. Enrique Calatayud Bonilla

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- El/La Procurador/a D. Francisco Javier Barber Peris en representación de **LA ASOCIACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS DE SERVICIOS GENERALES DE BANCA Y BOLSA que actúa a su vez en nombre de D. [REDACTED] y D^a [REDACTED]** presenta demanda de juicio ordinario contra **BANKIA S.A** en cuyo **suplico** interesa:

a).- Declarar la nulidad de pleno derecho –o inexistencia- de sendos contratos de fechas 6/3/2008 de suscripción de 12.000€ en participaciones preferentes (PPF) y de 31/7/2002 y de 14/10/2008 de suscripción de 15.000€ y 1.000€ ,respectivamente, en obligaciones subordinadas (OBS) , por error en el consentimiento, procedente del incumplimiento por Bankia, S.A. de sus deberes legales de información sobre la verdadera naturaleza, características y riesgos del producto financiero litigioso

b).- Declarar la nulidad de los dos contratos de canje (‘oferta de recompra y suscripción ‘) de las obligaciones subordinadas (16.000€) y de las participaciones preferentes (12.000€) litigiosas de fecha por acciones de Bankia, S.A., ambos de fecha 22/3/2012

c).- Condenar a Bankia, S.A. a reintegrar a los Sres. [REDACTED] y [REDACTED] las cantidades invertidas en obligaciones subordinadas y participaciones preferentes por un total de 28.000€ más sus intereses legales devengados (en sus distintas modalidades: legales y de mora procesal) desde la adquisición de las participaciones (de 12.000€ desde 6/03/2008) y de las obligaciones (de 15.000€ desde 31/7/2002 y de 1.000€ desde 14/10/2008) hasta su liquidación y pago, minorando las referidas cantidades con los réditos contractuales que, en su caso, se les hubieren abonado y se justifiquen en el proceso por la entidad financiera demandada.

d).- Condenar a Bankia, S.A. al pago de las costas procesales”

Y la funda esencialmente en los siguientes **hechos**:

-que los demandantes son mayores de 70 años, pensionistas jubilados, se han dedicado a trabajar en el campo desde los 16 años, no tienen formación específica ni experiencia financiera distinta a la actividad bancaria básica habiendo contratado habitualmente plazos fijos

-que el 30/7/2002 cancelaban un plazo fijo de 6.020'85€ y junto a otros ahorros invertían 15000€ en obligaciones subordinadas, y el 14/10/2008 suscribían otros 15.000€ siendo a iniciativa de la entidad sin información de riesgos del producto que contrataban

-que en marzo de 2008 cancelaban también otro plazo fijo de 6.045'70€ y junto con otros ahorros lo invertían en 12000€ de PPF BEF S/A, siendo un total de 28000€

-que los test de conveniencia se efectuaban con la indicación de que no quieren realizar el test

-que Bankia es sucesora de la caja de ahorros

-que tras el escándalo surgido en los medios de comunicación la entidad bancaria le conminó como única salida a efectuar el canje por acciones lo que realizaban el 22 de marzo de 2012 inducidos con la amenaza de quedarse sin nada

A estos hechos añade las consideraciones jurídicas sobre el tipo de productos adquiridos, el perfil de inversor de los actores y la normativa que considera de aplicación sobre el error en el consentimiento prestado por falta de la debida información y por ello la infracción de la normativa sobre protección del consumidor, condiciones generales de contratación, y la ley del Mercado de Valores

Admitida a trámite la demanda compareció BANKIA contestando a la demanda excepcionando caducidad de la acción y alegando sobre el fondo del asunto, en esencia:

-que las Participaciones Preferentes y las obligaciones subordinadas son valores negociables, instrumentos financieros de carácter híbrido, siendo un instrumento legal, que no puede considerarse como “complejo” o de “riesgo elevado” tratándose de valores negociables que se adquieren en propiedad y que por otra parte son transmisibles en un mercado secundario oficial Mercado AIAF

-que los demandantes habían suscrito otros productos de inversión de carácter arriesgado y

volátil como Fondos de Inversión y Bonos de Bancaja

-que Bancaja suministró toda la información necesaria debiendo presumirse la validez del consentimiento, habiendo recibido ganancias superiores a las usuales durante años

-el cumplimiento por parte de Bancaja de la normativa vigente aplicable al tiempo de la contratación, habiendo sido informada la actora verbal y documentalmente de las características esenciales del producto adquirido por lo que prestó su consentimiento informado

-la inexistencia de vicio del consentimiento dada la información suministrada refiriendo haber hecho entrega de folleto informativo, órdenes de compra y test de conveniencia

-que Bancaja no asesoraba sino que se limitaba a ejecutar órdenes actuando como mera intermediaria no existiendo ni asesoramiento financiero ni recomendación personalizada de inversión

-que la parte actora confirmó la validez del negocio al aceptar el canje por acciones

A lo anterior añadía la doctrina de los actos propios del demandante y la doctrina del consentimiento tácito, la información en fase precontractual así como en fase contractual con la firma de las órdenes de compra los efectos validatorios de la firma en los documentos, la falta de diligencia no excusable, las normas sobre comisión mercantil, inexistencia de error o vicio en el consentimiento y la inexistencia de dolo por Bancaja.

SEGUNDO.- Señalado día para la audiencia previa el 2 de julio de 2014 se celebró compareciendo las partes, quienes se ratificaron en sus escritos, solicitaron el recibimiento del pleito a prueba y propusieron prueba.

Como **medios de prueba** se propusieron:

Por la parte actora: **documental y pericial de D^a Nuria M^a García Pascual y D. Miguel Gálvez Hernández**

Por la parte demandada: documental y testifical del empleado BC 216603

El 12 de noviembre se celebraba el acto de juicio, con el resultado que consta en el soporte de grabación y que, en aras a la brevedad se da aquí por reproducido.

TERCERO.-En la sustanciación de los presentes autos se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Cuestiones Generales

La sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sec. 1^a, de 4 de abril de 2013, describe de forma detallada las características de las participaciones preferentes concluyendo

que se trata de un valor complejo según el siguiente razonamiento: "La participación preferente se regula en la disposición adicional segunda de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros, introducida en ésta por la Ley 19/2003, de 4 de julio, y modificada por el art. 1.10 de la Ley 6/2011, de 11 de abril, por la que se transpone a nuestro Derecho la Directiva 2009/111/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, en función, especialmente, de determinar las condiciones para admitir como recursos propios de las entidades de crédito a los que denomina instrumentos de capital híbridos, entre los que se incluye la participación preferente.

La participación preferente es un valor negociable de imprecisa naturaleza. Superficialmente parece responder a un valor de deuda por lo que, de partida, encajaría en la naturaleza propia de las obligaciones ex arts. 401 y ss. LSC, ya que éstas se caracterizan porque «reconocen o crean una deuda» contra su emisor; además, su regulación legal las califica como «instrumentos de deuda». Sin embargo, atendido su régimen legal y su tratamiento contable, resulta que la participación preferente se halla mucho más próxima a las acciones y demás valores participativos que a las obligaciones y demás valores de deuda.

En realidad se trata de productos complejos, volátiles, a medio camino entre la renta fija y variable con posibilidad de remuneración periódica alta, calculada en proporción al valor nominal del activo, pero supeditada a la obtención de utilidades por parte de la entidad en ese periodo. No confieren derechos políticos de ninguna clase, por lo que se suelen considerar como "cautivas", y subordinadas, calificación que contradice la apariencia de algún privilegio que le otorga su calificación como "preferentes" pues no conceden ninguna facultad que pueda calificarse como tal o como privilegio, pues producida la liquidación o disolución societaria, el tenedor de la participación preferente se coloca prácticamente al final del orden de prelación de los créditos, por detrás concretamente de todos los acreedores de la entidad, incluidos los subordinados, y tan solo delante de los accionistas ordinarios, y en su caso, de los cuotapartícipes (apartado h) de la Disposición Adicional Segunda Ley 13/1985, según redacción dada por la Disposición Adicional Tercera Ley 19/2003, de 4 de julio).

Otro aspecto que añade complejidad al concepto es la vocación de perpetuidad pues al integrarse en los fondos propios de la entidad ya no existe un derecho de crédito a su devolución sino que, bien al contrario, sólo constan dos formas de deshacerse de las mismas: la amortización anticipada que decide de forma unilateral la sociedad, a partir del quinto año, o bien su transmisión en el mercado AIAF, de renta fija, prácticamente paralizado ante la falta de demanda.

Las consideraciones anteriores apuntan sin duda alguna a la consideración del producto participaciones preferentes como un producto complejo, en modo alguno sencillo como

alega la parte apelante. Calificación que también puede hacerse con fundamento en el actual art. 79 bis 8.a) Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores que considera valores no complejos a dos categorías de valores. En primer lugar, a los valores típicamente desprovistos de riesgo y a las acciones cotizadas como valores ordinarios éstas cuyo riesgo es de «general conocimiento». Así, la norma considera no complejos de forma explícita a las (i) acciones admitidas a negociación en un mercado regulado o en un mercado equivalente de un tercer país; (ii) a los instrumentos del mercado monetario; (iii) a las obligaciones u otras formas de deuda titulizada, salvo que incorporen un derivado implícito; y (iv) a las participaciones en instituciones de inversión colectiva armonizadas a nivel europeo. En segundo lugar, como categoría genérica, el referido precepto considera valores no complejos a aquellos en los que concurran las siguientes tres condiciones: (i) Que existan posibilidades frecuentes de venta, reembolso u otro tipo de liquidación de dicho instrumento financiero a precios públicamente disponibles para los miembros en el mercado y que sean precios de mercado o precios ofrecidos, o validados, por sistemas de evaluación independientes del emisor; (ii) que no impliquen pérdidas reales o potenciales para el cliente que excedan del coste de adquisición del instrumento; (iii) que exista a disposición del público información suficiente sobre sus características. Esta información deberá ser comprensible de modo que permita a un cliente minorista medio emitir un juicio fundado para decidir si realiza una operación en ese instrumento." .

Esto mismo se indica en otra muchas resoluciones como la S. de la Audiencia Provincial de Córdoba, sec. 1ª, de 30 de enero de 2013, que cita a su vez a la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 16 de febrero de 2012 y (por todas) la **SAP VALENCIA de 20 de febrero de dos mil catorce, ROLLO NÚM. 000864/20132**: “No compartimos las afirmaciones que se contienen en el recurso de apelación en orden a la naturaleza de las participaciones preferentes. En la Sentencia citada de 2 de diciembre de 2013 decíamos: “Las participaciones preferentes están expresamente mencionadas en el apartado h) del artículo 2-1 de la Ley de Mercado de Valores (en redacción dada por la Ley 47/2007) como producto comprendido en la aplicación de dicho texto legal, pero con perfecto encuadre en el mismo artículo en su precedente redacción y de hecho no es objeto de discusión tal aplicación. La Comisión Nacional de Mercado de Valores describe a las Participaciones Preferentes como valores emitidos por una sociedad que no confieren participación en su capital ni derecho a voto, con vocación de perpetuidad y cuya rentabilidad no está garantizada. Además, advierte, son un instrumento complejo y de riesgo elevado, que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido; es decir, que son un producto de inversión al que se asocia un riesgo elevado de pérdidas. / El carácter de producto complejo (exige ciertos conocimientos técnicos para su comprensión) y de alto riesgo como se ha expuesto, afecto a la normativa del mercado de valores, obliga a la entidad de servicio de inversión que las promociona, oferta o comercializa a prestar una detallada información.”. La propia normativa habla ya de instrumentos de capital híbridos, que quedan directamente afectos a los riesgos y situación financiera de la entidad de crédito dominante y de la de su grupo o subgrupo consolidable y también es conocida ya la calificación de este producto por la Comisión Nacional del Mercado de Valores que ha indicado que se trata de valores emitidos por una sociedad que no confieren participación en su capital ni derecho a voto, tiene carácter perpetuo y su rentabilidad no está garantizada

siendo un instrumento complejo y de riesgo elevado.

Las obligaciones subordinadas se emiten conforme a la LMV 24/1988 de 28 de julio y al RD Legislativo 1564/1989 de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto Refundido de la Ley de sociedades de Capital. Además están sujetas a la Ley 13/1985 de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros y a la Ley 13/1992 de 1 de julio de recursos Propios y Supervisión en Base consolidada de las Entidades Financieras. Constituyen un producto compuesto por un valor mobiliario que representa una parte proporcional de un empréstito en el que la sociedad emisora se compromete a retribuir a los tenedores de los valores con un interés fijo o variable y a devolver el capital en la fecha establecida para el vencimiento, debiendo emitirse por un mínimo de cinco años aunque algunas de ellas también son perpetuas. Son “híbridos financieros” pues suponen una financiación empresarial a medio camino de las acciones y los bonos. Comparten con las participaciones preferentes que son instrumentos de deuda y se diferencia entre otros aspectos en que en caso de insolvencia de la entidad emisora su posición en la relación de créditos es distinta, tras los acreedores con privilegio y los comunes tiene prioridad éstas frente a las preferentes

Las características de ambos productos inciden directamente en las obligaciones de información y asesoramiento que deben observar las entidades que comercialicen el producto, muy especialmente cuando sea suscrito por un consumidor sin que pueda obviarse tampoco el claro conflicto de intereses entre la entidad que comercializa productos propios para su propio saneamiento financiero y el cliente al que se le ofrece el producto en cuestión ignorando además la verdadera situación de la empresa a la que queda vinculado. Así, la sentencia de la Audiencia de Pontevedra de 4 de abril de 2013 indicada tras realizar la descripción de las participaciones preferentes transcrita, puntualiza:

"La consecuencia jurídica de ello es la prevista por el propio art. 79 bis LMV, especialmente en sus apartados 6 y 7, aplicable ante actos de asesoramiento o de prestación de otros servicios sobre ellas a favor de clientes minoristas. La empresa de servicios de inversión -entre las que se incluyen las entidades de crédito- que asesore, coloque, comercialice o preste cualquier clase de servicio de inversión sobre tales valores complejos debe cumplir determinadas obligaciones, y entre ellas, por lo que ahora interesa, una obligación de información imparcial, clara y no engañosa.

Deber de información reduplicado cuando de consumidores y usuarios se trata, como es el caso y es reconocido por la propia parte apelante. Consumidores minoristas como ya se ha aclarado en el fundamento jurídico segundo que, según lo dispuesto ya en el art. 13 Ley 26/1984, de 19 de julio, para la defensa de los consumidores y usuarios, o en su Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, art. 60, debe existir una información previa al contrato, relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales y en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas. Información

comprensible y adaptada a las circunstancias"

Tiene reiterado también la jurisprudencia que aunque la prueba del error compete a la parte que lo alega pues se presume la validez del consentimiento prestado, en materia de contratación bancaria se invierte la carga de la prueba, así tiene indicado la **SAP Valencia de 12 de julio de 2012** *“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. Por tanto, el eje básico de los contratos, cualesquiera que sean sus partes, es el consentimiento de las mismas sobre su esencia, que no debe ser prestado, para surtir eficacia, de forma errónea, con violencia, intimidación o dolo, y esta voluntad de consentimiento para ser válida y eficaz exige por su propia naturaleza que los contratantes tengan plena conciencia y conocimiento claro y exacto de aquello sobre lo que prestan su aceptación y de las consecuencias que ello supone. Esta igualdad esencial que respecto de las partes debe presidir la formación del contrato, ha de desplegar su eficacia en las diferentes fases del mismo. En la fase precontractual debe procurarse al contratante por la propia entidad una información lo suficientemente clara y precisa para que aquel entienda el producto o servicio que pudiera llegar a contratar y si se encuentra dentro de sus necesidades y de las ventajas que espera obtener al reclamar un servicio o al aceptar un producto que se le ofrece. En la fase contractual basta como ejemplo la existencia de la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de Contratación, en cuyo artículo 8 se mencionan expresamente las exigencias de claridad, sencillez, buena fe y justo equilibrio de las prestaciones en el contrato suscrito entre las partes, que por la propia naturaleza del contrato van a ser fijadas por el Banco en este caso. Posteriormente, ya firmado el contrato, se exige igualmente arbitrar unos mecanismos de protección y reclamación que sean claros y eficaces en su utilización y que vayan destinados a la parte que pudiera verse perjudicada por la firma del contrato, en defensa de los posibles daños a sus intereses”*.

Es preciso también indicar que según la información facilitada las operaciones de adquisición de obligaciones subordinadas se realizan en dos momentos, la primera el 30/7/2002, de Obligaciones E.O8 por importe nominal de 15.000€ y posteriormente tres operaciones más, la orden de 14/10/2008 de adquisición del mismo producto por importe de 1000€, y en 6/3/2008 dos compras por importe total de 12.000€ de participaciones preferentes de modo que en el primer momento no estaba en vigor la normativa MIFID incorporada en la Ley 47/2007 de 19 de diciembre, por la que se modificaba la Ley 24/1988 del Mercado de Valores, que introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2004/39 CE, sobre Mercados de Instrumentos Financieros, norma que recogió con un mayor rigor la exigencia de información al cliente introduciendo la distinción entre clientes profesionales y minoristas, a los fines de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros (art. 78 bis)

Pese a que en la primera operación no estaba en vigor la normativa indicada, también tiene manifestado la jurisprudencia con reiteración que esto no supone que la demandada no tuviera obligación de informar al cliente, pues este deber además de resultar del principio de buena fe contractual estaba expresamente recogido en el artículo 79 de la LMV en su redacción anterior a 20.12.2007 que imponía también a las entidades de crédito y personas que actúen en el mercado de valores el deber de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y el RD 629/1993 de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios

SEGUNDO.- Sobre los hechos acreditados

No existe controversia sobre la realidad de la adquisición por los Sres [REDACTED] y [REDACTED] de OBS. BANCAJA E.O8 con código ISIN ES0214977052 suscritas en dos ocasiones, 30/7/2002 por importe de 15000€ y 14/10/2008 por importe de 1000€, así como la adquisición de Participaciones Preferentes S/ B con código ISIN KYG0727Q1156 por valor nominal de 6000€, en dos operaciones de la misma fecha, 6/3/2008 lo que implica un total invertido en este tipo de productos de 28.000€

No se discutía tampoco por la demandada la condición de minorista de los actores ni su carencia de estudios y conocimientos financieros.

Sí se indicaba que se les dio información suficiente sobre las características del producto, que no se actuaba en labores de asesoramiento sino de comercialización y ejecución de órdenes de la cliente y que, dadas las inversiones anteriores de los clientes, estos podían considerarse no ajenos al riesgo, refiriendo que habían sido titulares de otros productos de similares características.

Por ello es preciso indicar que con la prueba practicada en el acto de juicio, la declaración de la técnico **D^a Nuria Pascual** ratificando su informe pericial y de la documental unida a autos resultó acreditado:

-que los actores eran clientes de Bancaja habiendo depositado allí sus ahorros desde muchos años atrás, al menos desde 1999 en que, según indica la perito en su dictamen, contratan Bonos Bancaja de la 15 Emisión, que cancelan en el año 2005 al tiempo de jubilarse

-que para la adquisición de los primeros títulos se efectuaba una cancelación de un plazo fijo, así se constata también en el informe pericial y con la documentación unida a la demanda

-que en esta primera operación no consta se facilitara información alguna de la naturaleza de

las Obligaciones y de sus principales características y riesgos, pues sólo consta la orden de suscripción firmada en esa fecha (doc. 6 b) de la demanda) en la que sólo se indica la clase de valor con una referencia 000000010046 OBS. BANCAJA, cantidad ordenada 15, importe bruto unitario 15000,00 EUR, la cuenta y una leyenda en la que se indica que *“En este acto el titular recibe de BANCAJA hoja del folleto de tarifas y comisiones, gastos repercutibles y normas sobre fechas de valoración aplicables a la operación contratada. El titular hace constar que conoce el significado y trascendencia de la presente orden”* Así aparece en el documento en cuestión, sin que compareciera a declarar el testigo, empleado del banco BC 034483 que intervino en la operación, sin que la orden incluya ninguna advertencia de riesgos, y sin que se acompañe el folleto informativo firmado por los demandantes que justificara su entrega al tiempo de efectuar la operación. Esto es fundamental para resolver este litigio pues aun cuando la demandada basa su defensa en la información facilitada, afirmando en todo momento haber hecho entrega del folleto informativo, para acreditar este extremo sólo acompaña copia del folleto de este producto pero no firmado, sin que podamos saber ni tan siquiera si estaba en las oficinas en aquella fecha o se efectuaba una mera referencia a su publicación en la CNMV lo que no es suficiente para considerar que la entidad cumpliera con sus obligaciones de información al cliente. La ausencia de prueba sobre esta primera operación condiciona las restantes pues es claro que se actuaba posteriormente por la entidad partiendo de la titularidad del producto, en cuanto implicaba conocimiento de lo que después adquirirían.

-que la firma de las restantes operaciones se hace con la misma ausencia de información suficiente, pues sólo constan firmadas las órdenes con un ANEXO A LA ORDEN, que obra al dorso en donde se hace indicación de “riesgo de mercado, riesgo de crédito y riesgo de liquidez” y aunque se advierte de que el ordenante no ha querido efectuar el test de conveniencia por lo que Bancaja no ha podido evaluar si el producto le es o no conveniente, y junto a su categoría de cliente a efectos de cumplir con la MIFID se añade que el ordenante ha recibido ficha de la naturaleza del producto, este ANEXO al dorso no está firmado y no se acompaña por la demandada la orden firmada en el dorso, por lo que no podemos concluir que fue conocido y aceptado su contenido por los demandantes, sin que se aporte tampoco el folleto informativo que se indicaba transmitido debidamente firmado, y tampoco proponía BANKIA al testigo que efectuaba la operación para poder conocer qué información se les facilitaba

-que el perfil de los demandantes era el de un cliente conservador con patrimonio derivado de sus ahorros, así se recoge en el informe pericial acompañado a la demanda, el cual analizando el periodo de inversiones de 1999 a 2012 según la información fiscal, extractos de posición y cartillas bancarias concluía que no tenían preferencias de asunción de riesgos; y aunque eran titulares de Bonos, Fondo de Inversión y acciones de Caja Mar refería la perito en el acto de juicio, que los bonos eran de la 15ª, son renta fija, producto no complejo, que cotizan en mercado secundario, de naturaleza similar a las obligaciones subordinadas pero por encima en la escala de crédito y los Fondos refería que eran de renta fija garantizados; y de las aportaciones de Caja Mar refería que se suscriben para abrir cuenta en la entidad, que no son de riesgo, debiendo hacerse contar que consta un patrimonio muy

importante en el año 2013 según oficio recibido de la misma entidad pero también invertido en “ALFA DEPÓSITO” que lo es con rentabilidad garantizada, y en todo caso con fecha ya muy posterior a la firma de los productos

-que para recomendarle los productos ya en el año 2008 la entidad se limitaba a indicar que no podía evaluar la conveniencia o no de los productos al no hacerse el test, sin dar una explicación suficiente de porqué no se efectuaba, siendo que tampoco acreditaba que se contrataran en operaciones de mera comercialización y no de recomendación personalizada.

TERCERO.-Consecuencias jurídicas

La consideración y el análisis de la anulabilidad de lo actuado por falta de consentimiento exige considerar en primer lugar la posible **caducidad** de la acción al amparo de lo dispuesto en el artículo 1301 del Código Civil. que determina como fecha de inicio del cómputo “desde la consumación del contrato” debiendo considerarse que el mero transcurso del tiempo de duración de la relación contractual en cuanto pueda implicar ratificación de lo actuado requiere tener certeza de que el particular conoció las verdaderas características del producto pues el artículo 1311 del Cc expresamente establece que se entenderá la confirmación tácita “cuando conocimiento de la causa de nulidad y habiendo ésta cesado, el que tuviese derecho a invocarla ejercitase un ato que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo”. Así se concluye en la SAP Valencia, sec. 9ª, S 11-7-2011, nº 298/2011, rec. 280/2011. Pte: Martorell Zulueta, Purificación: “conviene señalar que la Sentencia del 11 de junio de 2003 (Tol 276.114) declara que: " Dispone el art. 1301 del Código Civil que en los casos de error, o dolo, o falsedad de la causa, el plazo de cuatro años, empezará a correr, desde la consumación del contrato, norma a la que ha de estarse de acuerdo con el art. 1969 del citado Código. En orden a cuando se produce la consumación del contrato, dice la sentencia de 11 de julio de 1984 que "es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad del contrato de compraventa, con más precisión por anulabilidad, pretendida por intimidación, dolo o error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones (sentencias, entre otras, de 24 de junio de 1897 y 20 de febrero de 1928), y la sentencia de 27 de marzo de 1989 precisa que "el art. 1301 del Código Civil EDL1889/1 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".

En este caso concreto nada hay documentado que permita entender que los actores conocieron la naturaleza del producto y sus riesgos en un momento anterior a la fecha de suscripción del canje, momento en que a juicio de este tribunal en este caso concreto determinaría el inicio del cómputo del plazo de caducidad de modo que estando presentada la demanda el 7 de febrero de 2014 no han transcurrido 4 años para considerar sanado el vicio en cuestión. El transcurso del tiempo tampoco sirve per se para considerar confirmadas las operaciones, ni la adquisición de estos productos en dos ocasiones posteriores a la de 2002, ya en el año 2008 pues ello requiere que se actúe con pleno conocimiento y no consta que los demandantes pudieran saber las características y riesgos de lo contratado cuando venían cobrando normalmente los intereses y no se hacía una especial información de lo que ya tenían en su patrimonio, pues nada acreditaba BANKIA.

Siendo que la acción no está caducada procede entrar en el fondo del asunto y se concluye con que la ausencia de prueba grava a la demandada, que era además la que más fácilmente podía acreditar que el consentimiento se prestaba correctamente informado, pues no declaraba el testigo que efectuaba estas operaciones, no hay documentación firmada más que las órdenes analizadas, y la pericial que como documental aportan no sirve para resolver este caso concreto al limitarse su objeto a realizar observaciones generales sobre la evolución y marco económico que condujo a esas emisiones, y reflexionar sobre la racionalidad de estos instrumentos como productos de capital así como a informar sobre la lógica del sistema de case interno par alas PPEF según consta en las páginas 3y 4 de l informe en cuestión.

Procede por tanto declarar la nulidad de lo actuado por vicio de consentimiento por error, en aplicación de los artículos 1265 y 1266 del CC sin que pueda admitirse la objeción realizada por la defensa de BANKIA en sus conclusiones sobre que en el suplico de la demanda no se ejercita esta acción sino la de inexistencia, pues el tenor literal del mismo no deja lugar a dudas según se ha transcrito y en él aunque se indica la nulidad "absoluta" expresamente se refiere por error en el consentimiento prestado, y en la fundamentación se hace referencia a la ausencia de información y expresamente al error invocando los artículos 1261 y 1266 del Cc

Y la nulidad alcanza al canje posterior conforme razona la **STS DE 17 DE JUNIO DE 2010**: *En consecuencia, resulta acertada la afirmación de la sentencia recurrida en el sentido de que el anexo posterior era consecuencia del primero y los efectos de la nulidad de éste deben extenderse a aquél, pues, desaparecida la causa del primer contrato en virtud de la nulidad declarada, desaparecen los presupuestos sobre los que se funda la causa del contrato vinculado a él por efecto de aquella declaración de nulidad.*

No se advierte que exista infracción de la jurisprudencia que acepta la nulidad parcial de aquellos contratos en los cuales sólo algún pacto resulte contrario a la ley siempre que conste además que se habría concertado aun sin la parte nula, el cual se refleja en el artículo 10 LCGC (según el principio utile per inutile non vitiatur (lo útil no es viciado por lo inútil)). En efecto, de los hechos que la sentencia recurrida declara probados se desprende que el segundo contrato concertado tenía una vinculación causal plena con el primero declarado nulo y no se habría concertado en el caso de que el primero no hubiera producido efectos en virtud de la nulidad que posteriormente se declaró. El principio aplicable sería, en consecuencia, simul stabunt, simul cadent (juntos caerán quienes juntos estén)”

CUARTO.- La nulidad de la compra de participaciones preferentes y obligaciones subordinadas lleva consigo la restitución de los títulos, con la condena de BANKIA en cuanto sucesora de BANCAJA a devolver el dinero invertido en su adquisición, con los intereses legales desde que Bankia dispuso del dinero, deduciendo lo cobrado por los intereses derivados de esta operación, según lo solicitado en la demanda en aplicación del artículo 1303 del C.c que impone que deban restituirse recíprocamente las cosas del contrato con sus intereses, con la consiguiente retroacción *ex tunc* para que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al contrato que se anula.

QUINTO.- Se imponen costas a la parte demandada conforme al artículo 394 de la L.E.C.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación

FALLO

Que **ESTIMANDO** como estimo íntegramente la demanda interpuesta por la representación procesal de **LA ASOCIACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS DE SERVICIOS GENERALES DE BANCA Y BOLSA en nombre de D. [REDACTED]** y D^a [REDACTED] contra **BANKIA S.A.**, debo realizar los siguientes pronunciamientos:

“1.-Se declara la nulidad por vicio de error en el consentimiento prestado por los demandantes en la adquisición de OBS. BANCAJA E.O8 con código ISIN ES0214977052 así como de Participaciones Preferentes S/ B con código ISIN KYG0727Q1156, por valor de 28.000€ y el posterior canje efectuado por acciones de BANKIA, y se condena a la demandada BANKIA a devolver a la actora la cantidad de VEINTIOCHO MIL EUROS (28.000 euros) con sus intereses descontando de la misma los intereses cobrados desde su adquisición según lo precisado en el fundamento jurídico cuarto, a determinar en ejecución de sentencia.

2.- Se restituyen los títulos a BANKIA.

3.- Todo ello, con expresa condena en costas a la demandada.

Notifíquese la presente a las partes haciéndoles saber que la misma no es firme, al

ser susceptible de ser recurrida en apelación. Tal recurso, del que conocerá la Audiencia Provincial, habrá de ser interpuesto ante este Juzgado dentro del plazo de los veinte días siguientes al de la notificación de la presente resolución, previa consignación de 50 € en la cuenta 4442 0000 02 0181 14

Expídase **testimonio** de la presente resolución por el Sr. Secretario, el cual se unirá a los autos en los que se dictó, llevando su original al libro de sentencias (conforme lo establecido en el artículo 265 de la L.O.P.J.).

Así por esta mi sentencia, Juzgando en primera instancia, que pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el/la Sr/a. Juez que la dictó, estando el/la mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, el/la Secretario Judicial doy fe, en VALENCIA , a veintiuno de noviembre de dos mil catorce .