

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA 11
VALENCIA**

SENTENCIA Nº 118/13

En Valencia, a 24 de julio de 2013

MAGISTRADA-JUEZ: Isabel Tena Franco

PROCEDIMIENTO: Juicio Ordinario XXXXXXXX

DEMANDANTE: XXXXXXXX

Procurador: Marta Aleixandre Baeza

Letrado: Oscar Serrano Castells

DEMANDADO: Bankia SA

Procurador: Antonio Barbero Gimenez

Letrado: XXXXXXXX y XXXXXXXX

OBJETO DEL JUICIO: Reclamación de Cantidad

HECHOS

PRIMERO.- XXXXXXXX, a través de su representación procesal, presentó demanda de juicio ordinario contra Bankia SA la cual fue admitida a trámite. En la citada demanda la parte actora solicita se dicte sentencia que:

- ♦ Declare la nulidad y, subsidiariamente, la resolución por incumplimiento de la parte demandada, del contrato de suscripción de obligaciones subordinadas de fecha 30 de octubre de 2006
- ♦ Condene a la parte demandada a restituir a la parte actora la suma de 200.000 €, mas intereses legales desde la fecha de formalización del contrato, menos las retribuciones percibidas y costas.

La parte demandada Bankia SA presentó su escrito de contestación oponiéndose a la demanda. Interpuso la excepción de caducidad de la acción. Sobre el fondo del asunto solicitaba se dictase sentencia que desestimase íntegramente la demanda y absolviera a la parte demandada, con expresa imposición de costas a la parte actora.

SEGUNDO.- A la audiencia previa del juicio comparecieron válidamente las partes personadas. No existiendo acuerdo entre las partes ni posibilidad de alcanzarlo, las partes ratificaron sus escritos.

Fijados los hechos controvertidos, se procedió a la proposición de prueba, admitiéndose a la parte actora:

- ♦ Documental por reproducidos los documentos aportados a su demanda.
- ♦ Testifical de XXXXXXXX y XXXXXXXX .

Admitiéndose a la parte demandada:

- ♦ Documental consistente en la reproducción de los documentos aportados con el escrito de contestación a la demanda y Requerimiento a la parte actora.
- ♦ Interrogatorio de la parte actora.
- ♦ Testifical de XXXXXXXX.

TERCERO.- Celebrado el juicio con la práctica de las pruebas, así como con el trámite de conclusiones por los litigantes, se declaró concluso el juicio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Pretensiones de la partes.

La parte actorasolicita se dicte sentencia que:

- ♦ Declare la nulidad y, subsidiariamente, la resolución por incumplimiento de la parte demandada, del contrato de suscripción de obligaciones subordinadas de fecha 30 de octubre de 2006
- ♦ Condene a la parte demandada a restituir a la parte actora la suma de 200.000 €, mas intereses legales desde la fecha de formalización del contrato, menos las retribuciones percibidas y costas.

Alega que:

- ♦ El 30 de octubre de 2006 concertó con la parte demandada contrato de depósito y administración de valores -documento 3 demanda- y emitió orden de adquisición -documento 2 demanda- de obligaciones subordinadas por importe de 200.000 € sin información ni válido consentimiento de la parte actora pues está pensaba que adquiriría un depósito a plazo fijo, sin riesgo y recuperable en cualquier momento.
- ♦ Cuando la parte actora quiso disponer de parte del capital, 6.000 €, para hacer un viaje se le informó de que el capital no era recuperable hasta el año 2.022.
- ♦ En marzo de 2012 la parte demandada no tuvo conocimiento del canje por acciones ofrecido por la parte demandada a sus clientes.

La parte actora tiene 66 años y carecía de conocimientos financieros. Ejercita acción de nulidad por vicio del consentimiento por error esencial

y excusable del contrato de suscripción de obligaciones subordinadas de fecha 30 de octubre de 2006; subsidiariamente ejercita acción de resolución contractual por incumplimiento de la parte demandada. Siendo un producto complejo y de riesgo, la parte demandada incumplió con el preceptivo deber de información que la impone LMV y recomendó un producto inadecuado para el perfil conservador y no inversor de la parte actora.

La parte demandada Bankia SA presentó su escrito de contestación oponiéndose a la demanda. Interpuso la excepción de caducidad de la acción. Sobre el fondo solicitaba se dictase sentencia que desestimase íntegramente la demanda y absolviera a la parte demandada, con expresa imposición de costas a la parte actor. Respecto de la excepción de caducidad de la acción, considera que la acción se halla caducada en aplicación Art 1.301 C.Civil pues, siendo el contrato de depósito y administración de valores de fecha 30 de octubre de 2006, a dicha fecha debe entenderse consumado el contrato por lo que a la fecha de interposición de la demanda, junio de 2012, habían transcurrido los citados 4 años.

Alega que:

- ♦ En momento de la contratación de las obligaciones subordinadas , la parte demandada informó a la parte actora tanto respecto de las características del producto como de sus riesgos por lo que la parte actora emitió la "orden de compra" debidamente informada; concurrió el debido consentimiento informado.
- ♦ La parte actora es un agricultor autónomo de XXXXXXXX (Castellón) pero cuenta con un importante patrimonio inmobiliario.
- ♦ La parte actora ha realizado otras inversiones tales como imposiciones a plazo fijo –documento 3 contestación-, compra de acciones de la parte demandada y compra en enero de 2007 de obligaciones subordinadas de la parte demandada por 80.000 € las cuales, adquiridas con posterioridad a las de autos, fueron vendidas en el mercado secundario en marzo de 2009 y julio de 2010 – documento 4 contestación-.
- ♦ El bloqueo del comercio de estos productos que se produjo con la crisis financiera hizo que estos productos no generarán los rendimientos que habían venido produciendo y tuvieran una liquidez muy reducida. Dicho cambio en el panorama económico no es achacable a la parte demandada. La quiebra de expectativas no es causa de nulidad.

SEGUNDO.- Las Obligaciones Subordinadas

¿Cuál es suFuente normativa?

Las obligaciones subordinadas tienen su **fuerza normativa** en la Disposición Adicional 2 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.

Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros.

Artículo 7

1. A los efectos del presente Título, los recursos propios de las entidades de crédito de los grupos consolidables de entidades de crédito comprenden:

- ◆ El capital social.
- ◆ El fondo fundacional.
- ◆ Las cuotas participativas de las Cajas de Ahorros.
- ◆ Las reservas.
- ◆ Los fondos y provisiones genéricos.
- ◆ Los fondos de la Obra Benéfico-Social de las Cajas de Ahorros y los de educación y promoción de las Cooperativas de Créditos.
- ◆ Las participaciones preferentes.
- ◆ Las financiaciones subordinadas.
- ◆ Otras partidas exigibles o no, susceptibles de ser utilizadas en la cobertura de pérdidas.

¿Cuál es su Naturaleza Jurídica?

Los bonos y obligaciones son títulos emitidos por una entidad para la financiación de un proyecto y representan una parte de una deuda a favor de su tenedor. Si son emitidos por empresas privadas se denominan "renta fija privada"; si se emiten a menos de cinco años se denominan bonos y si se emiten a plazo superior se denominan obligaciones. Su rentabilidad y riesgo previstos tienen que ver con la calificación crediticia del emisor, plazo de reembolso y tipos de interés.

Las obligaciones subordinadas son productos de renta fija a largo plazo; se trata de un producto híbrido entre la deuda y las acciones:

- ◆ Es un pasivo para el banco
- ◆ Su denominación apela a su carácter subordinado en el orden de cobro en caso de una hipotética quiebra o concurso del emisor pues las obligaciones subordinadas se situarán detrás de los acreedores comunes.
- ◆ aunque tiene un vencimiento determinado, esto es, posee una fecha de emisión y de cierre determinada, si se quiere amortizar los títulos antes de su vencimiento habrá que acudir, como si de una

acción se tratara, a un mercado secundario, por lo que existe la posibilidad de perder parte o la totalidad del capital.

- ♦ a diferencia de otros productos bancarios, existe un riesgo vinculado directamente a la solvencia de la entidad emisora, pudiendo el inversor perder no solo los intereses pactados sino también el capital invertido si la entidad necesitara absorber pérdidas, una vez agotadas las reservas y los recursos asimilables al capital.

En conclusión, se trata de un instrumento financiero complejo y de riesgo alto.

A dicha conclusión también se llega 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 concurren 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.

Tras la entrada en vigor de la Directiva 2006/73/CE, de Mercados de Instrumentos Financieros (MiFID), que clasifica los productos en NO COMPLEJOS y COMPLEJOS, las obligaciones subordinadas también están catalogadas por dicha normativa como PRODUCTO COMPLEJO.

¿Dichas notas de Complejidad y de Riesgo imponen una carga informativa por parte de la entidad comercializadora?

Efectivamente dicha nota de complejidad ha hecho que el legislador haya impuesto una carga informativa y explicativa, enunciada como norma de conducta, a la entidad comercializadora del producto tendente a la protección de los inversores la cual debe desplegarse con carácter previo y con las características señaladas por el propio legislador. Así la **Ley de Mercado de Valores 24/1998** de 28 de julio. Dicha Ley:

Hasta reforma operada por Ley 47/2007 de 19 de diciembre (aplicable a contratos celebrados hasta el 21 de diciembre de 2007)

Su Art 79. 1. (según redacción Ley 44/2002 de 22 de noviembre) ya obligaba a la entidad de crédito a "comportarse con diligencia y transparencia en interés de su cliente" y "disponer de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados.

Por ello, también resultaba aplicable el RD 629/1993 de 3 de mayo que desarrolla la Ley el cual ya imponía a las entidades financieras el deber de recabar información para conocer la experiencia inversora del cliente:

- ◆ Art. 4 Anexo: impone a las entidades el deber de solicitar de sus clientes la información necesaria para su correcta identificación, información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de la inversión cuando sea relevante para los servicios que se van a proveer.
- ◆ Art. 5: impone a las entidades el deber de prestar a todo cliente toda la información relevante para la decisión de la inversión con información clara, concreta, precisa, suficiente...haciendo hincapié en los riesgos de cada operación...muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata.

A partir de la reforma operada por ley 47/2007 de 19 de diciembre (en vigor desde 21 de diciembre de 2007) la cual traspone, entre otras, la Directiva 2004/39 /CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004, (aplicable a contratos celebrados a partir del 21 de diciembre de 2007 aunque su Disposición Transitoria Primera -Plazo de adaptación de las entidades que presten servicios de inversión- establece que: "Las entidades que presten servicios de inversión deberán adaptar sus estatutos, programas de actividades y reglamentos internos de conducta a lo dispuesto en esta Ley y en su normativa de desarrollo en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de esta Ley" -junio 2008-).

Resultan aplicables de la citada Ley:

- ◆ Art 79 bis: impone a la entidad financiera la obligación de mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes.

- ♦ Art 79 bis 2: exige a la entidad financiera dar al cliente una información clara, imparcial y no engañosa.
- ♦ Art 79 bis 3: la entidad financiera debe prestar a sus clientes una información adecuada de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa.
- ♦ Art 79 bis 5 y ss: establece el deber de la entidad de recabar información del cliente relativa a sus conocimientos y experiencia con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente y ello en el caso de instrumento complejo como el que nos ocupa y cliente no profesional sino minorista y merecedor, por ello, de especial protección.

Dicho deber de información se ha reforzado todavía más, sobre todo en lo que se refiere a clientes minoristas, con el RD 217/2008 de 15 de febrero (en vigor desde 17 de febrero de 2008), el cual traspone, entre otras, la Directiva 2006/73/CE de la Comisión por la que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004, sobre régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y exige:

- ♦ Art 60: suficiencia de la información. Si la información contiene datos sobre resultados futuros su apartado 5 impone que debe basarse en supuestos razonables respaldados por datos objetivos.
- ♦ Art 62: antelación suficiente en su práctica.
- ♦ Art 64: descripción general de la naturaleza y riesgos de los productos financieros. La descripción debe incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherente a ese instrumento de una manera suficientemente detallada para permitir al cliente tomar decisiones de inversión fundadas.
- ♦ Art 72 y ss: regulación de la evaluación de idoneidad y de conveniencia:

CAPÍTULO III. EVALUACIÓN DE LA IDONEIDAD Y DE LA CONVENIENCIA

Artículo 72. Evaluación de la idoneidad

A los efectos de lo dispuesto en el art. 79 bis. 6 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, las entidades que presten el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras deberán obtener de sus clientes, incluidos los potenciales, la información necesaria para que puedan comprender los datos esenciales de sus clientes y para que puedan disponer de una base razonable para pensar, teniendo en cuenta debidamente la naturaleza y el alcance del servicio prestado, que la transacción específica que debe recomendarse, o que debe realizarse al prestar el servicio de gestión de cartera, cumple las siguientes condiciones:

- a) Responde a los objetivos de inversión del cliente en cuestión. En este sentido, se incluirá, cuando proceda, información sobre el horizonte temporal deseado para la inversión, sus preferencias en relación a la asunción de riesgos, su perfil de riesgos, y las finalidades de la inversión.
- b) Es de tal naturaleza que el cliente puede, desde el punto de vista financiero, asumir cualquier riesgo de inversión que sea coherente con sus objetivos de inversión. Cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones a un cliente profesional de los enumerados en las letras a) a d) del art. 78 bis.3 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, la entidad podrá asumir que el cliente puede soportar financieramente cualquier riesgo de inversión a los efectos de lo dispuesto en esta letra.

Asimismo, la información relativa a la situación financiera del cliente incluirá, cuando proceda, información sobre el origen y el nivel de sus ingresos periódicos, sus activos,

incluyendo sus activos líquidos, inversiones y bienes inmuebles, así como sus compromisos financieros periódicos.

c) Es de tal naturaleza que el cliente cuenta con la experiencia y los conocimientos necesarios para comprender los riesgos que implica la transacción o la gestión de su cartera. En el caso de clientes profesionales, la entidad tendrá derecho a asumir que el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios a efectos de lo dispuesto en esta letra en cuanto a los productos, servicios y transacciones para los que esté clasificado como cliente profesional.

Cuando la entidad no obtenga la información señalada en las letras anteriores, no podrá recomendar servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente ni gestionar su cartera.

Artículo 73. Evaluación de la conveniencia

A los efectos de lo dispuesto en el art. 79 bis.7 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, las entidades que prestan servicios de inversión distintos de los previstos en el art. anterior deberán determinar si el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado. En este sentido, la entidad podrá asumir que sus clientes profesionales tienen la experiencia y conocimientos necesarios para comprender los riesgos inherentes a esos servicios de inversión y productos concretos, o a los tipos de servicios y operaciones para los que esté clasificado como cliente profesional.

Artículo 74. Disposiciones comunes a las evaluaciones de idoneidad y conveniencia

1. A los efectos de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, la información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos enumerados a continuación, en la medida en que resulten apropiados a la naturaleza del cliente, a la naturaleza y alcance del servicio a prestar y al tipo de producto o transacción previstos, incluyendo la complejidad y los riesgos inherentes:

a) Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que esté familiarizado el cliente.

b) La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el período durante el que se hayan realizado.

c) El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes.

2. En ningún caso, las entidades incitarán a sus clientes para que no les faciliten la información prevista en los apartados 6 y 7 del art. 79 bis de la Ley/1988, de 28 de julio.

3. Asimismo, las entidades tendrán derecho a confiar en la información suministrada por sus clientes, salvo cuando sepan, o deban saber, que la misma está manifiestamente desfasada, o bien es inexacta o incompleta.

La **Normativa Mifid** según Directiva 2004/39 /CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 y Reglamento 1287/2006 de la Comisión tiene por objetivo determinar las normas de conducta entre la entidad financiera y el cliente según sea o no minorista y, por ello, necesite o no un mayor nivel de protección.

¿Cuál es la consecuencia de que se infrinja el deber de información expuesto sobre el funcionamiento y riesgos del producto?

No la dispone la normativa expuesta. No obstante y pese a que no puede establecer una equiparación en términos absolutos entre el defecto de información y el consentimiento viciado por error (STS 21 de noviembre de 2012), en cuanto dicha infracción implique que el cliente carece del "conocimiento de causa" exigido legalmente para tomar su decisión, puede producir un consentimiento no informado y, por ello, viciado por error al no saber o conocer la causa del negocio realmente suscrito. Por

ello, debe ser sancionado con la nulidad del contrato prevista en el Art. 1.265 C.Civil si concurre:

- ♦ error esencial: Debe recaer sobre la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración, de modo que se revele paladinamente su esencialidad. Dicho error es sin duda el que se refiere tanto al funcionamiento como al riesgo del producto en tanto elementos esenciales del negocio.
- ♦ error excusable: que es el que no es imputable a quien lo sufre pues no puede ser evitado ni aun empleando una diligencia media; vgr. en los casos en que se acredite que el cliente era conocedor o tenía experiencia en productos complejos y de riesgo financiero. La Jurisprudencia niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignora (STS 21-11-2012. Ponte. Ferrándiz Gabriel)

Dos puntualizaciones debe hacerse respecto de la acreditación del referido error:

- ♦ En tanto el error es una cuestión de hecho debe resolverse en cada caso según las circunstancias concretas concurrentes—STS 26 de febrero de 1998- al momento de la perfección del contrato.
- ♦ La carga de la prueba de que el deber de información relativo al funcionamiento y riesgos del producto financiero se ha cumplido con las exigencias legales recae sobre la entidad profesional dado el deber que sobre ella pesa.

Por ello procede estimar la pretensión de nulidad ejercitada si queda acreditado que se incumplió el deber de información impuesto legalmente lo cual acontece si queda probado que no existe coincidencia entre:

- ♦ lo ofrecido y previamente informado por la entidad financiera.
- ♦ lo realmente concertado.

En ese caso escasa trascendencia puede tener:

- ♦ El volumen comercial empresarial de la parte actora.
- ♦ La calificación profesional de la parte actora o de su legal representación.

TERCERO.- Excepción de Caducidad de la acción.

Habiéndose ejercitado la acción de anulabilidad por error en el consentimiento es aplicable el plazo de caducidad de 4 años previsto en el Art. 1.301 C.Civil. No obstante, dicho plazo no debe contarse desde la celebración del contrato, tal y como pretende la parte demandada, confundiendo los términos de perfección y consumación del contrato, sino, tal y como establece el citado precepto, desde la citada consumación.

Existe perfección del contrato desde que concurre el consentimiento de los contratantes –Art 1.258 C.Civil-. Por el contrario, sólo concurre consumación del contrato (STS 6-9-2006, STS 11-7-1984, STS 28-2-1996) desde la total ejecución de las prestaciones a cargo de ambas partes. No puede decirse que, con la compra de los valores y pago de su precio, quedaban ejecutadas totalmente las prestaciones a cargo de las partes pues es esencial al contrato, de un lado, sus liquidaciones periódicas (intereses o cupones) y, de otro lado, el derecho de amortización de los valores que se reserva la entidad emisora.

Por ello, si estamos a las citadas liquidaciones periódicas no existiría consumación hasta la práctica de la última liquidación pactada y/o practicada; y, si estamos al citado derecho de amortización, no existiría consumación hasta el vencimiento del ejercicio del derecho de amortización del emisor.

Aplicando cualquiera de los criterios expuestos al caso de autos resulta, evidente que la acción, a la fecha de presentación de la demanda no se hallaba caducada.

SAP Valencia 9-7-2012, Secc 9,(Rollo 248/2012):

FUND DERECHO 2: " 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 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 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 sucesivos 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."

Aplicando las anteriores consideraciones jurídicas al caso de autos necesario es concluir que la acción de nulidad -anulabilidad- ejercitada ...no estaba prescrita a la fecha de presentación de la demanda (1 de marzo de 2011), al no haber transcurrido hasta entonces el plazo de cuatro años desde la respectiva fecha de la consumación de los contratos de gestión de riesgos financieros suscritos con BANKINTER en fechas 16 de mayo de 2005 y 21 de febrero de 2007, **pues la última liquidación** del primero de ellos se produjo el 2 de agosto de 2008 (f. 67) y la del segundo el 14 de septiembre de 2010 (f. 70). Por tanto, debe ser acogido el primer motivo del recurso de apelación".

CUARTO.-Valoración probatoria.

La parte actora ejercita acción de nulidad por vicio del consentimiento del contrato de adquisición de obligaciones subordinadas suscrito con la parte demandada el 30 de octubre de 2006 en los términos que constan

en el documento 2 demanda. En esencia, fundamenta su pretensión en el error esencial del consentimiento sufrido pues siempre pensó que se trataba de un depósito sin riesgo y recuperable en cualquier momento y nunca prestó su consentimiento a la adquisición de las obligaciones subordinadas. Justifica dicho error en el hecho de que la parte demandada no le dio, en los términos legalmente exigidos, la información necesaria y preceptiva.

La parte demandada niega los hechos alegando que la parte actora, cuando concertó el producto de autos, conocía y entendía su funcionamiento y riesgos y que la parte demandada no infringió sus obligaciones.

Procede pues determinar si la parte demandada, tal y como he expuesto en anteriores fundamentos, ha cumplido con la carga que sobre ella pesa de acreditar que cumplió con su obligación de información en los términos exigidos por la Ley de Mercado de Valores 24/1998.

Antes de valorar expresamente el cumplimiento o no de dicho deber, debo dejar constancia de dos extremos que considero probados; a saber:

- ♦ La ausencia de preparación técnica de la parte actora en materia de inversiones financieras. No se ha probado por la parte demandada que la parte actora sea persona experta o, cuanto menos, entendida en inversiones financieras. No considero que pueda deducirse dicha preparación, tal y como pretende dicha parte, del mero hecho de que tuviera imposiciones a plazo fijo –documento 3 contestación-. Corroboró la conclusión antes expuesta la testifical del exdirector de la sucursal de la parte demandada del pueblo de la parte actora, XXXXXXXX, el cual admitió que la parte actora se dedicaba a trabajar sus tierras y la testifical del asesor fiscal de la parte actora XXXXXXXX el cual, de forma contundente y veraz, concluyó que la parte actora “no tiene cultura financiera”.
- ♦ La relación comercial y de confianza existente entre la parte actora y la parte demandada, en especial con el entonces trabajador de la sucursal de XXXXXXXX; su director XXXXXXXX. La misma se deriva de la prueba testifical del antes citado XXXXXXXX y, en especial, del propio extrabajador de la parte demandada XXXXXXXX el cual admitió en su interrogatorio que, cuando la parte actora vendió una finca, le pidió que acudiera a la notaría para confirmar que “el cheque que le daban era bueno”, que él accedió y acudió a la notaría y cogió el cheque y se fue el mismo a ingresarlo en la oficina y se fue a comer con la parte actora y 2 ó 3 amigos.

Partiendo de dicha premisa, una valoración conjunta de la prueba practicada debe llevar a no considerar acreditada la exigencia de información descrita; a saber:

- ♦ Información escrita. El citado XXXXXXXX alegó en su declaración que desconocía si se había entregado a la parte actora el folleto del producto. Lo cierto es que la parte demandada no acredita que se hiciera entrega a la parte actora, ni antes ni en el momento de la compra, de información escrita alguna.
- ♦ Información Verbal. El citado XXXXXXXX alegó en su declaración que había informado a la parte actora en compañía de XXXXXXXX de los productos financieros existentes y, en concreto, que las obligaciones de autos eran productos de renta fija, que vencían en 2022 y que se podían vender en el mercado secundario. Dicha información fue negada por el actor en su demanda y en su interrogatorio y XXXXXXXX en su testifical negó haber estado presente en explicación alguna; refirió que no había quedado con la parte actora en acompañarle al banco sino que se encontraron allí y que el asomó la cabeza al despacho de XXXXXXXX en el que se hallaba también el actor y se limitó a comentarle al director al director que fuera, para el actor, "algo tranquilo aunque le rentara menos". El citado testigo afirmó no tener "ni idea de productos financieros"

De la valoración probatoria expuesta, de lo probado y de lo que, debiéndose probar, no se ha probado, concluyo probado que la parte actora incurrió en error esencial respecto del contrato de adquisición de obligaciones subordinadas al no conocer de forma cabal su funcionamiento y los riesgos del mismo.

QUINTO.- Consecuencia Jurídica.

En atención a lo expuesto y en aplicación de lo dispuesto en los Art. 1088 y ss y Art.1254 y ss todos ellos del C. Civil, en especial Arts. 1.261, 1.265 y 1.266 relativos al error en el consentimiento, procede estimar la demanda, declarar nulo el contrato de adquisición de obligaciones subordinadas por error esencial en el consentimiento de la parte actora, con la consiguiente condena de la parte demandada a, dentro de la obligación legal de restitución de prestaciones en los caso de nulidad, satisfacer a la parte actora la suma principal de 200.000 € y sus intereses legales desde la fecha de los contratos en aplicación de lo dispuesto en el Art. 1. 303 C.Civil

No obstante, considera el Tribunal que, del mismo modo, deberá el actor reintegrar a la parte demandada la totalidad de los importes recibidos como intereses o cupones como consecuencia de la referida

obligación legal de restitución recíproca, aunque no se haya solicitado expresamente, en los casos de nulidad.

SEXO.-Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el Art. 394 LEC, respecto de las costas procesales, al estimarse la demanda, procede hacer expresa condena en costas a la parte demandada.

FALLO

ESTIMO la demanda formulada por XXXXXXXX contra Bankia SA.

DECLAROnulo el contrato de adquisición de obligaciones subordinadas objeto de autos.

CONDENOa la parte demandada Bankia SA a abonar a la parte actora la suma de 200.000 €, **más** su interés legal desde la fecha de los contratos, **menos** los importes recibidos como intereses o cupones por la parte actora; con condena en costas a la parte demandada.

Contra la presente cabe Recurso de Apelación conforme a los Art. 455 y ss. LEC, debiendo interponerse el mismo en el plazo de 20 días, contados desde su notificación.

Así lo pronuncio, mando y firmo,