

NOTIFICACION 24/10/2014

ROLLO núm. 595/14

- K -

SENTENCIA número 292/14

**AUDIENCIA PROVINCIAL
SECCION NOVENA**

Ilmos. Sres.:

[REDACTED]

En la ciudad de Valencia, a **22 de octubre de 2014.**

Vistos por la Sección Novena de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, siendo Magistrado Ponente la Ilma. Sra. [REDACTED], el presente **Rollo de Apelación número 595/14**, dimanante de los Autos de Juicio **Ordinario 369/13**, promovidos ante el **Juzgado de Primera Instancia número 7 de Valencia**, entre partes; de una, como **demandado apelante**, BANKIA, SA, representada por la procuradora [REDACTED], y asistida por el letrado [REDACTED], y de otra, como **demandante apelada**, [REDACTED], representada por la procuradora [REDACTED], y asistida por la letrado Amparo Barrachina Coscollá.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-La Sentencia apelada, pronunciada por el señor Juez de **Primera Instancia número 7 de Valencia**, en fecha **8 de marzo de 2014**, contiene el siguiente FALLO: *"Que estimando la demanda formulada a instancia de [REDACTED] representado por la Procuradora [REDACTED], contra la mercantil "Bankia, SA" (como sucesora de Bancaja), representado por la Procuradora [REDACTED], debo declarar y declaro la nulidad de los contratos de adquisición de obligaciones subordinadas celebrado entre el demandante y demandada así como del canje por acciones por la existencia de error esencial relevante y excusable en el consentimiento ordenándose la restitución recíproca de prestaciones que fueron objeto del contrato por tanto condeno a la demandada a la devolución de la suma reclamada de 46.000.- euros en*

concepto del principal más los intereses legales devengados desde las fechas de suscripción de la orden de compra, pero deduciendo de dichos importes las cantidades percibidas por la actora como intereses abonados a determinar en ejecución de sentencia debiendo la ejecutada presentar certificación de dichos intereses, si no se cumple voluntariamente la sentencia, más el interés legal desde las fechas de las correspondientes liquidaciones parciales; y con imposición de costas a la parte demandada."

SEGUNDO.-Que contra la misma se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación, remitiéndose los Autos a esta Audiencia, tramitándose la alzada, con el resultado que consta en las actuaciones.

TERCERO.-Se han observado las prescripciones y formalidades legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Recurre en apelación la representación de la entidad BANKIA, S.A. - folio 280 y los siguientes de las actuaciones - alegando, en síntesis:

.1).- Insiste en la pertinencia de tener por caducada la acción entablada de contrario por cuanto que, configurados los contratos litigiosos como de tracto único, estima coincidente el momento de la consumación con el de su suscripción y transcurridos cuatro años, artículo 1.301 del Código Civil, desde tal momento y el que lo fue de interposición de la demanda rectora del proceso.

.2).- Expone vulnerados los artículos 1.303 y 1.307 del Código Civil al defender que la Sentencia dictada en 1ª Instancia incurre en incongruencia omisiva puesto que no determina la restitución a la demandada de las acciones de las que es titular la actora.

.3).- Error en la valoración e interpretación efectuada en el Fundamento Jurídico Cuarto de la resolución recurrida de las pruebas testificales practicadas con vulneración de lo dispuesto en el Artículo 376 y concordantes de la LEC.

.4).- Defiende inadecuada la aplicación "*de la carga probatoria y de la existencia, tanto en materia de vicio o error en el consentimiento, como en materia a facilitar al inversor minorista.*"

.5).- Estima no cuestionados por la actora los documentos de compra de los productos financieros objeto del litigio.

.6).- Discrepa de la consideración realizada en la Sentencia recurrida al respecto de la aplicación al supuesto litigioso de la doctrina de los actos propios.

Y, sobre la base de cuanto antecede, termina por suplicar la revocación de la sentencia apelada con expresa imposición de costas a la parte actora.

Se opone al recurso de apelación la representación de [REDACTED], folio 309 y los siguientes del proceso, para solicitar la desestimación del recurso de apelación y la imposición de todas las costas del proceso a la entidad bancaria demandada. Argumenta, en síntesis:

.1).- Rechaza la excepción de caducidad de la acción de nulidad opuesta de contrario.

.2).- Estima inexistente la incongruencia denunciada por la parte apelante pues considera que en el Fallo de la Sentencia sí se ordena la recíproca restitución de las prestaciones y por ello *“la devolución de las acciones está implícito en el fallo de la misma sin necesidad de tener que reiterarlo expresamente.”*

.3).- Defiende probado en la contratación ofrecida y recomendada por la demandada error en el consentimiento prestado por la actora, error al que se tiene por excusable, esencial y grave y, por lo tanto, invalidante.

.4).- Igualmente rechaza la alegación relativa a la existencia de error e interpretación de la prueba practicada y los argumentos expresados de contrario en orden a la concurrencia de actos confirmatorios de la contratación.

Concluye, teniendo por correcta la decisión del magistrado "a quo", postulando que se confirme íntegramente la Sentencia y su fallo con imposición de costas procesales.

Queda delimitado en los términos expuestos el conflicto en la apelación.

SEGUNDO.-Revisado por este Tribunal la totalidad de lo actuado y por su conexión con la situación ahora concurrente se trae a la presente lo que manifestamos en Sentencia nº 172/14, de 9 de junio de 2.014, recurso 158/14; *“Examinado el contenido de las actuaciones, este tribunal hace suyos los acertados y extensos razonamientos jurídicos contenidos en la sentencia apelada en relación con las cuestiones que son objeto de este recurso, motivación que se considera suficiente y que ha de darse por reproducida a los efectos de su confirmación por no quedar aquélla desvirtuada por las alegaciones de la parte apelante, pudiendo la Sala remitir a dicha fundamentación a los fines de dar cumplimiento a la obligación que el artículo 120.3 de la Constitución Española impone a los Jueces y Tribunales, -dar a conocer a las partes las razones para su decisión-, obligación que igualmente se contiene en el artículo 218 de la LEC . En este sentido cabe recordar que tanto la doctrina dimanante del Tribunal Constitucional (sentencias 174/1987 , 11/1995 , 24/1996 , 115/1996 , 105/97 , 231/97 , 36/98 , 116/98 , 181/98 , 187/2000), como del Tribunal Supremo (Sentencias de 5 de octubre de 1998 , 19 de octubre de 1999 , 3 y 23 de febrero , 28 de marzo , 30 de marzo , 9 de junio , ó 21 de julio de 2000 , 2 y 23 de noviembre de 2001), permite y admite la motivación por remisión a una resolución anterior, cuando la misma haya de ser confirmada y precisamente, porque en ella se exponían argumentos correctos y bastantes que fundamentasen en su caso la decisión adoptada, de forma que en tales supuestos, como precisa la Sentencia del Alto Tribunal de fecha 20 de octubre de 1997 , subsiste la motivación de la sentencia de instancia puesto que la asume explícitamente el Tribunal de segundo grado.*

En consecuencia, si la resolución de primer grado es acertada, la que la confirma en apelación no tiene por qué repetir o reproducir argumentos, pues en aras de la economía procesal debe corregir sólo aquello que resulte necesario (Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de octubre y 5 de noviembre de 1992 , 19 de abril de 1993 , 5 de octubre de 1998 , y 30 de marzo y 19 de octubre de 1999), sin perjuicio de lo cual, y en orden a dar contestación a los concretos motivos del recurso de apelación formulado por Bankia, son de añadir las consideraciones que a continuación se exponen.

En definitiva, del nuevo análisis de lo actuado no pueden extraerse conclusiones distintas a las alcanzadas en Primera Instancia, por lo que la presente resolución debe ceñirse a dar concreta respuesta a los motivos de recurso sin desviarse de la motivación vertida en primera instancia.

TERCERO.- En primer término, y por razones de sistemática se aborda el motivo de apelación a la sentencia que formula la entidad demandada relativo a la caducidad de la acción de nulidad de la suscripción de las obligaciones subordinadas respecto de las operaciones realizadas en 17 de julio de 2.006 y 24 de diciembre de 2008.

Este tribunal ya se ha pronunciado respecto de la caducidad de la acción de anulabilidad del contrato, en el caso de suscripción de participaciones preferentes y obligaciones subordinadas, al respecto, Sentencia n° 187/14, recurso 1112/13 de fecha 23 de junio de 2.014, (Pte. ██████████): *"...considerando que la fecha a tener en cuenta a los efectos del cómputo del plazo del artículo 1301 del Código Civil no es la de la adquisición de los productos como se pretende por la parte apelante. Así, indicábamos en sentencia de 11 de julio de 2011 (Pte. ██████████) lo siguiente: "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 disidente, 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 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."

Realizadas las precisiones descritas, cabe plantearse cuál es el "dies a quo" del plazo enunciado en el art. 1301 del Código Civil a los efectos de determinar si se ha producido o no la caducidad de la acción ejercitada. La respuesta a esta cuestión podemos encontrarla en la dicción literal del propio precepto que sitúa el inicio del cómputo del meritorio plazo en el momento de la "consumación" del contrato. Ahora bien es importante no olvidar que la "consumación" del contrato se entiende producida en momentos distintos según se trate de un contrato de "tracto único" o de "tracto sucesivo". Así en estos últimos, nacidos con vocación de permanencia, y a diferencia de los anteriores, perfección y consumación no coinciden en el tiempo, como recuerda la STS 11-6-2.003, entre otras, que dispone que "el artículo 1.301 del Código Civil establece que en los casos de error, 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 artículo 1969 del citado Código . En orden a cuándo se produce la consumación del contrato, dice la sentencia de 11 de julio de 1984 que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad, con más precisión de 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, este momento de la consumación no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que solo tiene lugar cuándo están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes" criterio que se manifiesta igualmente en la sentencia de 5 de mayo de 1983."

Por lo que se refiere a los contratos que son objeto de los presentes autos, consideramos que responden a esta última naturaleza, en la medida que, las obligaciones subordinadas E. 08 que nos ocupan tienen plazo de vencimiento en el año 2.022, debiendo las partes, en especial, la entidad comercializadora de los productos financieros controvertidos, durante dicho periodo, y por tanto, más allá del momento del estricto momento de la perfección contractual, asumir una serie de obligaciones. En esta misma línea se pronuncia la AP de Valencia, Sección 9ª, en Sentencia de 3 de abril de 2.013 donde, al analizar contratos de adquisición de productos financieros de idéntica naturaleza

a la de los que nos ocupan, afirma que “...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...”.

Claramente los contratos de compra despliegan sus efectos hacia el futuro y los seguían desplegando al presentar la demanda...”

En definitiva, habida cuenta que la acción ejercitada por la actora es de mera anulabilidad, al amparo del art. 1301 del Código Civil, sujeta a un plazo de caducidad de 4 años, y que el inicio del cómputo del plazo indicado debe situarse, por las razones expuestas, no en la fecha de perfección-celebración de los contratos- como sostiene la demandada/ recurrente - sino en el momento de su consumación o plena realización de sus efectos, circunstancia esta última que, como se ha explicado abundantemente, no se había producido en el momento de la interposición de la demanda.

La caducidad como primer motivo de oposición debe ser desestimado.

CUARTO.- Entrando en el segundo motivo del recurso de apelación denunciado, la incongruencia de la sentencia por vulneración de los artículos 1303 y 1307 del CC, la realización del necesario juicio revisorio y comparativo, permite concluir que la Sentencia dictada en primera instancia en modo alguno incide en la incongruencia que la apelante denuncia en esta alzada, por cuanto que, la precitada resolución da explícita y concreta respuesta a cuantas cuestiones han sido traídas al proceso por los litigantes precisando las consecuencias y efectos jurídicos del resultado del estudio y análisis de tales pretensiones.

Así, declaradas nulas las contrataciones litigiosas, en el Fundamento Jurídico Séptimo se concretan los efectos jurídicos derivados de dicha declaración de nulidad y en el último párrafo expresamente se decide: “...Es por ello obligación de la parte demandada la devolución de la suma reclamada de 46.000 euros más los intereses legales devengados desde la fecha de suscripción de la orden de compra pero del mismo modo deberá la parte actora reintegrar las acciones derivadas del canje a la parte demandada así como la totalidad de los intereses...” .Decisión que, con un mínimo y sencillo ejercicio de integración del total contenido de la Sentencia, de sus fundamentos de derecho y de su fallo, se observa llevada al Fallo, “... ordenándose la restitución recíproca de las prestaciones que fueron objeto del contrato...” Por tanto, y ello determina la desestimación del motivo de apelación analizado, la Sentencia dictada en Instancia da cumplida respuesta a lo dispuesto en el artículo 1303 del CC pues, declarada la nulidad de las obligaciones litigiosas, define y ordena el recíproco efecto restitutivo impuesto por el citado precepto legal. Del conjunto de los razonamientos jurídicos contenidos en la resolución objeto de recurso se induce claramente que, declarada la nulidad de los contratos objeto de autos, ello implica que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.303 del Código Civil, la entidad habrá de restituir el importe invertido más los intereses legales desde la inversión; el inversor deberá restituir los importes percibidos como réditos de las obligaciones subordinadas con más los intereses legales, a calcular en ejecución de sentencia, desde las respectivas fechas de abonos, cantidad esta última que se compensará con la primeramente indicada. Igualmente, el demandante deberá restituir la titularidad de los títulos obtenidos por el canje forzoso -acciones de BANKIA- a la demandada.

QUINTO.-Entrando en la revisión de la acción estimada y la causa de su estimación, error vicio en la prestación del consentimiento en la adquisición de productos de inversión,

ordenes de compraventa de Obligaciones Subordinadas E. 8ª por nominales de 40.000, 40 títulos, y 6.000 euros, 6 títulos, de fechas 13 de julio de 2.006 y 24 de diciembre de 2.007 y en el de su canje por acciones de la entidad Bankia suscrito en fecha 22 de marzo de 2.012, en atención esencialmente a la falta de información preceptiva por parte de la entidad comercializadora del producto, el Tribunal, por mor del artículo 456-1 de la Ley Enjuiciamiento Civil, observado el contenido de los autos, la prueba practicada, de documental y testifical de los Sres. [REDACTED], empleados de la demandada intervinientes en las contrataciones litigiosas y [REDACTED], hijo de la actora y su acompañante en la operación de canje de las obligaciones, ha de confirmar la decisión del Juzgador, no percibiendo error alguno en la valoración de la prueba, no apreciando una aplicación incorrecta de la carga probatoria y estimando que la normativa expuesta está perfectamente desarrollada y es ajustada a derecho.

Visto el objeto de la controversia materia de la alzada, se estima necesario conocer las características de los productos financieros objeto del proceso, en este supuesto, OBLIGACIONES SUBORDINADAS, y como tales, podemos señalar, entre otras, las siguientes; se trata de instrumentos híbridos de capital, que combinan características propias tanto de la renta fija como de la renta variable; que, a diferencia de las Participaciones Preferentes, están sujetas a un plazo de vencimiento-en concreto en el caso que nos ocupa, el año 2019; que forman parte de los recursos propios del emisor, que proporcionan un interés fijo y posteriormente variable; que por su orden de prelación de crédito, se sitúan por detrás de los acreedores comunes y delante de las cuotas participativas y participaciones preferentes emitidas y garantizadas por el emisor; que no tienen derechos políticos ni de suscripción preferente; que incorporan una opción de amortización anticipada en favor del emisor; que cotizan en un mercado secundario- en el caso que nos ocupa, en la Bolsa de Valencia. Se trata, en definitiva, de productos esencialmente complejos, radicando dicha complejidad, entre otras cuestiones y centrándonos en origen del problema que ha motivado la demanda, en las dificultades que para un no-profesional presenta alcanzar a comprender hasta qué punto, especialmente en situaciones de crisis, dichos productos pueden tornarse extremadamente ilíquidos, de modo que, o uno no se puede desprender de ellos, o la venta implica la pérdida de gran parte del capital invertido.

Definida la contratación litigiosa, la misma ciertamente, (en ello se conviene con la apelante), fue consentida, pues la firma de la actora obra al pie de las dos órdenes de compra de obligaciones subordinadas, folios 25 y 26 de las actuaciones y de oferta de recompra y suscripción de tales valores por acciones de Bankia, folio 29, si bien, habrá de determinarse, en estudio de la apelación, y con análisis de las concretas circunstancias concurrentes, si el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa fue o no válida.

En este objetivo, por lo que hace referencia al perfil de la suscriptora, según se desprende de la actividad probatoria, la Sala estima que en ningún error se incurre en la instancia en su valoración, ciertamente, el perfil inversor de la actora coincide plenamente con el de una cliente ahorradora, conservadora y minorista, en la medida tanto de sus características personales- jubilada en el régimen de empleada de hogar y sin conocimientos financieros ni bursátiles-, como de sus inversiones precedentes que consistieron en la contratación de productos seguros y sin riesgo, por lo que dista extraordinariamente de lo que podría entenderse por un cliente profesional, que por su sola condición, es decir, más allá de la información facilitada por la entidad financiera, pudiera asumir de manera plenamente consciente los riesgos naturales de la inversión a la que accede.

SEXTO.- Por lo que respecta al marco jurídico de los deberes de información de la entidad prestadora de los servicios de financieros, por lo que respecta a las contrataciones litigiosas, datadas a 13 de julio de 2.006 y 24 de diciembre de 2.007, hace particular referencia la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª, en su sentencia de 12 de julio de 2012: "*Debe tenerse en cuenta que el artículo 79 de la Ley de Mercado de Valores, en su redacción primitiva, establecía como regla cardinal del comportamiento de las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente, la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses del cliente como propios. El Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo (LA LEY 1838/1993), concretó, aún más, la diligencia y transparencia exigidas, desarrollando, en su anexo, un código de conducta presidida por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que aquí interesa, adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (art. 4 del Anexo 1), como frente al cliente (art. 5) proporcionándole toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquél de la decisión de inversión "haciendo hincapié en los riesgos que toda operación conlleva " (art. 5.3). Dicho Real Decreto fue derogado por la Ley 47/2007 de 19 de diciembre (LA LEY 12697/2007), por la que se modifica la Ley del Mercado de Valores (LA LEY 1562/1988), que introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2004/39 CE, sobre Mercados de Instrumentos Financieros, conocida por sus siglas en inglés como MIFID (Markets in Financial Instruments Directive). La citada norma continuó con el desarrollo normativo de protección del 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); reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el art. 79 bis regulando exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, entre otros extremos, sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece a los fines de que el cliente pueda "tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa" debiendo incluir la información las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias, no sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencias financiera y aquellos objetivos (art. 79, bis núm. 3, 4 y 7)".*

Por consiguiente, sin perjuicio de que con el tiempo la regulación sobre la materia se haya ido perfilando y matizando, podemos afirmar que el deber, propio de la entidad prestadora de los servicios de inversión, de facilitar al cliente, especialmente cuando se trate de un no profesional y de productos financieros complejos, una información adecuada a las características del cliente, clara, trasparente e imparcial- para evitar eventuales conflictos de intereses-, ya dominaba el espíritu de la redacción originaria de la Ley del Mercado de Valores de 1988, a la que se encuentra afecta la primera de las contrataciones objeto del proceso, lo que obedece, al propósito de conciliar por un lado, el deseo de los agentes económicos de permitir que los ahorros del ciudadano medio accedieran a los mercados financieros, y por otro, la necesidad de evitar abusos de las entidades mediadoras y asesoras. Deberes de diligencia y transparencia, que, como se ha expuesto, se reiteran tras la reforma de la LMV operada por Ley 47/2007 de 19 de diciembre, reforma, que al entrar en vigor el 21 de diciembre de 2.007, afecta a la segunda de las contrataciones litigiosas.

No diluye, el contenido de las meritadas obligaciones el hecho de que efectivamente, no pueda considerarse a la demandada asesora, sino mera comercializadora de los

productos suscritos, puesto que la referida regulación es aplicable a todo aquel que de algún modo participe en tales operaciones.

SEPTIMO.- En lo referente a la existencia del error, como vicio invalidante, con los requisitos exigidos legal y jurisprudencialmente (artículo 1266 Código Civil) tal y como viene se fijando recientemente por el Tribunal Supremo en sentencias de 21/11/2012, 29/10/2013 y 20/1/2014 :

"cabe hablar de error vicio cuando la voluntad del contratante se hubiera formado 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 hubiera servido de presupuesto para la celebración del contrato fuera equivocada o errónea." Y continúa;"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 -

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

Expuesto cuanto antecede, la idea de que la omisión de los deberes de información por parte de la entidad prestadora de servicios de inversión puede llegar a justificar el error del suscriptor de los mismos, ha sido acogida por las distintas Audiencias Provinciales, también por esta misma Sala que ha afirmado que, la infracción de tales deberes de información “ *aparte de posible sanción administrativa (o penal) ... es indudable que, en cuanto signifique omisión del deber informativo consecuente con que el cliente no esté “con conocimiento de causa” exigido legalmente para tomar la decisión en el campo del mercado de valores, puede producir un consentimiento no informado y por tanto viciado por error, al no saber o comprender el suscriptor la causa del negocio y debe ser sancionado por mor del artículo 1.265 del Código Civil”.*

Como cláusulas de cierre del sistema y para mayor abundamiento en esta protección al cliente-consumidor minorista, el TS ha señalado que la carga de la prueba del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, sobre todo en el caso de productos de inversión complejos, corresponde a la entidad, razonándolo del siguiente modo en STS 14 de noviembre de 2.005:” *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”*. Recae sobre quien lo alega la carga de probar el error de consentimiento, SAP, Valencia, sección 9ª, 16 de mayo de 2.013, siendo que la prueba de la información es previa a la prueba del error.

OCTAVO.- Una vez examinadas las características del producto, complejo como hemos dicho, el perfil de la contratante, conservador y en nada conocedor de las vicisitudes inherentes a los mercados financieros, y el marco normativo y jurisprudencial de los deberes de información de entidades como la demandada, queda plantearse, si, en el contexto que nos ocupa, estos efectivamente se cumplieron y , en caso de que no se cumplieran, si dicha infracción, atendidas las mencionadas características de la suscriptora y de los productos, puede justificar o más bien, excusar, el error, si lo hubo, de la misma.

En cuanto al cumplimiento de los mencionados deberes de información, por la demandada no se ha conseguido acreditar que se haya producido. A tal efecto se aporta al proceso prueba documental, órdenes de compra de los títulos y de canje de los mismos por acciones suscritas por la actora y las testificales a las que ya hemos hecho referencia cuyo resultado no corrobora, antes al contrario, que, tras un adecuado estudio del perfil de la suscriptora, se le informara directa e individualizadamente de la complejidad de la inversión, al respecto por contundentes y definitivas se tienen manifestaciones vertidas por los empleados de la demandada, entre otras, algunas tales como “...la actora no entendía los productos bancarios...”, “...no era una persona adecuada, ni para comprender el canje de acciones, ni tampoco el producto de subordinadas...”. Además de todo lo expuesto, en relación a la segunda contratación, de fecha 24 de diciembre de 2.007, la normativa MIFID ya estaba en vigor y no fue realizado el test de conveniencia. A respecto, incumplimiento de los test de adecuación o idoneidad, hemos de traer a colación la Sentencia de la Sala de lo Civil TS, nº 840/2013 de 20 de enero de 2014, Recurso nº 879/2012, a cuyo tenor:

”En caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación, en atención a los intereses del cliente minorista que contrata el swap, como si al hacerlo tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo. La omisión del test que debía recoger esta valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta de conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia del Test no determina por sí la existencia de error vicio, pero si permite presumirlo.”

Así las cosas, podemos concluir con el Magistrado de Instancia que, dado el perfil inversor de la actora, las características del producto –muy complejo- y la omisión de los deberes de información de la entidad, no solo es perfectamente posible sino también excusable, que en el momento la suscripción ██████ pensara erróneamente que los productos que le fueron ofertados a través de un empleado de la demandada que lo era de su confianza, respondían a sus necesidades y a las mismas características de los anteriormente contratados, pudiendo deducirse, al mismo tiempo y por las mismas razones, que, si la actora hubiera sabido que existía la posibilidad no sólo de no obtener rentabilidad alguna sino también de llegar perder el principal invertido, nunca hubiera celebrado la contratación impugnada. La actora “...desconoce de qué producto de inversión es titular, ni cuál es su funcionamiento ni sus riesgos y ello es excusable, dado que esa situación únicamente es imputable, amén de totalmente reprobable y reprochable a la entidad demandada..”. (Sentencia de esta misma Sala, 18 de junio de 2.014, Sentencia nº 185/14, Recurso 46/14).

NOVENO.- En último término, invoca la parte apelante la doctrina de los actos propios, que dice manifestada en la concurrencia de actos confirmatorios por haber admitido “la titularidad y propiedad de dicho producto, percibiendo sus frutos o rendimientos, y sin constar reclamación, contienda o discrepancia alguna durante un dilatado periodo de tiempo”, se dice que “la demandante ha percibido de forma periódica y constante, extractos valores, justificantes del abono de los cupones de las obligaciones subordinadas e información fiscal relativa a las mismas...”. Al respecto, en la Sentencia anteriormente citada de esta Sala de fecha 18 de junio de 2.014, se pone de manifiesto que: “...debe precisarse que la sanación del vicio del consentimiento exige que quien la padece,

conocida la causa de nulidad y habiendo la misma cesado, ejecute un acto propio que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo (artículo 1311 del Código Civil) y puede ser de forma expresa o tácita (conforme a la sentencia Tribunal Supremo 21/7/1997, "cuando se ejecuta el acto anulable con conocimiento del vicio que le afecta y habiendo cesado") que en el presente caso no ocurre por varias razones. En primer lugar porque no existe una declaración expresa de sanación por los actores. En segundo lugar no han efectuado los actores acto dispositivo alguno, sobre el producto determinante de tal conclusión y la mera recepción de réditos...en modo alguno puede significar el entendimiento de la clase de producto de inversión que se ha contratado. Que tales réditos consten en0 la Administración Tributaria y hayan sido objeto de tributación, no constituye acto alguno que depura el error esencial en la contratación del producto."

Por lo tanto, la Sala, rechazando el motivo de apelación analizado, discrepa de los argumentos esgrimidos por la apelante/demandada puesto que se entiende que no cabe sostener que la ineficacia del negocio jurídico de adquisición de las Obligaciones Subordinadas fuera convalidado por tales actos. La recepción de intereses o réditos y de los documentos referenciados se comprende perfectamente compatible con el producto que la ████████ estaba en la convicción de haber suscrito y por ello, en nada fueron sanadores de la contratación real y cierta.

Procede, por todo ello, la íntegra desestimación del recurso de apelación y la confirmación de la sentencia apelada.

DECIMO.- La desestimación del recurso de apelación implica la imposición de las costas procesales a la parte recurrente a tenor de lo establecido en el *artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* y, asimismo, la pérdida del depósito constituido para recurrir en apelación conforme a la *Disposición Adicional 15 de la LOPJ*.

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

F A L L O

DESESTIMAMOS el recurso de apelación formulado por la representación de la entidad BANKIA, S.A. contra la *Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 7 de los de Valencia de 8 de marzo de dos mil catorce*, **que se CONFIRMA en su integridad**.

Respecto de las costas de la apelación, deberán de ser soportadas por la entidad apelante, ello, con pérdida del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes y, de conformidad con lo establecido en el artículo 207.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, una vez transcurridos los plazos previstos, en su caso, para recurrir sin haberse impugnado, quedará firme, sin ulterior declaración, procediéndose a devolver los autos originales, junto con certificación literal de esta misma resolución y el oportuno oficio al Juzgado de procedencia para constancia y ejecución, uniéndose certificación al Rollo.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

DILIGENCIA DE CONSTANCIA.-La extendiendo yo, el Secretario Judicial, para hacer constar y advertir a las partes de que, en el supuesto de que proceda, teniendo en cuenta los requisitos establecidos, y dado el carácter extraordinario de los mismos, la interposición de recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal contra la anterior resolución, conforme a lo establecido en el artículo 2º de la Ley 1/2009, de 3 de noviembre, de Reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina

judicial (BOE 4-11-09), se ha de consignar la cantidad de 50 euros, por cada uno de los recursos, en la Cuenta de Consignaciones que esta Sección tiene abierta en la entidad BANESTO, siendo el número de expediente: 4557-0000-12-(nº Rollo de apelación)-(año), indicando en el campo “concepto” el código “00 Civil-Reposición” y la fecha de la resolución recurrida con el formato DD/MM/AAAA. En el caso de realizar el ingreso mediante transferencia bancaria, tras completar el Código de Cuenta Corriente (CCC, veinte dígitos), se indicará en el campo “concepto” el número de cuenta, el código y la fecha en la forma expuesta en el párrafo anterior, debiéndose verificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase. Doy fe.