

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 7
VALENCIA**

Avenida DEL SALER (CIUDAD DE LA JUSTICIA), 14º - 3º
TELÉFONO: 96-192-90-16

N.I.G.: 46250-42-2-2012-0061123

Procedimiento: Asunto Civil 001 /2012

SENTENCIA Nº 000204/2013

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 7
VALENCIA**

Juicio Ordinario /2012

SENTENCIA

En Valencia, a 12 de diciembre de 2013.

Vistos por mi, D^a Ruth Ferrer García, Juez de Adscripción Territorial, en apoyo del Juzgado de Primera Instancia número 7 de esta ciudad, los autos de juicio ordinario, registrados con el número 1790/2012, a instancia del Procurador de los Tribunales D. Manuel Ángel Hernández Sanchis, en nombre y representación de _____, asistida por la Letrada D^a María Dolores Arlandis Almenar, contra BANKIA S.A, representada por la Procuradora de los Tribunales D^a _____ y asistida por el Letrado D. _____ y como interviniente BANCO FINANCIERO Y DE AHORROS, S.A, representado por la Procuradora de los Tribunales D^a _____ y asistida por el Letrado _____

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que por el Procurador D. Manuel Ángel Hernández Sanchis, en nombre y representación de D^a _____ se presentó demanda de juicio ordinario contra BANKIA S.A, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, terminó solicitando que se estime íntegramente la demanda y que con carácter principal se declare la nulidad radical de pleno derecho por inexistencia de consentimiento de carácter imprescriptible en el contrato con la entidad demandada de fecha 15 de abril de 2009 relativo a la adquisición de Obligaciones Subordinadas E.10^a, y todo ello con las consecuencias legales inherentes a dicha declaración, y subsidiariamente, se declare el incumplimiento por parte de la entidad demandada, BANKIA S.A, de las obligaciones de información, diligencia y transparencia, y gestión o administración leal impuestas legalmente y en consecuencia se condene a la entidad demandada a resarcir a la demandante, en

concepto de daños y perjuicios, el importe de la inversión, menos el importe que el producto objeto de esta Litis tiene en el mercado en la fecha de interposición de la demanda, más los intereses legales correspondientes; todo ello con imposición de costas a la demandada.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se dio traslado de la misma a la parte demandada emplazándola para que en el término de veinte días se persone en legal forma y conteste. Dentro del término concedido compareció la Procuradora de los Tribunales D^a _____ en nombre y representación de la entidad demandada, personándose y presentando escrito de contestación a la demanda, en el cual tras alegar los hechos y fundamentos jurídicos que consideró aplicables, terminó suplicando al Juzgado que se dicte Sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda y absuelva a BANKIA S.A de todas las pretensiones que se ejercitan en su contra, con imposición de costas a la parte actora.

TERCERO.- En fecha 14 de enero de 2013, la Procuradora de los Tribunales D^a _____ en nombre y representación de BANCO FINANCIERO Y DE AHORROS S.A, presentó escrito en el Juzgado en el que suplicaba que se le tenga por personado en calidad de parte demandada por los motivos esgrimidos en su escrito y que constan en las actuaciones, adhiriéndose a los hechos y fundamentos jurídicos alegados en la contestación a la demanda presentada por D^a _____ en nombre y representación de BANKIA S.A, y oponiéndose a la demanda.

Se dio traslado a las partes del escrito presentado por BANCO FINANCIERO Y DE AHORROS S.A, solicitando su intervención en el proceso. El demandante se opuso a su intervención por los motivos que alegó en escrito presentado en fecha 4 de febrero de 2013. Por Auto de fecha 13 de mayo 2013 se admitió la intervención en el presente proceso de BANCO FINANCIERO Y DE AHORROS S.A por entender que tiene interés legítimo y se le consideró parte demandada a todos los efectos. La parte actora, en escrito presentado en fecha 23 de mayo de 2013, puso de manifiesto que no dirigía pretensión alguna contra el interviniente.

CUARTO.- Teniendo por personada a la Procuradora de la demandada y del interviniente en la representación que acreditó y por contestada la demanda, se citó a las partes para la celebración de la Audiencia Previa al Juicio el día y hora que consta.

QUINTO.- Siendo el día y hora señalados comparecieron las partes debidamente representadas y asistidas para la celebración de la audiencia previa, Manifestada por las partes la subsistencia de litigio y la imposibilidad de llegar a un acuerdo se les concedió sucesivamente la palabra a los efectos de que las mismas se pronunciaran sobre los extremos contenidos en los artículos 426 y 427 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Las partes solicitaron el recibimiento del pleito a prueba, acordándose el mismo y proponiéndose por las partes las pruebas que estimaron oportunas, siendo admitidas las que se consideraron pertinentes.

SEXTO.- Siendo el día y hora señalados para la celebración del juicio, comparecieron las partes debidamente representadas, procediéndose a la celebración de las pruebas admitidas en el acto de la audiencia previa, con el resultado que consta en autos. Tras ello se concedió

la palabra a las partes para que formularan sus conclusiones quedando los autos vistos para Sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-La parte actora solicita que se declare la nulidad radical de pleno derecho del contrato por inexistencia de consentimiento y subsidiariamente el resarcimiento de daños y perjuicios en base a los siguientes hechos: D^a _____, ama de casa, de 68 años de edad, no tiene conocimientos financieros ni bursátiles. La demandante había contratado plazos fijos con la entidad y nunca ningún producto similar al que es objeto de litigio ni de riesgo elevado. La demandante es cliente minorista y consumidora y de perfil conservador. Debido al fallecimiento del esposo de D^a _____, panadero de profesión, y a la tenencia de unos ahorros, la demandante acudió en abril del año 2009 a la urbana 2020 de Bancajita sita en _____. El director de esta sucursal, D. _____, en el marco de una relación de confianza, le aconsejó que adquiriera Obligaciones Bancajita E.10, ya que se trataba de una forma de tener sus ahorros, con total disponibilidad, sin riesgos, con posibilidad de recuperar el dinero y con muy buenos rendimientos, aconsejándole lo que parecía un plazo fijo, ya que se le ofrecieron las obligaciones subordinadas como si se trataran de un depósito garantizado. La demandante adquirió en fecha 15 de abril de 2009, guiada por las indicaciones de D. _____ Obligaciones Subordinadas E.10 por importe de 300.000 euros, sin que se le diera información sobre sus verdaderas características y sus riesgos. D. _____ le dio a la demandante ninguna información escrita, lo que llevó a D^a _____ a entender que había contratado un plazo fijo. D^a _____ no era consciente de haber firmado ninguna orden de compra de obligaciones subordinadas, de hecho en el anexo a la orden consta como ordenante una persona distinta y desconocida para la actora, además no se efectuaron los test de conveniencia ni de idoneidad ni se le facilitó información precontractual. En fecha 14 de mayo de 2012 se le remitió a la demandante por la demandada, extracto bancario de la posición de su cuenta de valores, resultando que su inversión de 300.000 euros había disminuido a 195.000 euros. La actora concluye que no se le facilitó toda la información necesaria sobre el producto que había contratado y esto le llevó a creer que estaba contratando un plazo fijo, exento de riesgos y con disponibilidad inmediata, alegando inexistencia de consentimiento y dolo omisivo por parte de la entidad.

La demandada se opuso a la demanda por los motivos que constan en su contestación y alegó improcedencia de las dos acciones ejercitadas por la actora.

SEGUNDO.- Las Obligaciones Subordinadas se emiten conforme a la Ley del Mercado de Valores, 24/1988 de 28 de julio (RCL 1988, 1644 ; RCL 1989, 1149 y 1781) y al RD Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre (RCL 1989, 2737 y RCL 1990, 206) , por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital(sic). 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(sic) (RCL 1992, 1239) , de Recursos Propios y Supervisión en base consolidada de las Entidades Financieras.

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

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

Se puede concluir, por tanto, tal y como pone de relieve autorizada doctrina -Tapia Hermida-, que constituyen una mutación o alteración del régimen de prelación común a las obligaciones, que obedece al exclusivo propósito de fortalecer los recursos propios de las entidades de crédito y muy especialmente de las Cajas de Ahorros, caracterizándose porque en caso de quiebra o liquidación de la entidad de crédito tales obligaciones-préstamos ocupan un rango inferior a los créditos de todos los demás acreedores y no se reembolsarán hasta que se hayan pagado todas las demás deudas vigentes en ese momento, constituyendo uno de sus requisitos el que dichos fondos deben tener un vencimiento inicial de al menos 5 años, tras dicho período podrán ser objeto de reembolso, así como que las autoridades competentes podrán autorizar el reembolso anticipado de tales fondos siempre que la solicitud proceda del emisor y la solvencia de la entidad de crédito no se vea afectada por ello. La idea fundamental desde el punto de vista jurídico reside, como señala el profesor Sánchez Calero, "en que la entidad de crédito prestataria y el adquirente inversor prestamista pactan, entre otras condiciones, que tales préstamos ocupen un rango inferior a los créditos de todos los demás acreedores y no se reembolsen hasta que se hayan pagado todas las demás deudas vigentes en ese momento" y es por ello, como señala la doctrina, por lo que la computabilidad como fondos propios no reside tanto en la titularidad de los recursos captados ni en su funcionalidad, cuanto fundamentalmente en su inexigibilidad. La regulación de estas obligaciones la encontramos en la Ley 13/85. En este producto se pacta no ya que el crédito carece de privilegio alguno, sino que ni siquiera alcanza el estatus de crédito ordinario, se produce, como señala el profesor Sánchez Calero, un desplazamiento del crédito, de forma que el principio de la par conditio creditorum sufre en este caso una excepción contraria a la de los acreedores privilegiados, estamos ante una excepción "en menos" inversa a la de los privilegios, que altera el régimen común de prelación y que sitúa a las Obligaciones Subordinadas tras los acreedores comunes del derecho civil citados en el sexto lugar del orden establecido en el art. 913 del Código de Comercio (LEG 1885, 21) . El precio de la postergación lo constituye el devengo de los intereses más altos que la media del mercado de renta fija privada, de modo que a menor seguridad de tales obligaciones

debido a su carácter subordinado debe incrementarse la rentabilidad de las mismas.

TERCERO.- Las obligaciones subordinadas objeto de litigio se suscriben en el mes de abril del año 2009, en esta fecha ya había sido traspuesta, a nuestro ordenamiento jurídico, la Directiva 2004/39/CE MIFID, sobre mercados de instrumentos financieros, mediante la ley 47/2007, que a su vez modifica la Ley del Mercado de Valores, continuando con el desarrollo normativo de protección del cliente introduciendo la distinción entre clientes profesionales y minoristas, con la finalidad de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros (artículo 78 bis de la LMV); reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el artículo 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 con la finalidad 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, sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencias financieras y aquellos objetivos. Así el artículo 79 bis de la LMV, vigente en el momento de la adquisición del producto financiero objeto de litigio, establecía que: 1. Las entidades que presten servicios de inversión deberán mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes.

2. Toda información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario, deberá ser imparcial, clara y no engañosa. Las comunicaciones publicitarias deberán ser identificables con claridad como tales.

3. A los clientes, incluidos los clientes potenciales, se les proporcionará, de manera comprensible, información adecuada sobre la entidad y los servicios que presta; sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión; sobre los centros de ejecución de órdenes y sobre los gastos y costes asociados 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. A tales efectos se considerará cliente potencial a aquella persona que haya tenido un contacto directo con la entidad para la prestación de un servicio de inversión, a iniciativa de cualquiera de las partes.

La información a la que se refiere el párrafo anterior podrá facilitarse en un formato normalizado.

La información referente a los instrumentos financieros y a las estrategias de inversión deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias.

4. El cliente deberá recibir de la entidad informes adecuados sobre el servicio prestado. Cuando proceda dichos informes incluirán los costes de las operaciones y servicios realizados por cuenta del cliente.

5. Las entidades que presten servicios de inversión deberán asegurarse en todo momento de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes, con arreglo a lo que establecen los apartados siguientes.

6. Cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, la entidad obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate; sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquel, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan. Cuando la entidad no obtenga esta información, no recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente. En el caso de clientes profesionales la entidad no tendrá que obtener información sobre los conocimientos y experiencia del cliente.

7. Cuando se presten servicios distintos de los previstos en el apartado anterior, la empresa de servicios de inversión deberá solicitar al cliente, incluido en su caso los clientes potenciales, que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente.

Cuando, en base a esa información, la entidad considere que el producto o el servicio de inversión no sea adecuado para el cliente, se lo advertirá. Asimismo, cuando el cliente no proporcione la información indicada en este apartado o ésta sea insuficiente, la entidad le advertirá de que dicha decisión le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él.

Las advertencias previstas en este apartado se podrán realizar en un formato normalizado.

8. Cuando la entidad preste el servicio de ejecución o recepción y transmisión de órdenes de clientes, con o sin prestación de servicios auxiliares, no tendrá que seguir el procedimiento descrito en el apartado anterior siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

a) Que la orden se refiera a acciones admitidas a negociación en un mercado regulado o en un mercado equivalente de un tercer país; a instrumentos del mercado monetario; a obligaciones u otras formas de deuda titulizadas, salvo que incorporen un derivado implícito; a instituciones de inversión colectiva armonizadas a nivel europeo y a otros instrumentos financieros no complejos. Se considerarán mercados equivalentes de terceros países aquellos que cumplan unos requisitos equivalentes a los establecidos en el Título IV. La Comisión Europea publicará una lista de los mercados que deban considerarse equivalentes que se actualizará periódicamente.

Tendrán la consideración de instrumentos financieros no complejos, además de los indicados expresamente en el párrafo anterior, aquellos en los que concurran las siguientes 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.

No se considerarán instrumentos financieros no complejos:

i) los valores que den derecho a adquirir o a vender otros valores negociables o que den lugar a su liquidación en efectivo, determinada por referencia a valores negociables, divisas, tipos de interés o rendimientos, materias primas u otros índices o medidas;

ii) los instrumentos financieros señalados en los apartados 2 a 8 del artículo 2 de esta Ley;

b) que el servicio se preste a iniciativa del cliente;

c) que la entidad haya informado al cliente con claridad de que no está obligada a evaluar la adecuación del instrumento ofrecido o del servicio prestado y que, por tanto, el cliente no goza de la protección establecida en el apartado anterior. Dicha advertencia podrá realizarse en un formato normalizado;

d) que la entidad cumpla lo dispuesto en la letra d) del apartado 1 del artículo 70 y en el artículo 70 ter.1.d).

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 el 17 de febrero de 2008), el cual traspone, entre otras, la Directiva 2006/73 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 el régimen jurídico de las empresas de inversión y exige en su artículo 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; el artículo 62 exige antelación suficiente en su práctica; el artículo 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 inherentes a ese instrumento de una manera suficientemente detallada para permitir al cliente tomar decisiones de inversión fundadas; y los artículos 72 y siguientes regulan la evaluación de idoneidad y de conveniencia.

El artículo 72, en cuanto a la evaluación de la idoneidad, establece que: “a los efectos de lo dispuesto en el artículo 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 artículo 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”.

El artículo 73, en cuanto a evaluación de conveniencia, establece que :”a los efectos de lo dispuesto en el artículo 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 artículo 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”.

Y por último, el artículo 74 contempla disposiciones comunes a las evaluaciones de idoneidad y conveniencia, en los siguientes términos: “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 artículo 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”.

Además se debe hacer especial hincapié en el hecho de que este deber de información viene desglosado según las distintas fases contractuales, así la Sentencia 514/2012 de la Audiencia Provincial de Baleares establece que “determinada así la naturaleza del contrato y con ello las obligaciones asumidas por la entidad demandada, a la hora de analizar que debe entenderse por derecho de información a favor del cliente, tanto el momento de contratar como durante la vigencia del contrato (...) tal como se indicó en la sentencia de esta Sala de 21 de marzo de 2.011 (JUR 2011, 190142) , con alusión a la SAP de Asturias de 27 de enero de 2.010 (AC 2010, 6) , "el derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básica para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad tanto es lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar los sujetos que intervienen en él (el cliente bancario), principalmente, a través tanto de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación exigible. Examinada la normativa del mercado de valores sorprende positivamente la protección dispensada al cliente dada la complejidad de ese mercado y el propósito decidido de que se desarrolle con transparencia pero sorprende, sobre todo, el prolijo desarrollo normativo sobre el trato debido de dispensar al cliente, con

especial incidencia en la fase precontractual. Esta especial atención por parte del legislador, estableciendo códigos y normas de conducta y actuación tienden a proteger, no únicamente al cliente consumidor, sino al cliente en general, en un empeño de dotar de claridad y transparencia a las operaciones que se realizan con las entidades financieras, y a cuyo sector concurren los consumidores, de forma masiva, tanto para la celebración de contrato más simples, como la apertura de una cuenta, como a los más complejos, como los productos de inversión con lo que se pretende rentabilizar los ahorros, saliendo al paso de ese modo de la cultura del "donde hay que firmar" que se había instalado en este ámbito.

Lo relevante, por tanto, es que la labor de asesoramiento de las entidades financieras sea personalizada, teniendo en cuenta y siempre, las circunstancias, personales y económicas que concurren y le son expuestas por sus clientes, de modo que suministrada al cliente toda la información necesaria, la decisión de adquirir unos u otros productos, es decir, la valoración de su adaptación a sus necesidades concretas, le corresponde exclusivamente a él y no al asesor, pues si bien es cierto, como apunta la SAP de Barcelona de 4 de diciembre de 2009 (JUR 2010, 34833) , que "no puede exigirse un resultado concreto de la obligación derivada del contrato, puesto que en todo caso quien tiene la última palabra sobre la inversión es el cliente, no lo es menos que la decisión del inversor sólo puede correr con los riesgos de la operación si el gestor le informa de todos los extremos por él conocidos, que puedan tener relevancia para el buen fin de la operación, en otras palabras, sólo puede hacerse responsable al cliente del desafortunado resultado de la inversión si el gestor en su comisión, ha desempeñado sus obligaciones diligentemente... y a fin de determinar la manera en que dicha información, debe hacerse llegar a sus clientes de forma adecuada, los apartados 6 y 7 del mismo precepto (art. 79 LMV (RCL 1988, 1644 ; RCL 1989, 1149 y 1781)) establecen la obligación por parte de la entidad, en función del tipo de prestación ofrecida, de obtener información sobre el cliente, sus conocimientos y experiencia en el ámbito de la inversión".

La sentencia de esta Sala de 21 de junio de 2011 , al referirse a la Ley del Mercado de Valores , indica que "La denominación que ha recibido esta normativa -normas de transparencia- resulta expresiva de una de sus finalidades, la de prestar una información adecuada a la clientela de las entidades de crédito, de forma que el cliente tenga o pueda tener una idea clara del contenido del contrato, en el momento de su celebración y durante su periodo de duración, puesto que la expresión "transparencia", en el ámbito contractual, se utiliza cuando de los términos expresados en la formalización de los contratos se deducen con claridad cuáles son las obligaciones que nacen para cada una de las partes que intervienen en ellos.

El derecho de información del cliente se considera, pues, como la forma más importante de la libertad contractual. Por ello tales normas intentan establecer los medios para que las

condiciones contractuales, en un sector tan complejo como el de los servicios financieros, sean comprensibles para el cliente medio, es decir, presenten unas adecuadas condiciones de transparencia.

Sin embargo, la existencia de estas normas no se justifica por una exclusiva finalidad de protección de la parte contratante, con mayor déficit de información. Es necesario contextualizar este tipo de normas que disciplinan la participación de determinados agentes económicos en la posición oferente del mercado de crédito. Por lo tanto, en última instancia, constituyen una regulación profesional ordenada a sentar las bases para conseguir una mayor competencia entre las entidades, objetivo éste que aparece claramente enunciado en la propia Exposición de Motivos de la Orden de 12-XII-1989 (RCL 1989, 2700) en una sencilla frase que anuda ambos conceptos, mejor información y mayor competencia, en una relación de causa-efecto."

La SAP de Valencia Sección 9 de 30.10.2008, alude a que la "especial complejidad del sector financiero -terminología, casuismo, constante innovación de las fórmulas jurídicas, transferencia de riesgos a los clientes adquirentes...- dotan al mismo de peculiaridades propias y distintas respecto de otros sectores, que conllevan la necesidad de dotar al consumidor de la adecuada protección tanto en la fase precontractual -mediante mecanismos de garantía de transparencia de mercado y de adecuada información al consumidor (pues sólo un consumidor bien informado puede elegir el producto que mejor conviene a sus necesidades y efectuar una correcta contratación)- como en la fase contractual -mediante la normativa sobre cláusulas abusivas y condiciones generales, a fin de que la relación guarde un adecuado equilibrio de prestaciones- como finalmente, en la fase postcontractual, cuando se arbitran los mecanismos de reclamación."

CUARTO.-La demandada alega improcedencia de las acciones ejercitadas por la demandante, ahora bien, en este punto es fundamental traer a colación el principio iura novit curia y el de congruencia. La Sentencia del Tribunal Supremo 895/2002, establece que "(...) el principio «iura novit curia» en el que se basa la potestad de los Jueces y Tribunales respecto a la aplicación de la norma que consideren adecuada, sin estricta acomodación a la literalidad de los escritos de las partes, tiene como límite infranqueable el respeto a la «causa petendi» es decir, al hecho debatido y a la norma que éste naturalmente postule, sin que puedan aquéllos ampliar su decisión a extremos no controvertidos, no propuestos o no tenidos en cuenta por las partes, ya en la acción como en la defensa, pues ello constituiría extralimitación que impediría el normal uso de la defensa jurídica, causando indefensión (sentencias, entre muchas otras, de 28 de mayo de 1985 [RJ 1985, 2831] , 31 de diciembre de 1991 [RJ 1991, 9270] , 8 de enero de 1992 y 8 de junio de 1993 [RJ 1993, 4469]). La Sentencia del Tribunal Supremo 361/2012 establece que. "(...)La causa de pedir, por tanto, tiene un componente jurídico que limita las facultades del juez de aplicar libremente a los hechos el Derecho que considere más procedente o, dicho de otra forma, que limita el principio iura novit curia (STS 7-10-02 (RJ 2003, 357) en rec.923/97) descartando que pueda tener un carácter absoluto, como por demás resulta del art. 218 LEC al disponer que el tribunal resuelva conforme a las normas aplicables al caso pero sin acudir a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer. (...) Hay

que reconocer, no obstante, que la distinción entre el componente jurídico de la causa de pedir y las normas aplicables por el juez conforme al principio *iura novit curia* no siempre es clara. Por eso el método más seguro para comprobar si se ha producido un cambio indebido de demanda, con correlativa incongruencia de la sentencia (STS 3-4-01 (RJ 2001. 10326) Constitución (RCL 1978. 2836)), en determinar si ese cambio ha alterado los términos del debate generando en el demandado riesgo de indefensión por haber contestado a la demanda adoptando una determinada línea de defensa (...). Y por último la Sentencia del Tribunal Supremo 834/2004 establece que: "(...)Y hemos de destacar al efecto que, con arreglo al contenido del artículo 218.1 párrafo segundo de la Ley de Enjuiciamiento Civil : "El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes." Y que en materia de congruencia de las resoluciones judiciales, se ha venido a declarar por el Tribunal Constitucional que "...desde las Sentencias 20/1982, de 5 Mayo.; 14/1984, de 3 Feb.; 14/1985, de 1 Feb.; 77/1986, de 12 Jun.; y 90/1988, de 13 Mayo ., una jurisprudencia constante de este Tribunal ha venido definiendo dicho vicio como un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formulan la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso; al conceder más, menos o cosa distinta de lo pedido, el órgano judicial incurre, según hemos dicho de modo reiterado, en las formas de incongruencia conocidas como *ultra petita*, *citra petita* o *extra petita partium* (por todas, SSTC 90/1988, de 13 Mayo., y 111/1997, de 3 Jun .), cuyos contornos han decantado secularmente los tribunales al depurar la aplicación de la legalidad procesal ordinaria. Como ya declaró la STC 222/1994, de 18 Jul. (FJ 2), con cita de doctrina anterior, el juicio de congruencia de la resolución judicial requiere ineludiblemente la confrontación entre la parte dispositiva de la resolución de que se trata y el objeto del proceso, delimitado en atención a sus elementos subjetivos, las partes, y objetivos, la causa petendi y el *petitum*". Igualmente declara que los Jueces y Tribunales deben aplicar el Derecho y la doctrina correctos a los hechos y cuestiones debatidas en el pleito, aunque no hubieran sido alegados por los recurrentes, habiéndolo reconocido así el Tribunal Constitucional en Sentencias 172/1994 (La Ley Juris. 2560-TC/1994) y 222/1994 (La Ley Juris. 829253/1994), al afirmar que "la congruencia de la resolución judicial es plenamente compatible con el principio "*iura novit curia*", ya que los órganos jurisdiccionales no están obligados a ajustarse en los razonamientos que les sirven para motivar sus fallos a las alegaciones jurídicas aducidas por las partes, pudiendo basar su decisión en otras normas distintas si aprecian que son éstas las aplicables al caso", o en la 187/1994, de 20 de junio (La Ley Juris. 17181/1994), razonando que "no existe ni puede existir incongruencia con relevancia constitucional cuando el órgano jurisdiccional ha utilizado argumentos jurídicos distintos de los esgrimidos por las partes, respetando las razones esenciales de la pretensión ejercitada, porque, al actuar así, se limita a cumplir la función que jurisdiccionalmente tiene asignada, sometido sólo al imperio de la ley (artículo 117.1 CE)" y, asimismo, en la número 87/1994, de 14 de marzo (La Ley Juris. 2456-TC/1994), cuando dice que "el principio *iura novit curia* exime a los Tribunales de la carga de someter servilmente el razonamiento jurídico que les sirve de motivación para el fallo a las alegaciones de los litigantes, pudiendo basar sus decisiones en fundamentos jurídicos distintos".

En cuanto al supuesto de autos la demandante alega en su demanda que Dª, pensaba que estaba contratando un plazo fijo, que le daba muy buena rentabilidad, seguro y con

disponibilidad de su dinero como consecuencia de las explicaciones que le había dado D. [redacted], empleado de la entidad demandada. Por lo tanto, los términos del debate quedan perfectamente delimitados en la narración fáctica de los mismos que se realiza de forma clara en la demanda. Se puede concluir que se respetan, en todo momento, las razones esenciales de la pretensión ejercitada al reconducir la acción de nulidad por inexistencia del consentimiento derivada de una incorrecta información, a la anulabilidad por error vicio del consentimiento, máxime si como es en el supuesto de autos, no se produce indefensión alguna a la contraparte ya que de la lectura de la contestación a la demanda se deduce con transparencia y de forma absolutamente clara que la demandada se defiende de las alegaciones fácticas realizadas por la demandante alegando y tratando de probar que informó debidamente a la misma de forma precontractual, contractual y postcontractual.

En cuanto al error, la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 21 de noviembre de 2012, ha fijado una serie de pautas a la hora de analizar la concurrencia o no del vicio del consentimiento denunciado. Su fundamento de derecho cuarto señala que hay error-vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta (sentencias 114/1985, de 18 de febrero, 295/1994, de 29 de marzo, 756/1996, de 28 de septiembre, 434/1997, de 21 de mayo, 695/2010 de 12 de noviembre, entre otras). Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea. Es lógico que un elemental respeto a la palabrea dada (*pacta sunt servanda*), imponga la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y pueda quedar desvinculado quien lo sufrió. El contrato constituye el instrumento jurídico por el que quienes lo celebran, en ejercicio de su libertad – autonomía de la libertad-, deciden crear una relación jurídica entre ellos, y someterla a una “*lex privata*” cuyo contenido determinan. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos (sentencia de 15 de febrero de 1977). En primer término, para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración, lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias. Dispone el artículo 1266 del Código Civil que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer- además de sobre la persona en determinados casos- sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieran dado motivo a celebrarlo (sentencias de 4 de enero de 1982, 295/1994, de 29 de marzo, entre otras), esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (artículo 1261.2 del Código Civil). Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente sobre aquellas presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa. Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias pasadas, concurrentes o esperadas, y es en consideración a ellas que el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno sólo de los contratantes, o dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquél, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales

haberlo le había parecido adecuado a sus intereses. Como se indicó, las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección del contrato (sentencia de 8 de enero de 1962, 29 de diciembre de 1978 y 21 de mayo de 1997). Resulta determinante que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual, si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano. Se expuso antes que el error-vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente segura. Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia en sentencias de 4 de enero de 1982, 756/1996, de 28 de septiembre, 726/2000, de 17 de julio, 315/2009, de 13 de mayo, exige tal cualidad, no mencionada en el artículo 1266, porque valora la conducta del ignorante o equivocado, negando protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida. Se trata de determinar si dicho incumplimiento generó el vicio, ya que como señala la Sentencia del Tribunal Supremo anteriormente citada, aunque en muchos casos un defecto de información puede llevar directamente al error de quien la necesitaba, no es correcta una equiparación, sin matices, entre uno y otro, al menos en términos absolutos.

Ahora bien, antes de analizar la prueba, es necesario determinar las reglas de la carga de la prueba que rigen en este tipo de procesos en los que se trata de dilucidar si se prestó consentimiento viciado por error derivado de una falta de información. La SAP, Valencia de 12 de julio de 2012, establece que en relación a 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 de la 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. Se puede destacar que en definitiva se trata de un contrato de adhesión, de un producto financiero complejo de difícil seguimiento en su rentabilidad y que cotiza en el mercado secundario, que el cliente debe recibir información en fase precontractual completa y precisa a cerca de las características del producto y de los riesgos que asumía, información que ha de ser lo suficientemente clara y precisa para que aquél conociera el producto o servicio que pudiera llegar a contratar y saber 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, que la carga de la prueba del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, corresponde a la entidad bancaria debiendo tener en cuenta que en el caso de productos de inversión complejos, 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.

Además se debe hacer especial hincapié en el hecho de que la Ley, en algunas ocasiones

concede un plus de protección a la parte que es tenida como débil en el contrato, y así ocurre en la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios, cuyo artículo 3 bajo la rúbrica “concepto general de consumidor y usuario”, contiene la definición de consumidor a los efectos de la Ley en los siguientes términos: “a los efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional”, concepto que corresponde aplicar a la actora. Se debe recordar que son derechos básicos de los consumidores y usuarios, entre otros, “la información correcta sobre los diferentes bienes o servicios (...)”.

En la vista se practicó la prueba testifical de D. [redacted] empleado de BANKIA, D. [redacted] y D. [redacted], hijos de la demandante. Se contó, además, con la prueba documental obrante en autos.

D. [redacted] declaró que había trabajado para BANKIA unos veintinueve años y que conocía al matrimonio, esto es a D^a [redacted] y a su esposo ya fallecido [redacted] desde hacía unos diez años y que el matrimonio tenían confianza en él.

D. [redacted] manifestó que fue él quien le ofreció la renta vitalicia al Sr. [redacted] y que el seguro de renta vitalicia se pagó cuando presentaron los documentos del fallecimiento, más o menos a principios de abril del año 2009, y que D^a [redacted] recibió unos 300.000 euros. D. [redacted] declaró que “cuando salieron las obligaciones al 7%, se las ofrecí”. D. [redacted] manifestó que por aquel entonces las obligaciones subordinadas estaban al 7,25%, “nos las quitaban de las manos, yo quise comprar en el mercado secundario y ya no había”, “el plazo fijo lo teníamos al 2%, la renta vitalicia que le gustaba a [redacted] estaba al 2,75% o 3%, no al 4% como antes.”

D. [redacted] declaró que nunca informó de los riesgos a D^a [redacted] “no le dije el riesgo que había, no se lo dije”, manifestó, “le dije, es una deuda que usted hace con la entidad por eso le dan más que en el plazo fijo”. D. [redacted] declaró que “FIDENZIS” estaba dedicado a las rentas altas de BANCAJA y “que entraba cualquier persona”. D. [redacted] declaró que le dijo a la demandante que las obligaciones subordinadas “es un préstamo que usted le hace a la entidad y a cambio le paga unos intereses, también le dije que vencían en el año 2019, pero no le informé de los riesgos, también le dije que había un mercado secundario en el que podía venderlas pero que tenía que haber otro que quisiera comprar.”

D. [redacted] declaró que en el momento de la suscripción de las obligaciones D^a [redacted] acompañada de su hijo [redacted], afirmaciones que negaron los dos hijos de la demandante, y que la información se la dio a la Sra. [redacted] junto con el resumen de la emisión antes de la contratación, pero que él no le informó de los riesgos. D. [redacted] también llegó a afirmar que la Sra. [redacted] firmó el test de conveniencia en presencia de su hijo [redacted] extremo que también fue negado por los hijos de la demandante, y que a pesar de que dio como resultado “no conveniente”, se firmó porque “lo que ocurrió después no lo veíamos nadie”, “yo tenía mucha amistad con su marido, no es el caso de que le vendías veneno”, declaró D. [redacted].

D. [redacted] declaró que sabía que el matrimonio tenía un horno panadería y que la Sra. [redacted] adquirió las obligaciones porque tenían una buena rentabilidad de modo que podía

compensar la pensión de viudedad.

Especialmente significativas fueron las siguientes afirmaciones de D. [redacted] que se recogen de forma literal: “si le hubiera dicho los riesgos (a D. [redacted]), primero que no entendería los riesgos por el argot y segundo si hubiera sabido los riesgos no hubiera contratado, se hubiera ido (refiriéndose en todo momento a D. [redacted]).” D. [redacted] negó a afirmar: “les he vendido el producto a tías mías con total tranquilidad.”

D. Francisco manifestó que el documento contemplado en el bloque documental número 6 de la contestación a la demanda relativos a la comunicación sobre la categoría MIFID los firmó la Sra. [redacted] en su presencia y le dio una copia, y en cuanto al anexo de la orden de compra que consta en el bloque documental número 5 de la contestación a la demanda, declaró que si bien es cierto que es a nombre de D. [redacted] “hubo un trasiego de documentos”.

D. [redacted] hijo de la demandante, declaró que de profesión es profesor de dibujo técnico y enseñanza plástica y que desempeña su labor en [redacted] fue en todo momento coherente en sus manifestaciones las cuales gozaron de gran credibilidad para este juzgador.

D. [redacted] declaró que el 27 de febrero del año 2009 coincidió con la semana blanca de la escuela y tenía que regresar a [redacted] sobre el uno o el dos de marzo pero que al fallecer su padre, en el trabajo le dieron una semana de permiso y se quedó en total unos diez u once días en Valencia y que a principios de abril él estaba en [redacted] dando clases con lo que no pudo acompañar a su madre a BANCAJA en el momento de la adquisición del producto objeto de litigio. D. [redacted] manifestó que él nunca ha invertido, que sólo ha comprado una casa y que su padre era panadero y su madre ama de casa y de vez en cuando ayudaba a su padre en la panadería, que la pensión de su madre es muy baja y que sus padres siempre han sido ahorradores, “incluso han dejado de vivir bien para ahorrar para sus hijos.” D. [redacted] manifestó que su padre tenía mucha confianza en D. [redacted] al que llamaba [redacted]; y que no fue hasta mucho más tarde cuando se dieron cuenta del producto que realmente había contratado la madre, ya que declaró que con ocasión de la necesidad de contratar a una señora para que estuviera con su madre, trataron de sacar un poco de dinero y en ese momento les dijeron que no era posible. D. [redacted] declaró que su madre le llamó y le dijo que en BANCAJA le habían dicho que “no podía sacar el dinero y que si lo sacaba la pérdida sería enorme”, y que su madre le había dicho siempre que había contratado un plazo fijo. (refiriéndose a D. [redacted]) le dijo a su madre que este plazo fijo (refiriéndose a las obligaciones subordinadas objeto de litigio) era muy bueno, era a diez años y podía disponer del dinero.” D. [redacted] declaró además que a D. [redacted] sólo lo vio cuando fue a entregar a la entidad demandada el certificado de defunción de su padre y que no estuvo presente en la entidad ni el 8 de abril ni el 15 de abril de 2009.

D. [redacted] hizo especial hincapié en que la cultura financiera de su padre consistía en “trabajar, ahorrar y guardar el dinero en el banco en una cuenta de ahorro, mi padre la palabra riesgo no la ha conocido jamás.”

D. [redacted] hijo de la demandante, de profesión informático, declaró que a D.

_____ lo había visto sólo una vez y que ni él ni su hermano acompañaron a su madre a la entidad en el momento de la suscripción del producto objeto de litigio, que él sólo fue a BANKIA a informar del fallecimiento de su padre y que su madre siempre le había pensado, y así se lo había dicho, que lo que contrató era un plazo fijo y no obligaciones subordinadas.

En cuanto a la prueba documental presentada en autos, el valor de la misma se debe poner en relación necesariamente con la prueba testifical practicada en la vista, se debe atender fundamentalmente a que ha quedado probado que la demandante es un ama de casa, con estudios elementales, de perfil ahorrador y que tal y como ha puesto de manifiesto D. _____, “buscaba rentabilidad para poder completar su pensión”. Además la documental se debe interpretar necesariamente a la luz de dos manifestaciones de D. _____, empleado de BANKIA que ofreció el producto a la demandante, esto es, “si a _____ le hubiera explicado los riesgos, primero no los entendería por el argot, y segundo no hubiera contratado, se hubiera ido.”

Como documento número uno de la demanda se incorpora el contrato de renta vitalicia celebrado por D. _____, esposo de la demandante, manifestación del carácter conservador y ahorrador del matrimonio. Como documento número 4 de la demanda se incorpora el estado de posición de cuenta de valores en el que aparece como titular D. _____, de fecha 11 de mayo de 2012 y en el que consta que los 300 títulos de obligaciones subordinadas han pasado a tener un valor de 195.000 euros.

En cuanto a la prueba documental presentada por la demandada, en primer lugar en el bloque documental número 2 se contempla el test de conveniencia que se realizó por BANCAJA a D. _____ en fecha 15 de abril del año 2009, en el mismo consta que la demandante en los últimos tres años no había invertido en obligaciones subordinadas ni en participaciones preferentes, que conoce los principales riesgos de las obligaciones subordinadas, afirmación que cuanto menos resulta sorprendente ya que fue el mismo empleado de BANKIA D. _____ quien manifestó que no le informó de los riesgos, que tiene un nivel de estudios básicos, que en su actividad laboral no tiene relación con asuntos o temas financiero, hay que recordar en este punto que D. _____ ha sido ama de casa y que de vez en cuando ayudada a su esposo en la panadería, y que no realiza inversiones financiera. El resultado del test fue “no conveniente”. Como documento número 3 consta firmado por D. _____ el resumen de la 10ª Emisión de Obligaciones Subordinadas de la Caja de Ahorros de Valencia, Castellón y Alicante, resumen que difícilmente puede entender una ama de casa con estudios básicos y sin cultura financiera alguna si no va acompañado de una información verbal correcta y coherente, extremo que se ha probado que no se proporcionó a la demandante en ningún momento ya que así lo ha manifestado D. _____ tal y como se ha puesto de manifiesto con anterioridad.

La demandada aporta en el bloque documental número cinco, la petición de suscripción de obligaciones subordinadas firmada por D. _____ y el anexo a la orden, en este último consta como titular D. _____ y está firmada por D. _____, lo que resulta coherente con el hecho de que D. _____ no prestara demasiada atención a la hora de firmar la documentación relativa al producto que estaba adquiriendo, ya que como se ha probado por la actora, existía una relación de confianza con D. _____ empleado que le aconsejó el producto objeto de litigio. Por otra lado en el bloque documental número 6 de la contestación a la demanda

consta la comunicación sobre categoría MIFID, en la que se califica a D^a _____ como cliente minorista, este documento se debe poner en relación con el anexo a la orden en el que se establece literalmente “con suficiente antelación a la formalización de la presente orden el TITULAR ha recibido información sobre su categoría como cliente; del derecho que le asiste a exigir una clasificación distinta y de las consecuencias derivadas del cambio de categoría (..)”. Ahora bien, sorprende que estos documentos estén emitidos en la misma fecha, esto es, el 15 de abril de 2009 tal y como consta en el margen inferior derecho de ambos, con lo que la antelación a la que se hace referencia queda vacía de contenido. Por último como documentos número 8 y siguientes presenta la demandada extractos de los rendimientos que percibía la demandante, ahora bien, ha quedado probado por la actora que no se dio cuenta de que el producto que había contratado, confiando en D.¹ _____, no era un plazo fijo sino un producto financiero complejo, hasta que quiso disponer de su dinero.

La SAP de Valencia Sección 9 de 30.10.2008, pone de manifiesto que la "especial complejidad del sector financiero -terminología, casuismo, constante innovación de las fórmulas jurídicas, transferencia de riesgos a los clientes adquirentes...- dotan al mismo de peculiaridades propias y distintas respecto de otros sectores, que conllevan la necesidad de dotar al consumidor de la adecuada protección tanto en la fase precontractual -mediante mecanismos de garantía de transparencia de mercado y de adecuada información al consumidor (pues sólo un consumidor bien informado puede elegir el producto que mejor conviene a sus necesidades y efectuar una correcta contratación)- como en la fase contractual -mediante la normativa sobre cláusulas abusivas y condiciones generales, a fin de que la relación guarde un adecuado equilibrio de prestaciones- como finalmente, en la fase postcontractual, cuando se arbitran los mecanismos de reclamación.

No se ha probado por la entidad demandada que suministrara información precontractual clara, transparente, comprensible y coherente con las verdaderas características del producto objeto de litigio, a la demandante.

En cuanto a la posible responsabilidad y condena del tercer interviniente, no se entra a analizar la misma en esta Sentencia, ya que contra él la actora no dirigió pretensión alguna.

Por otro lado, ya el Tribunal Supremo en Sentencia del año 2003 se pronunciaba del siguiente modo: “(...) Sin embargo, siendo así, y sin que cuanto se dirá a continuación signifique que este Tribunal apruebe en modo alguno la omisión de la diligencia exigible también a todo consumidor (pues no compartimos la cultura "del dónde hay que firmar" a que se refiere la *Sentencia de Instancia con cita de la de la Audiencia Provincial de Soria de 12 de febrero de 2004*), no cabe desconocer - como impone el artículo 3.1 del C.Civil- la realidad social actual y del momento en que se produjeron los hechos que se someten a nuestro enjuiciamiento (menor conocimiento general del mercado bursátil, desconocimiento de la evolución de las acciones tecnológicas...), así como la propia dinámica de funcionamiento del sector bancario - respecto del que son constantes las denuncias de malas prácticas - , y el hecho relevante de que a la diligencia exigible al consumidor - que es la genérica de un buen padre de familia -, se ha de contraponer la exigible al profesional asesor que, como se ha indicado con anterioridad - y por razón de la normativa precedentemente citada - es la específica de un ordenado comerciante y un representante leal.”

Doctrina perfectamente aplicable al supuesto de autos, en el que de la documentación presentada y de la prueba testifical practicada en la vista, se desprende no sólo que la demandante no conocía los riesgos del producto objeto de litigio sino que de haberlos conocido, no hubiera contratado dicho producto, tal y como puso de manifiesto D.:

Se puede concluir que la demandante no tenía cultura financiera para entender la documentación que firmó y confió en las explicaciones que le dio D. _____ hasta llegar a creer que, tal y como manifestaron los hijos de la demandante, había contratado un plazo fijo, y por tanto ha quedado probado el error por parte de la actora.

La SAP de Valencia de 12 de julio de 2012, concita de la de 6 de octubre de 2010, en el apartado relativo a “efectos de la infracción del deber de información” explica que “ no dispone tal normativa los efectos de la infracción civil de tales derechos pero como esta Sala ya fijo en Sentencia de 16 de noviembre de 2011, tal infracción a parte de la posible sanción administrativa, 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 concurrir error, al no saber o comprender el suscriptor la causa del negocio y debe ser sancionado por vía del artículo 1265 del Código Civil con la nulidad del contrato.”

Es precisamente esa falta de información la que vicia el consentimiento y por ende el contrato, sin que sea de aplicación la teoría que impide ir contra los actos propios, alegada por el demandado. Ahora bien, la prohibición del venire contra factum proprium exige que esos actos propios vinculantes causen estado, definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor, lo que no puede predicarse de los supuestos en que hay error, ignorancia o conocimiento equivocado, no pudiendo invocarse esta doctrina cuando tales actos están viciados por error (STS de 30 de septiembre de 1992, 12 de abril de 1993 y 10 de junio de 1994), que es precisamente lo que ocurre en el supuesto de autos.

El art. 1265 del Código Civil establece que “será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo”. La consecuencia de la nulidad consiste en restituirse las prestaciones, como se pone de manifiesto en STS de 17 de junio de 2010. El artículo 1.303 del Código Civil establece que “declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubieran sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con sus intereses”. En consecuencia el precepto define la “restitutio in integrum”, con retroacción “ex tunc” de la situación, es decir, se intenta que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador.

Se debe tener en cuenta que es doctrina jurisprudencial reiterada (STS de 24 de marzo de 2006 y de 22 de mayo de 2006, entre otras) que la obligación de restitución de objeto y precio nace de la ley, y no del contrato que se declara nulo, hasta el punto de que no es preciso que las partes hayan solicitado expresamente tal devolución, bastando que se solicite la nulidad para que surja la consecuencia legalmente establecida, sin que suponga incurrir en incongruencia.

Por todo ello procede declarar la nulidad del contrato de adquisición de Obligaciones Subordinadas E.10 suscrito por D^a _____ el 15 de abril del año 2009, con lo que BANKIA S.A deberá restituir a la actora la cuantía de 300.000 euros, más los intereses legales desde la fecha de suscripción del producto hasta la interposición de la demanda, de dicha cuantía se deberán deducir los rendimientos que haya percibido la actora, que se deberán determinar en ejecución de sentencia. La demandante deberá restituir los títulos a BANKIA S.A.

QUINTO.-En cuanto al dolo alegado por la parte actora, se debe hacer alusión a la jurisprudencia al respecto. Tal y como establece la STS de 5 de marzo de 2010 “el dolo es definido en el artículo 1269 del Código Civil y lo centra en palabras o maquinaciones insidiosas para mover la voluntad de la otra parte, inducida por el error provocado cuyas palabras o maquinaciones pueden tener carácter positivo o ser de tipo negativo en el sentido de la reticencia o silencio ante una situación que razonablemente podía pensarse lo contrario (...). Determinación de la voluntad que destacan las Sentencias de 11 de mayo de 1993, 29 de marzo de 1994, 29 de diciembre de 1999 y, asimismo, advierten que no sólo manifiestan el dolo la “insidia directa o inductora de la conducta errónea de otro contratante sino también la reticencia dolosa del que calla o no advierte a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe”, y lo reitera la de 27 de noviembre de 1998 y añade la de 11 de diciembre de 2006 que también constituye dolo” la reticencia consistente en la omisión de hechos o circunstancias influyentes y determinantes para la conclusión del contrato y respeto de los que existe el deber de informar según la buena fe o los usos del tráfico. Y la de 25 de abril de 2009 según la cual “un supuesto de reticencia dolosa, en que una de las partes calla o no advierte debidamente a la contraparte, en pugna con el deber de informar exigible por la buena fe.” Por último la STS de 5 de mayo de 2009 añade que “en cualquier caso, siempre cabría estimar, como hacen las sentencias de instancia, la concurrencia de dolo negativo o por omisión referido a la reticencia del que calla u oculta, no advirtiendo debidamente, hechos o circunstancias influyentes y determinantes para la conclusión contractual, pues resulta incuestionable que la buena fe, lealtad contractual y los usos del tráfico exigían el deber de informar (STS 11 de julio de 2007; 26 de marzo de 2009).

No se aprecia dolo ya que de la declaración de D. _____ se desprende que incluso él mismo quiso adquirir obligaciones en el mercado secundario y no pudo, o que se las ofreció a familiares y que no pensaba que el riesgo se pudiera materializar.

SEXTO.- El artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil contempla el principio del vencimiento y establece que “en los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones (...)”, con lo que corresponde imponer las costas a la entidad demandada, esto es, a BANKIA S.A. El interviniente deberá hacer frente a sus propias costas ya que la demandante no dirigió pretensión alguna contra el mismo.

En su virtud,

FALLO

Que estimando la demanda interpuesta por el Procurador D. ' _____

... , en nombre y representación de D^a ... contra BANKIA S.A, debo declarar y declaro la nulidad del contrato de adquisición de Obligaciones Subordinadas E.10 suscrito por D^a ... el 15 de abril del año 2009, y debo condenar y condeno a BANKIA S.A a restituir a la actora la cuantía de 300.000 euros, más los intereses legales desde la fecha de suscripción del producto hasta la interposición de la demanda, de dicha cuantía se deberán deducir los rendimientos que haya percibido la actora, que se deberán determinar en ejecución de sentencia. La demandante deberá restituir los títulos a BANKIA S.A; todo ello con expresa condena en costas a BANKIA S.A, ahora bien, BANCO FINANCIERO Y DE AHORROS, S.A deberá hacer frente a sus propias costas.

Contra esta resolución cabe interponer recurso de apelación en el plazo de veinte días, desde la notificación de esta resolución, ante este Tribunal, mediante escrito en el que deberá exponerse las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna.

Así lo acuerdo, 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 dieciséis de diciembre de dos mil trece .