



Roj: **SAP M 8039/2015 - ECLI:ES:APM:2015:8039**

Id Cendoj: **28079370112015100190**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **11**

Fecha: **11/06/2015**

Nº de Recurso: **256/2014**

Nº de Resolución: **174/2015**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **ANTONIO GARCIA PAREDES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Undécima

C/ Ferraz, 41 , Planta 2 - 28008

Tfno.: 914933922

37007740

**N.I.G.:** 28.079.00.2-2014/0032889

**Recurso de Apelación 256/2014**

**O. Judicial Origen:** Juzgado de 1ª Instancia nº 48 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 900/2013

**APELANTE:** BANKIA SA

PROCURADOR D./Dña. JOSE MANUEL FERNANDEZ CASTRO

**APELADO:** D./Dña. Amelia

PROCURADOR D./Dña. LEOPOLDO MORALES ARROYO

**SENTENCIA**

**TRIBUNAL QUE LO DICTA :**

**ILMO/A SR./SRA. PRESIDENTE :**

D. ANTONIO GARCÍA PAREDES

**ILMOS/AS SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:**

D. CESAREO DURO VENTURA

Dña. MARÍA DE LOS DESAMPARADOS DELGADO TORTOSA

En Madrid, a once de junio de dos mil quince.

La Sección Undécima de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles Procedimiento Ordinario 900/2013 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 48 de Madrid a instancia de **BANKIA S.A.** como parte apelante, representada por el Procurador D. JOSE MANUEL FERNANDEZ CASTRO contra **Dña. Amelia** como parte apelada, representada por el Procurador D. LEOPOLDO MORALES ARROYO; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra *Sentencia* dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 21/02/2014 .

VISTO, Siendo Magistrado Ponente **D. ANTONIO GARCÍA PAREDES**



## I.- ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por Juzgado de 1ª Instancia nº 48 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 21/02/2014, cuyo fallo es del tenor siguiente:

"Que estimando la demanda formulada por Dª Amelia, representada por el Proc. D. Leopoldo Morales Arroyo, contra BANKIA S.A., representada por el Proc. D. José Manuel Fernández Castro, debo declarar y declaro la nulidad de la orden de suscripción de participaciones preferentes de fecha 3-6-2009, así como a la conversión de las mismas en acciones de Bankia S.A., condenando a ésta a la devolución de 24.000 euros, intereses legales desde la interpelación judicial hasta su pago, debiendo el actor restituir los intereses percibidos así como a la devolución de las acciones; con imposición de costas a la demandada."

**SEGUNDO.-** Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de BANKIA S.A., que fue admitido en ambos efectos, dándose traslado del mismo a la parte contraria que formuló oposición al recurso, y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

**TERCERO.-** En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

## II.- FUNDAMENTOS JURIDICOS

### **PRIMERO. Planteamiento de la apelación.**

En la **demanda** que da origen a este procedimiento el demandante Dª Amelia ejercita contra la entidad BANKIA (antes Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid) acción de nulidad de la orden de suscripción de Participaciones Preferentes Orden de suscripción por canje) de fecha 3 de junio de 2009 por un importe total de inversión de 24.000 euros.

La **entidad demandada se opuso** alegando, previamente, la caducidad de la acción y la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario por falta de llamada al proceso de CAJA MADRID FINANCE PREFERRED, S.A; y, respecto al fondo, que los compradores conocían perfectamente el producto que compraban, interviniendo Bankia como mera comercializadora, después de haber informado debidamente a los compradores, información exhaustiva y fácilmente comprensible; añadiendo que ya habían contratado con anterioridad otras preferentes, y porque se le proporcionó la información adecuada, así como el test de conveniencia y además llegó a cobrar cantidades por la rentabilidad del producto.

La **sentencia de primera instancia** estimó la demanda, declaró la nulidad de las órdenes de suscripción compra en cuestión y condenó a BANKIA al pago de la cantidad reclamada al considerar que tanto la participaciones preferentes como las subordinadas suscritas por los demandantes es un producto complejo y de alto riesgo, que la demandante eran una cliente de perfil conservador, con formación básica, y que no fue adecuada la información ofrecida a los mismos, lo que supuso que la contratante sufriese error sobre aspectos esenciales del contrato, insalvable para ellos a la vista de su mínima formación personal.

Contra dicha resolución la entidad demandada interpuso **recurso de apelación** que desplegó a través de los siguientes motivos de impugnación: 1) Indebida desestimación de la *excepción de caducidad* de la acción al estar no ante una nulidad radical por inexistencia de consentimiento, son ante una anulabilidad, puesto que sí existe un consentimiento prestado que, todo lo más, estaría viciado por el error, y a tenor del artículo 1.301 CC la acción de nulidad solo durará cuatro años; 2) *Error en la valoración de la prueba* sobre el cumplimiento de la obligación de **información adecuada** del producto, sobre la base de que la relación contractual entre la parte actora y Bankia era de simple comercialización y no de asesoramiento financiero;; 3) Error en la valoración de la prueba respecto de la **inexcusabilidad en el error** alegado; 4) Error en la distribución de la carga de la prueba, por cuanto que si bien la carga de la prueba respecto al debido cumplimiento del deber de información recae en la entidad bancaria, la carga o prueba del error en el consentimiento recae sobre la parte que lo alega, habiendo acreditado Bankia que **la parte actora conocía perfectamente las características del producto** que en su momento contrató; 5) Error en la valoración de la prueba al no apreciar la sentencia que Bankia remitió a la parte actora la **debida información** a fin de que la leyera y firmase, de conformidad con lo exigido por la normativa vigente en el momento de la suscripción de los títulos.

### **SEGUNDO. Sobre la realidad subyacente al pleito.**

Para el mejor enjuiciamiento del recurso conviene traer aquí el relato de las condiciones personales de la actora contenido en la demanda (que no ha sido impugnado en el escrito de contestación a la demanda de forma específica, y que luego se vino a reconocer en el acto del juicio) y que sirve de telón de fondo para contrastar la realidad con los argumentos jurídicos.



Se dice en el Hecho Primero del escrito de demanda: " *Mi representada Doña Amelia con DNI NUM000 de 76 años de edad es viuda y habiendo sido ama de casa a lo largo de su vida recibe pensión de viudedad 790,86 euros, careciendo de estudios y formación académica.*

*Doña Amelia ha sido cliente de la entidad demandada desde hace más de cuarenta años y en dicho banco ha tenido abierta su cuenta corriente y depositados sus ahorros, siempre en depósitos a plazo fijo, es decir con un perfil de riesgo más que conservador.*

*La Sra. Amelia no dispone de ningún conocimiento sobre mercados financieros, contabilidad, mercados de renta fija o variable, etc. ...únicamente conoce los productos básicos y simples que ofrecen la entidades financieras y en todo momento se ha dejado asesorar por los profesionales que trabajan en la misma para el depósito de casi el cien por cien de todos los ahorros de su vida.*

*En el año 2004 fue requerida insistentemente por Dña. Mariana de la oficina-sucursal nº 1022 de la entidad demandada, sita en el Paseo Alberto Palacios nº 3, 28021 de Madrid con quien mantenía relaciones personales de confianza, forjadas en los muchos años de contacto, quien le ofreció el producto financiero denominado "participaciones preferentes".*

*...siguiendo el asesoramiento de la empleada, la Sra. Amelia suscribió el producto de las preferentes en el años 2004 siendo canjeado dicho producto con fecha 3 de junio de 2009".*

A la vista de estos datos, contrastados con el examen de la prueba documental aportada y de las pruebas personales practicadas en el juicio, podemos pasar a analizar los motivos de recurso.

Si bien, antes, conviene advertir a la parte apelante que, dado que en el presente proceso concurre la circunstancia de ser uno más de los muchos casos de preferentes que han sido sometidos al enjuiciamiento de este tribunal y de esta Audiencia de Madrid, es ineludible reiterar los argumentos ya utilizados en la resolución de otros recursos y que, sin duda, BANKIA ya conoce sobradamente; por lo que, de antemano, consideramos que deba ser excusada nuestra reiteración.

### **TERCERO. Sobre la posible caducidad de la acción de nulidad.**

Ciertamente, el **artículo 1.301 CC** al referirse al punto temporal en que se inicia el plazo de caducidad de **4 años** dispone que " *en los (casos) de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato* ".

Como se ha venido indicando en otros pronunciamientos judiciales -cuya acertada argumentación asume esta Sala- el problema se centra en determinar el " **dies a quo** " o inicio del plazo de caducidad, pues mientras unos consideran que se corresponde con el mismo día de suscripción del contrato, habida cuenta que en ese mismo momento se produjo la consumación del mismo, cumpliendo cada parte sus respectivas prestaciones, otros entienden que el plazo no empezaría a contar sino desde la fecha del vencimiento del plazo de amortización previsto por parte de la entidad emisora.

La respuesta a tal cuestión se puede encontrar en la **STS de 11 de junio de 2003** , que nos recuerda como 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** . Precizando por su parte la sentencia del **TS de 11 de julio de 1984** que, de cara a hacer cómputo del plazo de vigencia de la acción de anulabilidad, es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de anulabilidad por error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones, como por otra parte también reconoce la sentencia de 27 de marzo de 1989 precisando que el artículo 1.301 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** ". Añadiendo la citada doctrina jurisprudencial que el momento de la consumación no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que la consumación sólo tiene lugar, **cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes** . Ratificándose tal criterio por la sentencia del **TS de 5 de mayo de 1983** cuando dice " *en el supuesto de entender 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 obligaciones que generó ...*".

Por tanto, el TS deja claro que la consumación de los contratos sinalagmáticos no se ha de entender producida sino desde el momento en que cada una de las partes ha cumplido la totalidad de las obligaciones derivadas del mismo, debiéndose por ende distinguir entre la perfección, la consumación y el agotamiento del contrato, que no se produciría hasta que el contrato dejara de producir todos los efectos que le son propios. Debiendo quedar fijada la consumación en el momento en que se produce el cumplimiento recíproco de la totalidad de las prestaciones pactadas. Por tanto, si bien no puede afirmarse que la consumación del contrato no debe coincidir necesariamente con el abono de las remuneraciones, pues sería tanto como decir que contratos como el presente en que se prevé un pago de remuneraciones periódicas sine die sería tanto como decir que



no se consumaría nunca, sí que podremos concluir que la consumación no se produce hasta el vencimiento del **ejercicio del derecho de amortización** de la inversión que se reservaba a su favor la entidad emisora.

Y en reciente sentencia, **STS, Civil sección 991 del 12 de enero de 2015** ( ROJ: STS 254/2015 - ECLI:ES:TS:2015:254) el TS ha añadido: 5.- *Al interpretar hoy el art. 1301 del Código Civil en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento, no puede obviarse el criterio interpretativo relativo a « la realidad social del tiempo en que [las normas] han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas », tal como establece el art. 3 del Código Civil .*

*La redacción original del artículo 1301 del Código Civil , que data del año 1881, solo fue modificada en 1975 para suprimir la referencia a los « contratos hechos por mujer casada, sin licencia o autorización competente », quedando inalterado el resto del precepto, y, en concreto, la consumación del contrato como momento inicial del plazo de ejercicio de la acción.*

**La diferencia de complejidad entre las relaciones contractuales en las que a finales del siglo XIX podía producirse con más facilidad el error en el consentimiento, y los contratos bancarios, financieros y de inversión actuales, es considerable** . Por ello, en casos como el que es objeto del recurso no puede interpretarse la "consumación del contrato" como si de un negocio jurídico simple se tratara. En la fecha en que el art. 1301 del Código Civil fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la "actio nata", conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (art. 4:113).

*En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento.*

*Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error.*

Estuvo, por tanto, acertada la sentencia de instancia al no apreciar la caducidad de la acción ejercitada. Y por ello el motivo de impugnación de la entidad demandada debe ser desestimado.

#### **CUARTO. Valoración de la prueba sobre si hubo asesoramiento.**

Antes de entrar en el análisis de los vocablos (" comercialización ", " asesoramiento ") es conveniente recordar que la realidad contractual en estos casos suele ser más simple de lo que a veces reflejan los términos técnicos que se utilizar para describirlas. No es difícil imaginar a la demandante (persona de avanzada edad) sin una formación básica, y por supuesto sin conocimientos económico-financieros, ni experiencia en ese campo, sentada frente a los empleados del banco con la pretensión de simplemente colocar su dinero para obtener una rentabilidad adecuada. Y que hablan y escuchan a los empleados de su banco de toda la vida sobre el mejor modo de llevar a cabo esa operación, basados en la confianza depositada en aquellos.

Se trata -como ya hemos dicho en casos enjuiciados anteriormente- de analizar en este punto el comportamiento del Banco en esa fase precontractual en que se lleva a cabo la puesta en conocimiento de los clientes de aquellos productos que pueden coincidir con las pretensiones de sacarle alguna productividad al dinero que ya suelen tener en el banco en alguna cuenta corriente. No tanto de ver si en estos casos se cumplen todos los requisitos de lo que técnicamente se conoce como " asesoramiento " o como " comercialización ", sino simplemente de ver si el comportamiento o práctica del banco se adecuaba a la circunstancia de tener ante sí unos posibles compradores que desconocen la realidad bancaria en sus estratos medios o altos. Y es que, como ha señalado la doctrina, el tema de las " prácticas abusivas " adquiere especial relieve en " aquellos supuestos en que la abusividad venga originada por razón de ausencia o falta de la información relevante, máxime si se trata de la información que ha sido legalmente calificada de "relevante", "necesaria" o de carácter preceptivos, estos es, una información a la que el **consumidor** tiene derecho por estar obligado a facilitarla el



*predisponente por ley y que este debiera correr con la carga probatoria que la ha comunicado a sus destinatarios o clientes finales* ". Aspecto éste que no puede ser minusvalorado por el hecho de que en su expresión no venga reflejando documentalmente como una cláusula propia del contrato. De ahí que también la doctrina haya puntualizado que " *el legislador cuando pormenoriza las prácticas comerciales se refiere tanto a conductas como actos y omisiones, o manifestaciones o comunicaciones comerciales, en donde se incluyen expresamente la publicidad y comercialización de bienes y servicios objeto de contrato* ." Se puede ver en el artículo 82.1 TRLGDCU que habla tanto de cláusulas abusivas como de " *prácticas* ".

La parte apelante niega la existencia de asesoramiento por parte de Bankia, y subraya que

"los servicios que fueron prestado por Caja Madrid fueron los de " *recepción, transmisión y ejecución de órdenes*" habiéndose procedido a una mera comercialización del producto por parte de la empleada de Caja Madrid".

Sin embargo, lo importante aquí es qué paso antes de que esa "orden" se emitiera. Porque no es acorde con la lógica pensar que dos personas de formación primaria, y sin experiencia inversora, acudieran directamente al Banco a comprar unas " *participaciones preferentes* ". Es más creíble su versión de que fueron inducidos, asesorados o recomendados por el personal del Banco para adquirir ese producto de la propia entidad.

Por otro lado no se trata de un caso particular y aislado de las relaciones de Bankia con sus clientes. Como ya hemos dicho en pronunciamientos anteriores el tema de las comercialización de las preferentes ha devenido en un **problema no solo particular** (que pudiera haber afectado a uno o varios ciudadanos) sino en un **problema social** que ha tenido repercusión en el ámbito político con iniciativas y reformas en la normativa bancaria; ámbito en el que se ha dejado constancia de las peculiaridades del fenómeno de la comercialización de las preferentes, como puede verse en Informe de la Comisión de Seguimiento sobre Comercialización de los Instrumentos Híbridos de Capital y Deuda Subordinada, de conformidad con lo previsto en el artículo 1.3 del Real Decreto-ley 6/2013, de 22 de marzo, de protección a los titulares de determinados productos de ahorro e inversión y otras medidas de carácter financiero, enviado al Congreso de los Diputados en fecha 21 de mayo de 2013. En él puede leerse:

1. La denominación "participación preferente" es una particularidad nacional, que se atribuye al hecho de que las Cajas de Ahorro no pudieran emitir acciones. En otras jurisdicciones, en las que también se han emitido este tipo de instrumentos, se ha empleado el término "acciones preferentes".

2. Los motivos más frecuentemente manifestados en las reclamaciones de inversores minoristas que han adquirido este tipo de instrumentos financieros han sido: i) haber recibido una información verbal contradictoria con la documentación contractual que soporta la operación aportada por los comercializadores, resultando frecuente que los clientes manifiestan haber contratado este tipo de instrumentos financieros en el convencimiento de que se trataba de un producto de ahorro carente de riesgo, similar a una imposición a plazo fijo; y ii) haber adquirido estos instrumentos en la creencia de que habían recibido una recomendación del personal de la entidades (en muchos casos "verbal"), si bien en la inmensa mayoría de los casos carecen de acreditación documental que permita confirmarlo e incluso, en ocasiones, en los documentos contractuales suscritos se indica lo contrario.- La eventual discrepancia entre la información contractual y la verbal debe analizarse en el contexto en el que se produce la comercialización de estos activos, a través de la red de sucursales de entidades de crédito, con presencia física y transmisión verbal de información por parte de los empleados del comercializador (que en la mayoría de los casos también es el emisor), quienes, además, suelen tener incentivos económicos ligados a la venta de los activos.(Pág. 5)

La demandante se ha visto comprometida en la compra de un producto financiero respecto del cual difícilmente pueden llevar la iniciativa, porque querer un instrumento de ahorro y suscribir unas preferentes son cosas muy distintas. Y la segunda requiere de unos conocimientos especiales y de una decisión sopesada, bien informada y tranquila.

La propia demandada reconoce que la actora es una cliente de perfil conservador. Y dentro de los clientes minoristas de los de nivel de formación tal vez más simple. Lo que abona la idea de que fue inducida o aconsejada por el personal de la Oficina a suscribir ese producto financiero, aunque fuese en un contexto de "comercialización" y no de "asesoramiento" como sutilmente pretende hacer aducir la demandante para impedir la apreciación de error alguno en los demandantes derivado de un mal asesoramiento. Y no es que la juzgadora de instancia haya "presumido" el asesoramiento, sino que del **contexto de la contratación** (condiciones personales, naturaleza del producto, campaña de comercialización de las preferentes, brevedad de los encuentros) sólo se puede desprender que los clientes fueron inducidos, asesorados, aconsejados, o llevados de la mano para adquirir ese producto. La realidad está por encima de los vocablos que se quieran utilizar para describir aquella situación.



De ahí que no pueda prosperar tampoco este motivo de recurso.

#### **QUINTO. Valoración de la prueba sobre la suficiencia de la información facilitada y el consentimiento de los demandantes.**

Los dos últimos motivos de recurso están interconectados porque de la respuesta a si hubo o no información suficiente y adecuada dependerá la respuesta a si pudo haber o no vicio del consentimiento.

Para sostener la tesis de que no hubo vicio en el consentimiento de los demandantes al contratar las participaciones preferentes, la parte apelante trata de escudarse en los siguientes factores: la realización del test de conveniencia, la entrega de la ficha del producto (o tríptico resumen del folleto), la entrega del documento resumen de riesgos; para concluir que no hubo error inexcusable porque la documentación entregada y firmada por los demandantes "resulta clara, sencilla y fácilmente entendible".

En relación con el test de conveniencia la parte apelante aduce que se realizó de conformidad con la normativa MiFID y que el demandante contestó a la pregunta sobre la naturaleza de la Deuda Perpetua o Participaciones Preferentes que conocía el funcionamiento general de estas variables.

Pero, que un impreso esté confeccionado con arreglo a una normativa, no garantiza que el mismo sea de por sí comprensible e inteligible; menos aún, cuando el sometido al test es una persona de estudios primarios y sin experiencia financiera o inversora. Es una realidad que, a nivel del ciudadano sencillo, se ha empezado a hablar de preferentes a raíz de la crisis de Bankia y que la propia Comisión Nacional del Mercado de Valores las ha calificado de producto complejo. Lo cual contradice el que una persona como el demandante pudiera tener previamente, ni con los datos que se le ofrecía, conocimiento adecuado de las preferentes o que, en la hipótesis de que hubiese atisbado sus características, se decidiera por arriesgar el importe de su indemnización por despido. Cumplir el trámite de rellenar el test de conveniencia no supone por sí informar adecuadamente al **consumidor** o cliente.

En relación con el folleto tríptico y ciertamente aparece firmado como recibido por el demandante, pero de ahí a que la lectura de ese folleto sea un medio suficiente de comprensión del mismo hay un largo trecho. Pero, como ya hemos indicado en pronunciamientos anteriores en casos semejantes al presente, no puede sostenerse que la documentación entregada a los clientes impide considerar que la información ofrecida a los clientes sea la adecuada y suficiente. Los documentos acompañados con el escrito de contestación a la demanda, reflejan una clara falta de idoneidad y adecuación para explicar al cliente la naturaleza y características de una " *participación preferente* " y para advertirle de los riesgos que su suscripción conlleva, sobre todo cuando la actitud con la que el cliente llega al banco es la de que le depositen sus ahorros en un lugar seguro y con una aceptable rentabilidad. Sin querer caer en un paternalismo estatal indeseable en una sociedad democrática y adulta, no puede dejarse de reconocer que el documento " *Información de las Condiciones de Prestación de Servicios de Inversión* " está lleno en sus 12 páginas de términos económicos, de normativas nacionales y europeas, de procedimientos bancarios, que ya a primera vista no aparecen inteligibles para un ciudadano medio y no comprometen su responsabilidad por el hecho de que al final (pág. 11/12) se diga que " *el Cliente recibe en este momento información sobre los principios generales de la política de ejecución de órdenes de la entidad y sobre cómo amplía dicha información...* ". Y lo mismo cabe decir del folleto, que, además, incluye hasta un resumen del balance de la entidad que indefectiblemente resultará ininteligible a un cliente minorista. Y no puede variar esta valoración el hecho de que los demandantes hayan estampado sus firmas en unos documentos prefabricados que reflejan una debida información o un test de conveniencia que por su textura parece realizado previamente para que de cómo resultado la " *conveniencia* ", cuando ello aparece claramente en contradicción con las condiciones personales de los demandantes.

Añade luego la apelante en este mismo motivo de recurso algunas alegaciones sobre los requisitos del error excusable porque considera que la juzgadora de instancia ha valorado incorrectamente la prueba al considerar que ha existido tal tipo de error en los demandantes al contratar las preferentes.

Si el error puede ser definido como un *conocimiento incompleto o equivocado de una realidad*, esa alegación hecha por los demandantes ha quedado acreditada desde el momento en que se constata que un producto tan complejo como las preferentes es ofrecido por el banco y es suscrito por los clientes sin que el banco haya acreditado haber propiciado un conocimiento adecuado y completo mediante una información idónea al perfil del cliente, transparente, inteligible y completa.

Por supuesto que es acertada, y debe ser asumida, la doctrina jurisprudencial que la apelante cita en relación con los requisitos del error, pero es necesario ponerla en relación con los concretos factores de hecho que concurren en el caso.



En la STS, Civil sección 1 del 12 de Noviembre del 2010 , recordaba el Tribunal Supremo que *"para que el error invalide el consentimiento debe recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo"* .

La doctrina ha venido sosteniendo que el error consiste en una *representación equivocada de la realidad que produce la realización de un acto jurídico que de otra forma no se hubiese llevado a cabo o se hubiese realizado en otras condiciones* .

Hablamos sobre todo de **voluntad manifestada** , en casos en que, como el presente, existe un documento contractual que ha sido puesto a la firma de la entidad demandante. Sucediendo en estos supuestos de "voluntad expresada" que en no pocas ocasiones surge la duda entre la voluntad expresada y la **voluntad real** , como poniéndose en cuestión si lo que quiso la parte era lo que "escribió y firmó", o por el contrario **su voluntad era distinta de la expresada en los términos gráficos** . Lo que realmente quería la demandante era depositar en un mecanismo seguro y rentable sus ahorros, tanto cuando suscribió las preferentes de 2004 como cuando suscribió el canje en 2009. Algo totalmente opuesto a invertir en un producto "perpetuo", complejo e inseguro. Su voluntad real no podía estar acorde con un documento contractual (el firmado) que apuntaba en una dirección diferente. La asimetría entre la voluntad de la demandante y la dinámica de las preferentes es palpable. Y lleva a la apreciación ineludible de un consentimiento viciado por error, que proscriben los **artículos 1.262 y ss del Código civil** .

Y, por otro lado, difícilmente podía superar esa situación una persona de tan avanzada edad (casi ochenta años) y con la mínima formación, y sin formación económica, no habituada a este tipo de operaciones. Si como establece el **artículo 1.104 del Código Civil** , la negligencia en el ámbito de los contratos " *consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar* ", es evidente que en este caso poco se podía exigir de la demandante, y menos que pudiera superar la información que se les proporcionaba por una entidad (especializada en la materia) en la que ella había depositado su confianza como cliente de mucho tiempo atrás.

No hubo, pues, en la sentencia error en la valoración de la prueba, sino apreciación de una consecuencia derivada directamente de la deficiente información ofrecida por el banco. Y el motivo de recurso debe ser desestimado.

Debe, pues, ser desestimado el recurso en su integridad y confirmada plenamente la sentencia apelada.

#### **SEXTO. Costas procesales.**

La desestimación del recurso lleva consigo la imposición de las costas procesales de la segunda instancia a la parte apelante, según establece el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Vistos, además de los citados, los artículos de general y pertinente aplicación.

### **III.- F A L L A M O S**

Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por BANKIA S.A., frente a DÑA. Amelia , contra la sentencia de fecha veintiuno de febrero de dos mil catorce , dictada por la Ilma. Magistrada Juez del Juzgado de primera Instancia nº 48 de Madrid, **DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS** la referida resolución, con imposición de las costas procesales de la segunda instancia a la parte apelante.

**MODO DE IMPUGNACION:** Contra esta Sentencia no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial , debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en Banco de Santander Oficina Nº 6114 sita en la calle Ferraz nº 43, 28008 Madrid, con el número de cuenta 2578-0000-00-0256-14, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACION.-** Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe