



**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA
NUMERO 6 DE BADALONA**

Juicio ordinario

SENTENCIA Nº 121/13

En Badalona, a 28 de octubre de 2013

Vistos por mí, Cristina Daroca Haller, Magistrada Juez de 1.^a Instancia nº 6 de Badalona, los presentes autos del juicio ordinario nº instado por el procurador D. Francisco Toll Musteros en nombre y representación de D. y Prusiel defendidas por la letrada Dña. Montserrat Serrano Bartolomé contra BANKIA SA representada por el Procurador D. Josep M^a Bort Caldes y defendida por el letrado D.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las presentes actuaciones se iniciaron por demanda de la referida actora en la que, tras citar los hechos y razonamiento jurídico que estimó de interés en el caso, terminó suplicando que, previos los oportunos trámites legales, se dictara sentencia en la se declare:

La nulidad de los contratos de adquisición de participaciones preferentes y obligaciones subordinadas y ordenes de recompra subsiguientes que son objeto de la presente demanda;

Y subsidiariamente se declare de conformidad con el artículo 1124 del Código civil la resolución de dichos contratos por incumplimiento por parte de BANKIA SA (entonces CAIXA LAIETANA) de sus obligaciones legales de diligencia, lealtad e información en al venta de los productos objeto de la presente demanda, en los términos recogidos en la misma.

En ambos casos se condene a la demandada a devolver a y la cantidad de 56.000 € más los intereses legales de dicha suma desde la fecha de ejecución de las órdenes de compra y cargo en cuenta de la misma, minorados en las remuneraciones recibidas por los actores, más el interés legal desde su restitución.



Con imposición de costas a la demandada.

SEGUNDO.- Admitida a trámite se emplazó a la demandada a fin de que la contestara en el improrrogable término de veinte días, dentro del cual compareció y se opuso a la demanda, y solicitó que se desestime la demanda, con imposición de costas a la actora.

TERCERO.- Señalada la oportuna audiencia se celebró con asistencia de las partes. Tras procederse a la delimitación del objeto litigioso las partes propusieron los medios de prueba que estimaron pertinentes.

En concreto la parte actora solicitó como medios de prueba la documental por reproducida, la más documental consistente en la aportación de un oficio del Síndic de Catalunya, más documental consistente en requerir a la demandada para que aporte diversa documentación, más documental consistente en remitir un oficio, y la declaración testifical de los testigos

y así como requerir a la Comisión Nacional del Mercado de Valores para que responda a diversas preguntas de conformidad con el artículo 381 de la LEC.

La parte demandada propuso como medios de prueba la documental acompañada junto a la contestación y la más documental consistente en librar oficio a la Central de Información de Riesgos del Banco de España para que informe sobre las inversiones que la parte actora tuviera en otras entidades financieras.

Se declaró pertinente toda la prueba a excepción de la declaración testifical de y , así como el requerimiento a la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

Se señaló día de juicio para la práctica de la prueba y después de efectuadas las conclusiones quedaron las actuaciones vistas para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte actora ejercita una acción de nulidad de diversos contratos firmados con la demandada y reclamación de las cantidades abonadas en virtud de dichos contratos.

La parte actora alega en su demanda que los demandantes son clientes habituales de la entonces denominada CAIXA LAIETANA y suscribieron obligaciones subordinadas el 16/2/2005 por 12.000 €, una orden de compra de participaciones preferentes



de la 1ª Emisión el 30/3/2007 de 19.000 €, otra orden de compra de participaciones preferentes el 30/3/2007 de 7000 €, orden de compra de participaciones presentes de 9000 € el 12/6/2007, orden de compra de obligaciones subordinadas en la cantidad de 6000 € el 7/5/2008 y orden de compra de obligaciones subordinadas el 7/8/2008 por importe de 3000 €. Al realizar estas operaciones únicamente les entregaron unas órdenes de suscripción o compra y en algún caso libretas bancarias.

Los actores son pensionistas, tiene un nivel de formación bajo, sin conocimientos financieros y sin objetivos de inversión y jamás habían contratado productos de inversión, pues únicamente eran titulares de depósitos a la vista o imposiciones a plazo con vencimiento anual.

Sigue alegando que a través de las noticias se enteraron que su dinero podría estar afectado y se personaron a la entidad y les informaron de que las circunstancias habían cambiado y que lo único que podían hacer era aceptar la oferta de cambio, es decir, la operación de canje. Por tanto, ante el riesgo tuvieron que aceptar la oferta de recompra.

Por tanto, los productos se comercializaron con ausencia de información sobre la naturaleza y los riesgos de los productos contratados, sin la entrega de documentación reseñada en las órdenes de compra ni de ningún folletín ni tríptico. En cuanto a la operación de canje, se les avisó con poco margen de tiempo, no se les entregó la documentación personalizada que finalmente tenían que firmar para poderla contrastar con la entregada precontractualmente, y además había una recomendación explícita de aceptar el canje y se ofrecía como única alternativa para recuperar el dinero.

La demandada incumplió su obligación de información general e incumplió su obligación de realizar el test de idoneidad y de conveniencia.

Por todo ello, la actora alega la nulidad radical o absoluta por falta de consentimiento, al no tener consciencia del producto contratado, y por contravención de las normas imperativas y prohibitivas al amparo del artículo 6.3 del Código Civil.

Nulidad que debe recaer tanto sobre las órdenes de compra o contratos de adquisición de participaciones preferentes y/o obligaciones subordinadas, como de los actos y contratos, en especial de la orden de recompra, suscritos subsiguientemente.

Subsidiariamente alega error en dicho consentimiento como causa principal para solicitar la nulidad de los contratos suscritos con Caixa Laietana, ahora Bankia, al desconocer lo que se estaba contratando.



Y por último, de forma subsidiaria que se acuerde la resolución del contrato por incumplimiento de la demandada de sus obligaciones contractuales de información y de conformidad con el artículo 1124 del Código Civil.

La parte demandada se opuso a la demanda alegando la caducidad de la acción por el transcurso de cuatro años previsto en el artículo 1301 del Código Civil.

Se alega en segundo lugar la excepción de litisconsorcio pasivo necesario del BFA como emisora de las obligaciones subordinadas y de Caixa Laietana, Societat de Participacions Preferents SA como entidad emisora de las participaciones preferentes.

Por otro lado, considera la inviabilidad de las acciones de nulidad y resolución de los contratos por novación extintiva, ya que los contratos están resueltos y cancelados, por cuanto los actores vendieron sus títulos a BFA y adquirieron acciones de Bankia de forma voluntaria, por lo que debemos aplicar la teoría de los actos propios. Además no hubo error en el consentimiento por cuanto Bankia cumplió los requisitos establecidos por la normativa vigente al tiempo de la contratación, habiéndose realizado el test de conveniencia, habiéndose indicado a los demandantes la no conveniencia de la operación, y los actores eran conscientes de que estaban vendiendo a BFA sus títulos y adquiriendo acciones de Bankia.

En cuanto a la suscripción originaria, se alega que no hubo tampoco error, por cuanto los actores son los que mostraron interés en la adquisición de títulos; por otro lado, no pueden alegar desconocimiento de cómo funcionaban estos productos por cuanto los demandantes eran titulares de los títulos desde el año 2005 y dos años después volvieron a contratar más títulos. Además la demandada cumplió con sus obligaciones legalmente establecidas, entregando toda la documentación requerida.

Sigue alegando que Caixa Laietana no asumió labores de asesoramiento, y actuó como intermediaria en la suscripción de las órdenes de compra. La relación contractual era la de mero depósito y administración de valores que comporta la obligación de custodiar los títulos y conservarlos.

Por último, se alega que en el supuesto de que se decretase la nulidad de la adquisición de los títulos suscritos por los actores, los demandantes deberán devolver los rendimientos percibidos; y en cuanto a los intereses reclamados se alega que no procedería abonar el interés legal respecto a las reclamaciones efectuadas teniendo en cuenta que los actores tenían interés en contratar un



producto de inversión a largo plazo sin riesgos, esto es, un depósito a la vista, por tanto, este tipo de inversión otorgaría a los demandantes el interés de las operaciones de depósito a cuenta fija, y no el interés legal del dinero, pues lo contrario sería un enriquecimiento injusto.

SEGUNDO.- Se alegó por la demandada la falta de litisconsorcio pasivo necesario por estimar que debió ser demandado el BFA (Banco Financiero de Ahorro) como emisora de las obligaciones subordinadas y a la entidad Caixa Laietana Societat de Participacions Preferents SA por ser la emisora de las participaciones preferentes, por cuanto en ambos casos se alega que la entidad Caixa Laietana actuó como mera intermediaria y comercializadora en la ejecución de las órdenes de compra, por tanto, Caixa Laietana no fue la destinataria de los Fondos satisfechas por los actores.

Esta cuestión fue resuelta en el acto de la audiencia previa, considerando que no concurrían los requisitos del artículo 12.2 de la LEC, por cuanto se pretende la nulidad de los contratos de suscripción de participaciones preferentes o bien obligaciones subordinadas, por lo que la demanda debe dirigirse contra la otra parte contratante, sin que se exija demandar simultáneamente a las otras entidades, pues no hay una cotitularidad de la relación jurídica, y por tanto, no hay una inescindibilidad de la relación jurídica que exija demandar a ambas sociedades.

A mayor abundamiento las órdenes de compra fueron firmadas con Caixa Laietana y sin intervención de tercero.

TERCERO.- En cuanto a la regulación legal, concepto y características de las participaciones preferentes debe decirse que las participaciones preferentes se encuentran reguladas a través de la disposición adicional segunda de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros, introducida en ésta por la Ley 19/2003, de 4 de julio, modificada por el art. 1.10 de la Ley 6/2011, de 11 de abril (BOE de 12 de abril), por la que se transpone a nuestro Derecho la Directiva 2009/111/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, en función, especialmente, de determinar las condiciones para admitir como recursos propios de las entidades de crédito a los que denomina instrumentos de capital híbridos, entre los que se incluye la participación preferente y las obligaciones subordinadas.



En cuanto al concepto de participaciones preferentes puede decirse que es un instrumento que puede emitir cualquier empresa para captar recursos con los que financiar sus bienes y derechos necesarios para la realización de su objeto social.

Las características y naturaleza accionarial de la participación preferente desde su contenido y función financiera legales deriva de la normativa contenida en la Disposición Adicional segunda de la Ley 13/1985, de 25 de mayo y debe definirse en cuatro aspectos básicos:

a) La rentabilidad. La rentabilidad de la participación preferente está condicionada legalmente a los resultados económicos de la entidad de crédito emisora conforme a lo previsto en la D.A. 2ª de la Ley 13/1985, de 25 de mayo que dispone que las condiciones de la emisión fijarán la remuneración que tendrán derecho a percibir los tenedores de las participaciones preferentes; y tras la reforma de la Ley 13/1985 por virtud de la Ley 6/2011, el nacimiento del derecho al pago del rendimiento de la inversión puede llegar a depender de la decisión - discrecional en principio- del consejo de administración u órgano equivalente de la entidad de crédito emisora.

b) Vencimiento. La participación preferente no atribuye derecho a la restitución de su valor nominal. Es un valor potencialmente perpetuo o sin vencimiento ya que la DA 2ª de la Ley 13/1985, de 25 de mayo dispone de forma imperativa que el dinero captado por la entidad de crédito mediante su emisión deberá estar invertido en su totalidad (...) y de forma permanente, en la entidad de crédito dominante de la filial emisora, de manera que queden directamente afectos a los riesgos y situación financiera de dicha entidad de crédito dominante y de la de su grupo o subgrupo consolidable.

c) Liquidez. La liquidez de la participación preferente solo puede producirse mediante su venta en el mercado secundario de valores en el que ésta cotice. Este hecho -que el medio exclusivo de recuperación del nominal de la participación preferente sea su venta en un mercado secundario de valores- determina que el dinero invertido en ella deviene prácticamente irrecuperable ante los hechos que, legalmente, determinan la desactivación de su sistema de rentabilidad, es decir, que el pago de la misma acarree que la entidad de crédito dejase de cumplir sus obligaciones en materia de recursos propios o porque no haya obtenido beneficios ni disponga de reservas repartibles; o tras la Ley 6/2011, porque así lo decida el órgano de administración de la entidad de crédito.



d) La seguridad. El nivel de seguridad en la recuperación de la inversión que ofrece la participación preferente es equiparable al que deparan las acciones. Al igual que sucede con éstas, el único supuesto en el que podría nacer un derecho al pago del valor nominal de la participación preferente sería el de la liquidación de la entidad de crédito emisora (y también de la sociedad dominante de ésta). Pero se establece que el orden de prelación del crédito que en tal caso la participación preferente llegase a atribuir se sitúa legalmente detrás de todos los acreedores, subordinados o no, de la entidad de crédito emisora o de la entidad dominante del grupo o subgrupo consolidable de entidades de crédito en la que ésta se integre. Esto significa que en caso de liquidación de la entidad de crédito emisora (o de su sociedad dominante) la recuperación del dinero invertido en participaciones preferentes exige el previo y completo pago de la totalidad de los créditos de los acreedores de ésta y, acaso, también de los del grupo en el que la misma se integra.

(Sentencias de Primera instancia nº 1 de Santander de 29 de noviembre de 2012 y de Primera Instancia nº 1 de Mataró de 5 de febrero de 2013).

Por su parte, las obligaciones subordinadas se emiten conforme a la Ley del Mercado de Valores, 24/1988 de 28 de julio y al RD Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Además están sujetas a la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros y a la Ley 13/ 1992, de 1 de julio, de Recursos Propios y Supervisión en base consolidada de las Entidades Financieras.

Las obligaciones subordinadas comparten con las participaciones preferentes la definición de "híbrido financiero", entendiéndose 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 .



Por tanto, las obligaciones subordinadas tienen las mismas características antes analizadas de las participaciones preferentes, por cuanto se trata de títulos con fecha de vencimiento, emitidos por una sociedad para que formen parte de sus recursos propios, por lo que no se confieren participaciones en su capital ni derecho de voto. La emisión de las obligaciones subordinadas tiene por principal objeto la financiación de las entidades que las emiten con la garantía para la referida entidad de que se pacta en la emisión una cláusula de subordinación o postergación en el rango de la prelación del crédito.

Por otro lado, en la medida en que se alega la inadecuada, falsa e insuficiente información por parte de la entidad financiera, lo cual provocó el error en las contratantes, es evidente que debe analizarse la normativa que regula el deber de información por parte de la entidad financiera en este tipo de productos.

Pues bien, en el presente caso se suscribió una orden de suscripción de obligaciones subordinadas de la 5ª emisión de fecha 15 de febrero de 2005, un contrato de depósito y administración de valores en fecha 30 de marzo de 2007, orden de compra de participaciones preferentes el 31 de marzo de 2007, contrato de depósito y administración de valores de 12 de junio de 2007, orden de compra de participaciones preferentes de 12 de junio de 2007, contrato de depósito y administración de valores, contrato de administración de valores de 7 de mayo de 2008 y orden de compra de obligaciones subordinadas de 7 de mayo de 2008 (documentos 17.1, 17.2, 17.3, 17.4, 17.5, 17.6, 17.7, 17.8, 17.9, 17.10 y 17.11).

Por tanto, la normativa aplicable es la Ley del Mercado de Valores en su redacción primitiva y el Decreto 629/1993 sobre Normas de Actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios, así como Ley 47/2007 de 19 de Diciembre por la que se modifica la Ley del Mercado de Valores, según la fecha de suscripción de cada contrato.

El art.79 de la Ley de Mercado de Valores, en su redacción primitiva, establecía como regla cardinal del comportamiento de las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente cuidando de los intereses del cliente como propios; y el R.D. 629/1993 concretó, aún más, desarrollando, en su anexo, un código de conducta, presidida por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que aquí



interesa, adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (art. 4 del Anexo 1), como frente al cliente (art. 5) proporcionándole toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquél de la decisión de inversión "haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva" (art.5.3).

El referido decreto establecía como anexo un código de conducta en el que se exigía entre otras obligaciones las siguientes:

Así, el artículo 4 regula la información sobre la clientela y en concreto el párrafo 1 indicaba que *"Las Entidades solicitarán de sus clientes la información necesaria para su correcta identificación, así como información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión cuando esta última sea relevante para los servicios que se vayan a proveer."*

El artículo 5 regulaba la información a los clientes y en sus párrafos 1 y 3 disponía:

"1. Las Entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos.

3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos."

Dicho Decreto fue derogado por la Ley 47/2007 de 19 de Diciembre por la que se modifica la Ley del Mercado de Valores que reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el art. 79 bis regulando exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, incluidos los potenciales y que traspuso a nuestro ordenamiento interno las normas llamadas MIFID de la UE.

Si bien hasta la entrada en vigor de dicha norma el 21 de diciembre de 2007 la normativa MIFID no era aplicable y por tanto la entidad bancaria no tenía que realizar el test de conveniencia ni



el test de idoneidad, lo cierto es que conforme a la normativa existente en aquél momento, tenía la obligación de solicitar al cliente la información necesaria para conocer su experiencia inversora, como dar una información de forma clara, correcta y precisa, indicando los riesgos de la operación.

Por otro lado, se suscribió orden contrato de administración de valores y orden de compra de obligaciones subordinadas el 7 de mayo de 2008, momento en que ya era aplicable dicha reforma.

La Ley 47/2007 de 19 de Diciembre por la que se modifica la Ley del mercado de valores que reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el art. 79 bis regulando exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, incluidos los potenciales; entre otros extremos, sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece a los fines de que el cliente pueda "tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa" debiendo incluir la información las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias, no sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencia financiera y aquellos objetivos (art.79, bis nº 3, 4 y 7).

El Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión establece un código general de conducta de los mercados de valores, en el que, en el apartado relativo a la información a los clientes, prevé que "las entidades que prestan servicios de inversión deberán proporcionar a sus clientes, incluidos los potenciales, una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional. En la descripción se deberá 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 que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas" (art. 64). Se prevé que la información deberá ser exacta y no destacará los beneficios potenciales de un servicio de inversión o de un instrumento financiero sin indicar también los riesgos pertinentes, de manera imparcial y visible (art. 60).

En la legislación se hace referencia tanto al test de idoneidad, en el que se persigue determinar las características del cliente en



orden a su comprensión del producto ofrecido, como al test de conveniencia en el cual lo que se examina es la conveniencia, utilidad u oportunidad de dicho producto financiero para la economía o desarrollo económico para la empresa.

El art. 78 bis de la referida Ley del Mercado de Valores requiere que las empresas de servicios de inversión clasifiquen a sus clientes en profesionales y minoristas. A estos efectos, tendrán la consideración de clientes profesionales aquéllos a quienes se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos, señalando algunos en particular y se considerarán clientes minoristas todos aquellos que no sean profesionales.

Por último, debe indicarse que nos encontramos ante productos complejos, de difícil seguimiento de su rentabilidad y que cotizan en el mercado secundario.

En este sentido al artículo 79 bis 8 a) de la Ley del Mercado de Valores dispone que "Tendrán la consideración de instrumentos financieros no complejos, además de los indicados expresamente en el párrafo anterior, aquellos en los que concurren 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."

Por tanto, las participaciones preferentes y las obligaciones subordinadas son calificables como producto complejo porque no cumplen los requisitos antes trascritos.

A mayor abundamiento la CNMV ha calificado las preferentes como producto complejo (documento nº 1 de la demanda).

CUARTO.- En cuanto a la naturaleza de la acción ejercitada debe decirse que la parte actora ejercita en primer lugar una



acción de nulidad radical o absoluta del contrato por falta de consentimiento como uno de los elementos esenciales del contrato y por contravención de normas imperativas y prohibitivas al amparo del artículo 6.3 del Código Civil; y subsidiariamente la acción de nulidad del contrato por hallarse el consentimiento viciado por error como consecuencia de la falta de información sobre las características y riesgos del producto contratado.

Por último, se ejercita también de forma subsidiaria la resolución del contrato por incumplimiento de la demandada del deber de información y todo ello conforme al artículo 1124 del Código Civil.

La STS de 6 de septiembre de 2006 dispone que:

"Cuando no concurren los requisitos establecidos en el artículo 1261 CC en el negocio jurídico controvertido estamos, pues, en presencia de un supuesto de nulidad absoluta o de pleno Derecho (STS de 10 de abril de 2001), equivalente a la inexistencia, cuya característica radica en la imposibilidad de producir efecto jurídico alguno, en la retroacción al momento del nacimiento del acto de los efectos de la declaración de nulidad y en la inexistencia de plazo alguno de caducidad o prescripción para el ejercicio de la acción correspondiente.

Declara la STS de 25 de julio de 1991 (en el mismo sentido, STS de 27 de febrero de 1997) que la ambigüedad terminológica del artículo 1301 CC al referirse a la « acción de nulidad», ha sido precisada doctrinal y jurisprudencialmente en el sentido de distinguir lo que son supuestos de nulidad radical o absoluta y lo que constituyen supuestos de nulidad relativa o anulabilidad; dentro de estos últimos hay que incluir los casos normativos previstos en el citado precepto. Las SSTs de 10 de noviembre de 1981, 6 de abril 1984, 13 de mayo de 1983, 22 de noviembre de 1983, 13 de febrero de 1988, 10 de octubre de 1988, 8 de marzo de 1989, 23 de octubre de 1992, 31 de octubre de 1992, 8 de marzo de 1994, 5 de junio de 1994, 9 de mayo de 1995, 20 de octubre de 1999, 14 de marzo de 2000, 5 de junio de 2000, y 23 de octubre de 2002, entre otras muchas, afirman, por su parte, que la falta de ejercicio de una acción de nulidad por faltar uno de los elementos esenciales del contrato fijados en el artículo 1261 CC no supone confirmación tácita, puesto que la prescripción de la acción solamente alcanza a los actos anulables."

La primera cuestión que se plantea es la caducidad de la acción. Así, la parte demandada estima que la acción está caducada en virtud del artículo 1301 del Código Civil que dispone que la



acción de nulidad durará cuatro años y en los casos de error, dolo o falsedad de la causa el tiempo empezará a correr desde la consumación del contrato.

En primer lugar debemos decir que la acción de nulidad absoluta del contrato no prescribe, tal como indica la jurisprudencia del Tribunal Supremo antes referida.

En cuanto a la acción de anulabilidad por vicio en el consentimiento, la cuestión se halla en la determinación del "dies a quo", por cuanto nos encontramos ante un contrato de tracto sucesivo.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº1 de Santander dispone al respecto que *"Tampoco es aceptable que se considere que la acción de nulidad por anulabilidad por error ha caducado de acuerdo al art. 1301 CC . Dicho precepto indica que " La acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr: En los casos (..) de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato." Dado que no nos encontramos ante un supuesto de nulidad absoluta o radical, en el que la acción es imprescriptible, y que el plazo previsto en el precepto es de caducidad -que no admite interrupción y es apreciable incluso de oficio-, la jurisprudencia ha sido certera a la hora de precisar que el momento inicial del cómputo del plazo de cuatro años no es nunca anterior al cumplimiento del contrato, por lo que la acción de restitución no puede empezar a prescribir conforme al art. 1969 CC, sino desde la consumación, destacando la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2008 -en relación a un contrato de préstamo-en cuanto afirma que no puede entenderse cumplido ni consumado el contrato hasta la realización de todas las obligaciones. Todavía más: la sentencia del TS 11 de junio de 2003 declara que la consumación del contrato coincide con el instante en que se han realizado todas las obligaciones o cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes. Y sostiene así que tal doctrina jurisprudencial ha de entenderse en el sentido, no que la acción nazca a partir del momento de la consumación del contrato, sino que la misma podrá ejercitarse hasta que no transcurra el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato (art. 1301 CC). Entender que la acción solo podría ejercitarse "desde" la consumación del contrato, llevaría a la conclusión jurídicamente ilógica de que hasta ese momento no pudiera ejercitarse por error, dolo o falsedad en la causa, en los contratos de tracto sucesivo, con prestaciones periódicas, durante la vigencia del contrato. "*



Por tanto, dado que las participaciones preferentes y obligaciones subordinadas son de carácter permanente, no sometido a vencimiento, cabe entender que la acción no está caducada por cuanto ni tan siquiera ha dado inicio al plazo de 4 años de caducidad, pues el contrato todavía está desarrollando sus efectos económicos y jurídicos.

(Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Mataró de fecha 5 de febrero de 2013).

QUINTO.- En primer lugar debemos decir que la entidad demandada está legitimada pasivamente respecto a la acción de nulidad y anulabilidad ejercitada por cuanto los actores no suscribieron contrato alguno con la supuesta entidad emisora de las preferentes ("CAIXA LAIETANA, SOCIETAT DE PARTICIPACIONS PREFERENTS SA"), sino que concertaron la orden de compra con la entidad demandada. Téngase en cuenta que fue la demandada la que comercializó las preferentes con sus vicios, sin que la supuesta entidad emisora tuviera intervención alguna; y digo supuesta entidad emisora, pues de hecho en ningún documento se indica que la emisora de las participaciones preferentes u obligaciones subordinadas fuera distinta de la propia Caixa Laietana.

Si analizamos las órdenes de compra de participaciones preferentes y de suscripción de obligaciones subordinadas que se aportan como bloque documental 17 de la demanda (17.1, 17.2, 17.4, 17.6, 17.8, 17.10), se observa que únicamente consta como parte contratante la entidad "CAIXA D'ESTALVIS LAIETANA", y sin que aparezca en modo alguno otra sociedad como titular de la emisión de las participaciones preferentes, por lo que es evidente que BANKIA como sucesora de ésta, está legitimada pasivamente.

De hecho si analizamos las libretas aportadas como documentos 17.13 a 17.16 en las mismas se establece "Extracto resguardo de depósito de obligaciones subordinadas que emite la Caja de ahorros Laietana a favor de los anunciados titulares", o bien "extracto resguardo de depósito de participaciones preferentes que emite la Caixa d'Estalvis Laietana"; por tanto, parece que en este caso es la misma Caixa Laietana la entidad emisora de las participaciones preferentes y obligaciones subordinadas.

En cuanto a las órdenes de aceptación de la oferta de recompra y suscripción (documentos 17.18, 17.19, 17.20) sí que aparece el nombre de Banco Financiero y de Ahorros en las condiciones particulares, sin embargo el contrato aparece suscrito y sellado por BANKIA y en el encabezamiento del contrato aparece el logo en letras grandes de BANKIA.



SEXTO.- Vamos a analizar en primer lugar la acción de nulidad absoluta alegada por la parte actora.

La actora alega la nulidad absoluta del contrato por falta de consentimiento al no ser conscientes del producto contratado y por contravención de normas imperativas y prohibitivas al amparo del artículo 6.3 del Código Civil, al contravenirse los artículos 78 y 79 de la LMV y el RD 629/1993, así como los artículos 72 y 73 del Real Decreto 217/2008.

Pues bien, toda esta normativa ha sido analizada en el fundamento de derecho tercero y hace referencia básicamente a los deberes de las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el Mercado de Valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores (deber de transparencia y diligencia, deber de información clara y correcta a los clientes, etc.).

Sin embargo, la infracción de dicha normativa no puede dar lugar a la nulidad absoluta del contrato en el ámbito civil, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa en que haya podido incurrir la entidad al no cumplir dicha normativa.

En este sentido se pronuncia de forma reiterada la jurisprudencia y a título de ejemplo la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de fecha 3 de mayo de 2013 dispone lo siguiente:

"No puede aceptarse este argumento: el incumplimiento de los deberes antes apuntados por parte de la entidad demandada con respecto al cliente consumidor no conlleva la nulidad absoluta o radical del contrato, pues dicha consecuencia no viene impuesta en la citada normativa. El único efecto que tal incumplimiento puede producir habrá de valorarse en cuanto a la pretensión de anulación del contrato por concurrir un vicio del consentimiento; es decir, la falta de una información adecuada puede ser considerada como uno de los elementos determinantes de que el cliente prestara su consentimiento por error, pero no conlleva como sanción la nulidad absoluta del contrato.

En este sentido se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, sec. 1ª, de 30 de abril de 2012 :

"No es que el incumplimiento de la disciplina legal de carácter sectorial no pueda fundar en ningún caso la nulidad contractual. Pero la constatación de la vulneración puede ser instrumento útil para la comprobación de la concurrencia o no del error que se denuncia por la parte actora... En definitiva, se trata de que, cuestionándose si concurrió error invalidante del consentimiento y



puesto que la normativa sectorial no establece la nulidad contractual como consecuencia de las vulneraciones de la misma, la utilidad de la verificación de su cumplimiento se proyecta en el ámbito de la comprobación de si la demandante dispuso o pudo disponer de información suficiente para neutralizar la existencia del error que alegan".

También alega la parte actora la falta de consentimiento por no ser conscientes los actores del producto que estaban contratando.

Para que se produzca una falta de consentimiento es necesario, o bien que no hubiera firma, o que la misma fuera falsa o que se hubiera producido un error obstativo.

Tal como indica la sentencia del tribunal Supremo de fecha 13 de julio de 2012 "..., en el error obstativo hay una falta de voluntad, porque o bien no se quería declarar y se hizo, o bien se produce un lapsus que da lugar a una discrepancia entre la voluntad interna y su declaración."

Pues bien, en el presente caso es evidente que hubo firma y no se alega que la misma sea falsificada sino todo lo contrario, pertenece a los actores.

En cuanto al error sufrido, el mismo se trata de un error vicio, esto es, se produjo una creencia errónea de aquello que se estaba contratando, en la medida que, según se desprende del documento 17.27 las partes pretendían contratar un producto de capital garantizado, esto es, con total liquidez y sin riesgo, sin embargo, tal como se fundamentará posteriormente se contrató un producto con riesgo y con una liquidez que debía hacerse efectiva en el mercado secundario de valores, e incluso llegando a resultar irrecuperable el capital en determinados supuestos; información que no fue facilitada a los actores y que les provocó el error.

Es por ello que debe desestimarse la acción de nulidad absoluta por falta de consentimiento.

SÉPTIMO.- Procede ahora analizar la acción de anulabilidad por vicio del consentimiento.

La doctrina y Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en sentencias de 15/11/2012 y 21/11/2012 , nos dice que existe error como vicio del consentimiento cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta, es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea. Así, en los arts. 1261, 1265 y



1266 del Cc se indica que no hay contrato sino cuando concurra consentimiento de los contratantes, que será nulo el consentimiento prestado por error y que, para que el error invalide el consentimiento, deberá 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.

Asimismo la jurisprudencia exige que dicho error no sea excusable, atendidas las circunstancias del caso.

Así, la STS de fecha 17 de julio de 2006 dispone lo siguiente:

“Ante todo hay que decir que para que el error, como vicio de la voluntad negocial, sea invalidante del consentimiento es preciso, por una parte, que sea sustancial o esencial, que recaiga sobre las condiciones de la cosa que principalmente hubieran dado motivo a la celebración del contrato, o, en otros términos, que la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen, y precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio atendida la finalidad de éste (Sentencias de 12 de julio de 2002 EDJ2002/27766, 24 de enero de 2003 EDJ2003/2541 y 12 de noviembre de 2004 EDJ2004/159583); y, además, y por otra parte, que sea excusable, esto es, no imputable a quien los sufre y no susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe, con arreglo a la cual el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración (Sentencias de 18 de febrero EDJ1994/1457 y de 3 de marzo de 1994 EDJ1994/1955, que se citan en la de 12 de julio de 2002, y cuya doctrina se contiene, a su vez, en la de 12 de noviembre de 2004; también, Sentencias de 24 de enero de 2003 y 17 de febrero de 2005 EDJ2005/13268).”

Pues bien, de la prueba practicada ha resultado probado que en fecha 16 de febrero de 2005 los Sres. y

suscribieron una orden de suscripción de obligaciones subordinadas por importe de 12.000 € (documento 17.1 de la demanda); en fecha 30 de marzo de 2007 se suscribieron las órdenes de compra de participaciones preferentes de 19.000 € (documento 17.2) y de 7000 € (documento 17.4) y simultáneas los contratos de depósito y administración de valores (documento 17.3 y 17.4); en fecha 12 de junio de 2007 se suscribió la orden de compra de participaciones preferentes en la



cantidad de 9000€ (documento 17.6) y simultáneamente el contrato de depósito y administración de valores (documento 17.7); en fecha 7 de mayo de 2008 se suscribió la orden de compra de obligaciones subordinadas de la 4ª emisión en la cantidad de 6000€ (documento 17.8) y seguidamente el contrato de depósito y administración de valores (documento 17.9); en fecha 7 de mayo de 2008 se suscribió orden de compra de subordinadas de la 5ª emisión por importe de 3000 € (documento 17.10) y seguidamente el contrato de depósito y administración de valores (documento 17.11); y por último, consta probado que en fecha 20 de marzo de 2012 se suscribieron tres órdenes de aceptación de la oferta de recompra y suscripción (documentos 17.18, 17.19, 17.20) y el contrato de custodia y administración de valores (documento 17.21).

En primer lugar y para valorar si la parte actora pudo haber incurrido en un error que viciara su consentimiento, es necesario analizar qué información ofreció la entidad bancaria sobre el producto.

Sobre esta cuestión debe decirse que declaró en el acto del juicio quien era director de la oficina de Montgat de Caixa Laietana en el momento de la suscripción de las obligaciones subordinadas y las preferentes, D. . Dicho director al declarar como testigo manifestó que tenía amistad con los actores por cuanto sus hijos iban al mismo colegio y fruto de dicha relación ellos se dirigieron al declarante para recibir información por cuanto recibieron unas cantidades procedentes de una herencia; también dijo que inicialmente abrieron una imposición a plazo fijo y posteriormente lo pasaron a preferentes; asimismo manifestó que dicho producto lo tenían catalogado sin riesgo, ya que de este modo les venía dada la información por parte de la dirección, y de hecho se vendía el producto a gente que no quería riesgo; en cuanto a los sres. y , el testigo manifestó que él trabajaba de mecánico y ella en la biblioteca y que carecían de conocimientos financieros, y que priorizaban la seguridad de sus ahorros, y que a pesar de que vivían en Badalona acudieron a la oficina de Montgat por la confianza que tenían con el declarante; además al ser preguntado sobre qué información ofreció a los clientes manifestó que se les indicó que eran imposiciones disponibles en el mercado secundario y que con un margen corto de tiempo se podía recurrar el 100%, sin que se le diera información adicional, de lo que se desprende que no se les leyó ningún tríptico.



Al margen de esta declaración, si analizamos los documentos relativos a las órdenes de compra de obligaciones subordinadas y de participaciones preferentes, se observa que no se da ninguna información sobre las características y riesgos de los productos contratados. La única referencia que consta en dichos documentos es que se ha leído un tríptico informativo con las características de la emisión de obligaciones subordinadas o de las participaciones preferentes, según el caso.

A mayor abundamiento la parte demandada tampoco aporta junto a la contestación ni acredita la lectura del supuesto tríptico.

Es evidente que la información recibida por los actores fue escasa, por no decir nula, si tenemos en cuenta que lo único que consta es lo que el director de la oficina dijo en el acto del juicio, a saber, que era una operación para personas con aversión al riesgo y que para venderlo tenían que acudir al mercado secundario interior y al tiempo de venderlo se daba el 100% del capital más los intereses; sin embargo, no se les explicó los riesgos del producto. Por otro lado, se les entregó unas cartillas que obran como documentos 17.13, 17.14, 17.15 y 17.16 en las que tampoco consta información sobre las condiciones o características del producto, y además ello pudo inducir a confusión, pensando que se trataba de una imposición a plazo, ya que cuando se suscribe una imposición a plazo la entidad bancaria entrega una cartilla.

Por tanto, si tenemos en cuenta el tipo de producto ante el que nos encontramos, cuyas características y concepto he analizado en el fundamento de derecho tercero (producto complejo, rentabilidad condicionada a los resultados de la entidad, valor perpetuo o sin vencimiento, liquidez condicionada a su venta en el mercado secundario etc.) y dadas las exigencias de la Ley del Mercado de Valores, también indicado en el fundamento de derecho tercero, en el sentido de que debía obtenerse una adecuada información respecto a la clientela y conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión y debía proporcionarse toda la información que pudiera ser relevante al cliente indicándole los riesgos del producto, podemos concluir que la información que se les dio al respecto fue parca y genérica y ello no permitió conocer a la parte actora la complejidad del producto ni los riesgos que comportaba, esto es, no se le indicó que no era una imposición a plazo, ni sobre la imposibilidad de recuperar el capital invertido en determinadas circunstancias ni que era un valor sin vencimiento ni que para obtener su liquidez tenían que ordenar la



venta en un mercado secundario, lo cual provocó un error sobre los elementos esenciales del contrato.

Además, en las suscripciones de 2008 cuando ya estaba en vigor la normativa MIFID no se efectuó el test de idoneidad ni el de conveniencia.

Además incumbía a la parte demandada la carga de la prueba del correcto asesoramiento e información sobre el producto contratado, y como indica la STS de fecha 24/11/2005, no es la genérica diligencia de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario, y lo cierto es que la demandada no ha acreditado que la parte demandada diera una correcta información sobre las obligaciones subordinadas y las participaciones preferentes contratadas por los actores, sino más bien ha quedado patente la falta de información sobre tales productos.

Otro hecho controvertido es determinar si la demandada asumió o no labores de asesoramiento, pues la demandada niega que ello fuera así, por cuanto indica que CAIXA LAIETANA actuó como mera intermediaria, y en ningún caso asumió labores de asesoramiento financiero ni de gestión discrecional de cartera que exigiría un compromiso en el análisis de la idoneidad del producto para el perfil del cliente; además alega que la relación contractual que vinculaba a las partes no era la gestión de cartera sino de mero depósito y administración de valores que comporta como obligación la de custodia los títulos, conservarlos e informar sobre cuestiones relevantes que afecten a los mismos para preservar los derechos de su titular.

El apartado 2a) del artículo 63 LMV establece que se consideran servicios auxiliares la custodia y administración por cuenta de clientes de los instrumentos previstos en el artículo 2 ; y el artículo 63.1 g) establece que se considera servicio de inversión el asesoramiento en materia de inversión, entendiéndose por tal la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de servicios de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros. No se considerará que constituya asesoramiento, a los efectos de lo previsto en este apartado, las recomendaciones de carácter genérico y no personalizadas que se puedan realizar en el ámbito de la comercialización de valores e instrumentos financieros. Dichas recomendaciones tendrán el valor de comunicaciones de carácter comercial.



En el acto del juicio el testigo _____, como director de la sucursal bancaria donde se contrataron los productos objeto de este procedimiento, manifestó que los actores acudieron a él porque tenía un dinero procedente de una herencia; que primero abrieron una imposición a plazo fijo y después se pasaron a preferentes; y que dicho producto lo vendían como producto sin riesgo para personas con aversión al riesgo y que sabía que los actores priorizaban sus ahorros.

Por tanto, cabe entender que la entidad Caixa Laietana intervino con funciones de asesoramiento, pues su actuación no fue una simple recomendación de carácter genérico y no personalizada que se realiza en el ámbito de la comercialización de valores e instrumentos financieros, sino que se ofreció un producto para ese cliente concreto.

El error además de ser esencial, según determina la jurisprudencia, también ha de ser excusable, esto es, cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular, diligencia que ha de apreciarse valorando las circunstancias que concurren en el caso, incluso las personales, y no solo las de quien ha padecido el error sino también las del otro contratante. Además a la hora de apreciar la excusabilidad del error, la jurisprudencia utiliza el criterio de la imputabilidad a quien lo invoca y el de la diligencia que le era exigible en la idea de que cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible, y que la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas y así, es exigible mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto, y por el contrario la diligencia exigible es menor cuando se trata de persona inexperta que entre en negociaciones con un experto.

En este punto es relevante conocer el perfil de la parte actora. La única prueba que existe al respecto es la declaración del director de la entidad quien manifestó que el Sr. _____ era mecánico y la Sra. _____ trabajaba en una biblioteca y que no tenían conocimientos financieros; por tanto, debemos catalogar a los clientes como minoristas y sin conocimientos financieros.

Por tanto, para determinar el grado de diligencia exigible a cada parte debemos tener en cuenta que la actora es una persona física sin conocimientos financieros y la demandada es una entidad bancaria que desarrolla su actividad habitualmente en el mercado financiero, de tal modo que la demandada debió extremar la diligencia a la hora de informar sobre el condicionado y



funcionamiento del contrato, teniendo en cuenta que la diligencia exigible al profesional financiero no es la genérica de un buen padre de familia sino la específica de un ordenado empresario y representante legal en defensa de los intereses de sus clientes.

Por todo ello, podemos concluir que el error en que incurrieron los Sres. y fue excusable, pues no tenía conocimientos financieros, no se le dio una información verbal exhaustiva y no se les entregó ningún documento que describiera el producto e indicara su condicionado; debiendo añadirse a todo ello que la contratación se produjo por la confianza que los actores depositaron en el empleado de la banca.

En consecuencia, concurren los requisitos para apreciar el error como vicio del consentimiento lo que comporta declarar la nulidad del contrato de cuenta de valores y suscripciones de participaciones preferentes cuya consecuencia es la recíproca restitución de las prestaciones.

Por tanto, la entidad demandada deberá restituir el capital de la inversión, que en el caso de autos quedaba pendiente en la cantidad de 56000 € más los intereses desde la fecha de ejecución de las órdenes de compra minorados con deducción de las cantidades percibidas por la actora como intereses abonados por la demandada, más los intereses legales devengados por las correspondientes sumas desde su percepción.

La parte demandada se opone a tener que abonar los intereses legales de las cantidades abonadas en participaciones preferentes y obligaciones subordinadas, por cuanto aceptando que los demandantes tenían interés en contratar un producto de inversión a largo plazo pero supuestamente sin riesgos, esto es, un depósito a la vista, es evidente que este tipo de inversión otorgaría un rendimiento inferior al interés legal del dinero, ya que hubieran obtenido el interés de las operaciones de depósito en cuenta fija.

Pues bien, el artículo 1303 del Código Civil dispone que declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con sus intereses.

Por tanto, se trata de conseguir que las partes afectadas por la nulidad vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidado.

Ahora bien, en la medida que el legislador no distingue qué tipo de interés debe aplicarse, deber entenderse que es el interés legal del dinero, como fruto civil del dinero.



Téngase en cuenta que de seguir los argumentos de la parte demandada, nos encontraríamos en el terreno de las hipótesis, ya que es evidente que de no haber adquirido las participaciones preferentes y obligaciones subordinadas, no es posible saber qué inversión hubieran hecho los actores y qué rentabilidad hubieran obtenido.

OCTAVO.- Procede ahora analizar la nulidad del canje de las participaciones preferentes y obligaciones subordinadas por acciones de Bankia de fecha 20 de marzo de 2012 (documentos 17.18, 17.19 y 17.20).

La parte demandada niega la existencia de error en la venta de los títulos a BFA en la suscripción de acciones de Bankia, en la medida que recibieron en la fase precontractual la información adecuada para conocer los riesgos que estaban suscribiendo, tal como consta en la oferta realizada, cumpliendo por tanto con la normativa MIFID, e incluso una vez realizado el oportuno test de conveniencia se indicó a los demandantes la no conveniencia de la operación y sin embargo, ellos aceptaron voluntariamente la oferta de venta de sus títulos a BFA y luego en un acto posterior procedieron a adquirir acciones de BANKIA, suscribiendo los documentos en el que manifiestan su interés personal en contratar instrumentos financieros del tipo valores de renta variable cotizada en mercados organizados.

Además ello supuso la novación extintiva de los contratos de suscripción de títulos (participaciones preferentes y obligaciones subordinadas), lo que supuso una convalidación y ratificación de las órdenes de suscripción de los títulos.

Pues bien, es cierto que en el caso de autos no declaró en el acto del juicio el empleado de la entidad bancaria que trató con los actores la orden de aceptación de la oferta de recompra y suscripción, pues el testigo manifestó que se jubiló el 31 de mayo de 2011, por lo que no gestionó el canje por las acciones de Bankia; sin embargo, si tenemos en cuenta el documento 17.27 de la demanda, se observa que el consentimiento prestado en dicha operación no fue un consentimiento prestado de forma libre y voluntaria sino como única forma para obtener la liquidez del producto, pues así se indicó expresamente en el escrito de queja o reclamación dirigido a Bankia el mismo día 20 de marzo de 2012, esto es, el mismo día de la firma del contrato de recompra y suscripción de acciones.



En segundo lugar, procede declarar la nulidad del contrato de canje de las participaciones preferentes por acciones de Bankia en virtud de la doctrina de la propagación de la ineficacia del contrato a otros contratos o actos que guardan cierta relación con el inválido, tal como se recoge en la sentencia del TS de 17 de junio de 2010.

En este sentido es evidente que, tal como indica dicha sentencia, los contratos estaban causalmente vinculados a aquél en virtud de un nexo funcional, pues los clientes suscribieron el contrato de canje ante la imposibilidad de obtener liquidez del capital invertido en los primeros productos.

Por tanto, siendo declarado nulo el contrato de adquisición de participaciones preferentes, dicha nulidad debe extenderse también al contrato de canje de las mismas por acciones de Bankia.

Y a esta misma conclusión se llega por aplicación de lo establecido en el artículo 1.208 del Código Civil, al señalar que "la novación es nula si lo fuera también la obligación primitiva, salvo que la causa de nulidad sólo pueda ser invocada por el deudor, o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen".

De tal manera que la relación que se extingue, y la que nace por efecto de la novación extintiva están ligadas por una relación de causa a efecto.

(Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Mataró).

NOVENO.- El artículo 394 de la LEC establece que en los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.

El párrafo segundo dispone que si fuere parcial la estimación o desestimación de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, a no ser que hubiere méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad.

En el presente caso la demanda ha sido estimada totalmente, por lo que procede imponer las costas a la parte demandada.

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

FALLO

Que estimando totalmente la demanda instada por D.

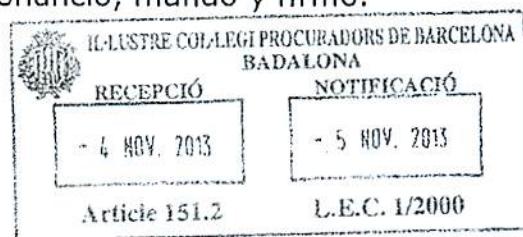


y contra BANKIA SA declaro la nulidad de los contratos de compraventa de obligaciones subordinadas de fecha 16 de febrero de 2005 y de las obligaciones subordinadas de la 4ª y 5ª emisión de fecha 7 de mayo de 2008 emitidas por Caixa Laietana y suscritas por la actora y los contratos de depósito y administración de valores anexos a ellas, así como los contratos de adquisición de participaciones preferentes de fecha 30 de marzo de 2007 y 12 de junio de 2007 y los contratos de depósito y administración de valores anexos a ellas, así como las órdenes de canje en acciones de Bankia subsiguientes a aquellos de fecha 20 de marzo de 2012, por concurrencia de error en el consentimiento; condenando a Bankia a proceder a la restitución íntegra del capital nominal de cincuenta y seis mil euros (56.000 euros) con más los intereses legales devengados desde la fecha de suscripción de la orden de compra, y deduciendo de dichos importes las cantidades percibidas por la actora como intereses abonados por la demandada, más los intereses legales devengados por las correspondientes sumas desde su percepción, restituyendo a Bankia la propiedad de las acciones canjeadas.

Todo ello, con expresa imposición a la parte demandada de las costas causadas en el procedimiento.

Contra la presente sentencia cabe interponer recurso de apelación ante este Juzgado en el plazo de veinte días a contar desde su notificación, que será resuelto por la Illma Audiencia Provincial de Barcelona, debiendo constituir un depósito de 50 € en la cuenta de consignaciones y depósitos de este Juzgado.

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.



PUBLICACION.- La anterior sentencia ha sido leída y hecha pública por el Sr. Juez que la suscribe en la Audiencia Pública del mismo día de su fecha, a mi presencia, doy fe.