

X51. 4/12/13

## SENTENCIA Nº /13

En la ciudad de Santa Coloma de Gramenet, a veintinueve de noviembre de dos mil trece.

El Ilmo. Sr. D. CARLES VILA I CRUELLS, Magistrado-Juez titular del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de esta ciudad, ha visto los presentes autos de JUICIO ORDINARIO, seguidos con el nº , promovidos a instancia de don y doña , y en su representación el procurador de los tribunales don FRANCISCO TOLL MUSTEROS, y en su defensa la letrada doña MONTSERRAT SERRANO BARTOLOME, contra BANKIA, S.A., representada por el procurador de los tribunales don ÁNGEL MONTERO BRUSELL y defendida por el letrado don , y contra BANCO FINANCIERO DE AHORROS, S.A., representada por el procurador de los tribunales don CARLOS MONTERO REITER, defendida por el mismo letrado y admitida en calidad de litisconsorte demandado. Y,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY,  
se procede a dictar la presente resolución.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El procurador de los tribunales don FRANCISCO TOLL MUSTEROS, en nombre y representación de don y doña , presentó demanda contra BANKIA, S.A., suplicando que previos los trámites legales se dictara en su día sentencia en la que se declare la nulidad de tres contratos de suscripción de obligaciones subordinadas por un nominal de 18.000 €, 6.000 € y 21.000 €, (firmados los días 7 enero de 2005, 10 de mayo de 2005 y 13 de octubre de 2010, respectivamente, con CAIXA D'ESTALVIS LAIETANA), así como de los contratos posteriores de recompra de las mismas obligaciones y simultánea suscripción de acciones de BANKIA, S.A. (fechados el 15 de marzo de 2012), con la consiguiente restitución de prestaciones o, subsidiariamente,

interesada la resolución de los contratos por incumplimiento, condenando a la demandada al pago de 45.000 € en concepto de daños y perjuicios y al pago de las costas procesales. La citada cuantía deberá incrementarse con los intereses legales desde la fecha de contratación hasta su restitución, compensando el importe de las retribuciones cobradas por lo demandantes, a determinar en ejecución de sentencia.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda, se dio traslado de la misma y de los documentos acompañados a la demandada, emplazándola para que se personara en autos y contestara a la demanda en el plazo de veinte días. Dentro de plazo la demandada se personó en autos y contestó a la demanda, y tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que en su escrito unido a los autos constan, terminó suplicando se dictase en su día sentencia por la que se desestimase íntegramente la demanda.

**TERCERO.-** Señalada fecha para la celebración de la audiencia previa al juicio, el procurador de los tribunales don CARLOS MONTERO REITER, en nombre y representación de BANCO FINANCIERO DE AHORROS, S.A., presentó escrito solicitando, al amparo de lo previsto en el art. 13 LEC, su intervención en el proceso en calidad de demandada. Por auto de 3 de mayo de 2013 se admitió la intervención en el presente proceso del BANCO FINANCIERO DE AHORROS, S.A., en calidad de litisconsorte demandado.

**CUARTO.-** Convocadas las partes a la audiencia previa al juicio, la misma tuvo lugar el día y hora señalados, compareciendo los procuradores y los letrados de todas las partes. No existiendo acuerdo y exhortadas sin éxito para que alcanzasen un acuerdo, continuó la audiencia para la proposición y admisión de prueba. Admitidas las pruebas que se estimaron pertinentes, se declaró concluida la audiencia, con señalamiento de la fecha para la celebración del juicio.

**QUINTO.-** Al acto del juicio, que tuvo lugar el día y hora señalados, comparecieron todas las partes, ratificándose en sus respectivos escritos de alegaciones. Abierto el juicio a prueba, se llevaron a la práctica las admitidas a la demandante y a la demandada, informando a continuación los letrados sobre el resultado de las medios de prueba practicados, quedando a continuación el juicio visto para sentencia.

**SEXTO.-** En la tramitación del presente juicio se han observado las formalidades legales procedentes.

### **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

**PRIMERO.-** En la demanda presentada, solicita la actora que se declare la nulidad de tres sucesivas suscripciones de obligaciones subordinadas de Caixa d'Estalvis Laietana (por un total de 45.000 €). Posteriormente, el 15 de marzo de 2012, esas mismas obligaciones fueron objeto de recompra por el

BANCO FINANCIERO DE AHORROS, S.A. y simultánea suscripción de acciones de Bankia, S.A., filial de BFA, contrato del que también se solicita su declaración de nulidad. Según se narra en el escrito de demanda, los demandantes son personas de avanzada edad, sin estudios y sin ninguna formación financiera. Confiando en la Caja en la que siempre habían tenido depositados sus ahorros, al acumular un pequeño capital, les ofrecieron un producto similar a un depósito en el que la disponibilidad era total, con mayor rendimiento, pudiendo retirar el dinero con simplemente avisar con unos días de antelación. En ningún momento fueron informados de que se trataba de un producto de riesgo, y menos que la percepción de intereses estuviera condicionada a que la caja tuviera beneficios. Convencidos de que contrataban un producto seguro y totalmente garantizado, primero suscribieron 24 obligaciones subordinadas de Caixa d'Estalvis Laietana (con un nominal de 1.000 € cada obligación), y después otras 21 obligaciones de igual nominal, entregándoles una "libreta" de modo análogo a las libretas propias de cualquier depósito o cuenta corriente. En marzo de 2012, ante el temor de perder todos sus ahorros y sin otra alternativa, aceptaron la oferta de recompra de las obligaciones con simultánea suscripción de acciones de BANKIA.

Tras exponer las características de los contratos suscritos y la normativa que entiende aplicable, destacando la falta de información precontractual clara y transparente, solicita que se declare la nulidad radical del contrato de suscripción de las obligaciones subordinadas, o su anulabilidad por vicio del consentimiento, en particular por error en la formación de la voluntad interna (arts. 1.265 y 1.266 del Código Civil), con los consiguientes efectos restitutorios, basando dicho error en la falta de información previa sobre la naturaleza del contrato suscrito. Lógicamente, considera que la nulidad pretendida ha de propagarse al subsiguiente contrato de canje de las obligaciones por acciones.

**SEGUNDO.-** Dado que las obligaciones subordinadas son un instrumento financiero complejo, para su comercialización debe observarse la normativa protectora informativa prevista en la Ley del Mercado de Valores (LMV) y en sus normas de desarrollo. La Directiva 2004/39/CE, relativa a los mercados de instrumentos financieros (conocida como Directiva MiFID), fue traspuesta a nuestro ordenamiento jurídico interno por la Ley 47/2007, de reforma de la LMV, que entró en vigor el 21 de diciembre de 2007. La Directiva 2006/31/CE exigía de los Estados miembros la plena aplicación de sus disposiciones hasta el 1 de noviembre de 2007, por lo que resulta que los contratos anteriores al 1 de noviembre de 2007 se rigen por el contenido primitivo del artículo 79 LMV, así como por el artículo 16 del Decreto 629/1993. Los contratos celebrados entre el 1 de noviembre y el 21 de diciembre de 2007 habrán de sujetarse a las normas de la Directiva MiFID (si es que se entiende directamente aplicable), en tanto que a los posteriores a esta última fecha les serán de aplicación los artículos 78 y siguientes de la LMV, en su redacción vigente tras la reforma parcial operada por la Ley 47/2007, y normativa de

desarrollo (Decreto 217/2008, en vigor desde el 17 de febrero de 2008). Además de la sujeción de todos ellos a las reglas comunes de la Ley sobre condiciones generales de la contratación y, en su caso, de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios.

Las obligaciones subordinadas, a las que se refiere la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros, como "financiaciones subordinadas", son productos de renta fija a largo plazo, que pueden clasificarse como un instrumento financiero complejo de riesgo alto, y su denominación apela a su carácter subordinado en el orden de cobro en caso de una hipotética quiebra y, aunque tiene un vencimiento determinado, esto es, posee una fecha de emisión y de cierre determinada, si se quiere amortizarlas antes de vencimiento habrá que ponerlas a la venta como si de una acción se tratara, en este caso en un mercado secundario, por lo que existe la posibilidad de perder parte o la totalidad del capital. Este mercado no es el bursátil, en el que cotizan las acciones de las sociedades, sino el Mercado AIAF, que funciona de modo diferente, ya que opera de manera bilateral y descentralizada (el bursátil es multilateral y centralizado), por lo que corresponde a la partes acordar los términos de la transacción, que posteriormente se comunica al mercado. Y los precios publicados, que son una media ponderada, son siempre indicativos, pues el precio real se fija entre las partes. Obvio es decir que la paralización de este mercado conlleva la illiquidez de activos como las obligaciones subordinadas o participaciones preferentes emitidas sobre todo por las cajas de ahorros que fueron rescatadas, como es el caso.

**TERCERO.-** Las órdenes de suscripción de obligaciones subordinadas firmadas en el presente caso, se documentaron en un breve documento en el que únicamente constan los datos básicos de la operación (importe nominal, tipos de interés, periodicidad de liquidación y fecha de pago del primer cupón), así como la fecha de vencimiento (15 de marzo de 2035 en dos contratos y 10 de octubre de 2021 en el tercero). En unos pocos párrafos se informa a continuación de la posibilidad de variación del tipo de interés en función del Euribor a tres meses, la facultad de amortización anticipada por la emisora a partir del quinto año y el orden de prelación de créditos en el caso de incurrir la entidad emisora en proceso concursal. Consta asimismo que el ordenante manifiesta tener a su disposición el Folleto Informativo de la emisión antes de la firma de la presente orden y de haber leído el tríptico informativo con las características de la emisión de obligaciones subordinadas y del emisor. Este Folleto Informativo no consta aportado a los presentes autos, y se ignora si realmente lo tuvieron los demandantes a su disposición.

Aun cuando la suscripción de las obligaciones subordinadas se llevó a cabo antes de la publicación de la Directiva MiFID, esto no significa que los clientes bancarios y en particular los consumidores estuvieran desprotegidos. Además de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, la Ley del Mercado de Valores, en sus arts. 78 y 79,

ya imponía la obligación a las entidades y demás personas intervinientes en los mercados de valores de comportarse diligente y transparentemente en interés exclusivo de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado y de mantenerlos siempre convenientemente informados. Y el Real Decreto 629/1993 (derogado luego por el Decreto 217/2008), advertía que las entidades debían suministrar a sus clientes todo tipo de información relevante en atención a su eventual decisión en materia inversora, habiendo de dedicar el tiempo y la atención precisos para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos. Y se añadía que la información tenía que 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. (arts. 4 y 5 del Anexo).

Sostienen los demandantes en primer lugar que la inobservancia por parte de la entidad demandada de sus deberes de información precontractual implican la nulidad radical del contrato, por contravenir normas imperativas y prohibitivas, de conformidad con lo previsto en el art. 6.3 del Código Civil. La nulidad de pleno derecho, prevista en dicho artículo para todo acto jurídico, se refiere a la contravención de normas imperativas y prohibitivas, esto es, de aquellas que excluyen el juego de la autonomía de la voluntad, en contraposición a la normas dispositivas. Pero aquí no se trata de este supuesto, ya que la normativa sobre el mercado de valores podrá prever, desde un punto de vista más de Derecho Público, sanciones a las entidades que observen malas prácticas. Es decir, la inobservancia de aquellos deberes de transparencia e información en la fase precontractual podrá tener incidencia en la libre formación de la voluntad contractual del cliente, pero el contrato en sí no contraviene normas imperativas o prohibitivas.

Procede pues analizar si concurren los invocados vicios del consentimiento. Sin duda alguna la libre prestación del consentimiento por parte del inversor ha de ir precedida de la oportuna información sobre el producto facilitada por la entidad financiera, y si esa información no cumple con las exigencias del control de incorporación de la condiciones generales previsto en los arts. 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, cabría apreciar un error excusable en la formación de la voluntad contractual del cliente que implicaría la nulidad del contrato (arts. 1.266 y 1.300 del Código Civil). No obstante, conviene recordar que los contratos tienen fuerza de ley entre las partes y, como decía DIEZ PICAZO, *“lo normal es estar a lo pactado, con todas sus consecuencias favorables o desfavorables y no utilizar la figura del error para lograr la desvinculación del contrato. Cada contratante debe soportar las consecuencias de las equivocaciones que hayan podido padecer”*. El error, para ser considerado como vicio de la voluntad, es necesario que afecte a la sustancia de la cosa o a alguna de las condiciones que principalmente hayan dado motivo a celebrar el contrato (art. 1.266 CC). En otras palabras, el error ha de ser esencial y

excusable. Esencial significa que haya sido determinante o causa principal de la declaración de voluntad, y será inexcusable, y por tanto no vicio de la voluntad, cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular (SSTS de 6 de mayo y 10 de junio de 2010), por lo que se debe negar protección *"a quien, con el empleo de la diligencia que le era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba"* (STS de 21 de noviembre de 2012). Además, el error no opera sobre los motivos subjetivos que impelen a cada contratante a actuar, sino sobre la base del negocio o función económico-social del mismo (STS 13 de mayo de 2009).

Ya se ha descrito antes el contrato, o mejor, la orden de compra, que firmaron los demandantes. Mayor brevedad es casi imposible. Para la demandada la información proporcionada parece suficiente, y desde luego no es así. Aunque con la natural cautela que supone conferir total credibilidad a las manifestaciones de las partes en el acto del juicio, en este caso no se abriga duda de que aquéllos, personas de avanzada edad, sin estudios y nulos conocimientos financieros, sencillamente no sabían lo que firmaban, o mejor, creían que se trataba del depósito a plazo de toda la vida, creencia basada en la confianza previa en la oficina de la caja de la que eran clientes desde hacía tiempo y, además, se les hizo entrega de la típica "libreta" propia de las cajas, como cualquier otro depósito o cuenta corriente, lo que sin duda apuntala el error padecido. El Sr. , no es sólo que carezca de estudios, es que prácticamente no sabe leer ni escribir. E igual capacidad de comprensión puede predicarse de la Sra. . Una nuera de los demandantes ratificó tales circunstancias. En otras palabras, nada más lejos del perfil de un inversor en productos complejos y de riesgo. Conviene recordar en este punto que el déficit de información, como hecho negativo que es, no corresponde probarlo a la demandante, antes al contrario, corresponde a la demandada probar que cumplió con todas aquellas exigencias de información previa y transparente (art. 217 LEC), y no hay medio de prueba alguno del que inferir que la demandada cumpliera con todos aquellos deberes, advirtiendo a los demandantes que lo que estaban contratando no era ni mucho menos un depósito a plazo, que se trataba de un producto complejo y de liquidez supeditada al Mercado AIAF, cuyo funcionamiento difícilmente hubieran llegado a entender los demandantes. Además, doña , persona con la que trataron en la oficina, conocida desde hacía años y con la que tenían plena confianza, admitió que en la venta del producto se puso todo el énfasis en su rentabilidad, en ningún caso que el capital invertido pudiera perderse. Es decir, hubo un manifiesto déficit de información. Por tanto, concurre error esencial y excusable, lo que conlleva la nulidad de los contratos.

**CUARTO.-** El art. 1.301 del Código Civil dice que la acción de nulidad sólo durará cuatro años, y que este tiempo empezará a correr, en los casos de error, dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato. Sobre la naturaleza del citado plazo, esto es, si es de prescripción o caducidad, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido fluctuante, si bien la doctrina

mayoritaria se inclina por considerar que el plazo es de caducidad, como parece inferirse del empleo del verbo "durar", que sugiere algo improrrogable y que dura lo que dura. Como ha reiterado el Tribunal Supremo (sentencias de 11 de julio de 2003, de 11 de julio de 1984, de 27 de marzo de 1989 y de 5 de mayo de 1983, entre otras), la consumación del contrato se da cuando se cumplen todas las obligaciones previstas en el contrato, las de ambas partes. Hay que distinguir entre tratos preliminares (durante los cuales se lleva a cabo la negociación), el perfeccionamiento del contrato (que es cuando se entiende celebrado el mismo, reuniendo todos sus elementos esenciales), la consumación (cuando se realizan al completo las prestaciones), y el agotamiento del contrato (que se identifica con el momento en que expiran los efectos que el contrato produce). Y en contratos como el aquí suscrito, así como en el caso de las participaciones preferentes, es de aplicación la doctrina invocada por los demandantes, reiteradamente alegada en pleitos con igual objeto, sintetizada en la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2003, que literalmente dice: *"En orden a cuando se produce la consumación del contrato, dice la sentencia de 11 de julio de 1984 que "es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad del contrato de compraventa, con más precisión por anulabilidad, pretendida por intimidación, dolo o error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones (sentencias, entre otras, de 24 de junio de 1897 y 20 de febrero de 1928), y la sentencia de 27 de marzo de 1989 precisa que "el art. 1301 del Código Civil señala que en los casos de error o dolo la acción de nulidad del contrato empezará a correr "desde la consumación del contrato". Este momento de la "consumación" no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar, como acertadamente entendieron ambas sentencias de instancia, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes", criterio que se manifiesta igualmente en la sentencia de 5 de mayo de 1983 cuando dice, "en el supuesto de entender que no obstante la entrega de la cosa por los vendedores el contrato de 8 de junio de 1955, al aplazarse en parte el pago del precio, no se había consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó...". Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó que "el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo", y la sentencia de 20 de febrero de 1928 dijo que "la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó". Por tanto, cuando en el presente supuesto las obligaciones subordinadas fueron objeto de recompra por el BFA y simultánea suscripción de acciones de BANKIA, todavía no había llegado la fecha del vencimiento. Luego la acción no está caducada.*

La nulidad de la suscripción de obligaciones subordinadas se propaga necesariamente a la ulterior operación de canje por acciones. Es la

propia demandada la que induce a los demandantes a efectuar tal canje, so pena de perder todo lo invertido, y ante la falta de alternativas, otra vez confiando en la demandada, accedieron a aquel canje, nada ventajoso como es sobradamente conocido. Hay por tanto un nexo de conexión evidente entre ambas operaciones, sin que pueda admitirse que la operación de canje confirmase o convalidase el contrato anulable de suscripción de obligaciones, pues el vicio causa de la invalidez no había cesado (art. 1.310 CC). Declarada la nulidad de ambas operaciones, en aplicación de lo previsto en el artículo 1.303 del Código Civil, las partes se deben devolver recíprocamente las prestaciones objeto del contrato, con sus frutos y el precio de los intereses. Ello supone que la parte actora deberá recuperar el nominal invertido, por un importe de 45.000 €, más sus intereses legales desde las respectivas fechas de suscripción de la obligaciones, previa deducción de las rentabilidades percibidas, ya sean cupones o intereses de la obligaciones subordinadas o dividendos de las acciones de las que actualmente es tenedora, a restituir a la emisora, BANKIA, S.A., intereses o dividendos que devengarán a favor de ésta el interés legal desde las respectivas fechas de abono, a liquidar y compensar en ejecución de la presente resolución.

**QUINTO.-** De conformidad con lo dispuesto por el art. 394 LEC, estimándose íntegramente la demanda, procede imponer a las demandadas el pago de las costas procesales causadas.

VISTOS los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación al caso de autos,

**FALLO:**

Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por don y doña  
contra BANKIA, S.A. y BANCO FINANCIERO DE AHORROS, S.A., debo declarar y declaro la nulidad de los contratos firmados por los demandantes el 7 de enero de 2005, 10 de mayo de 2005 y 13 de octubre de 2010, de suscripción de 18, 6 y 21 obligaciones subordinadas de Caixa d'Estalvis Laietana, respectivamente (con un nominal de 1.000 € cada obligación), así como de los contratos firmados por los demandantes el 15 de marzo de 2012, por el que BANCO FINANCIERO DE AHORROS, S.A. recompraba las mismas obligaciones con simultánea suscripción por los demandantes de acciones de BANKIA, S.A. En consecuencia, condeno a BANKIA, S.A. a pagar a los demandantes la cantidad de 45.000 €, más sus intereses legales desde las respectivas fechas de suscripción de la obligaciones, previa deducción de las rentabilidades percibidas, ya sean cupones o intereses de la obligaciones subordinadas o dividendos de las acciones de las que actualmente son tenedores, a restituir a la emisora, BANKIA, S.A., intereses o dividendos que devengarán a favor de ésta el interés legal desde las respectivas fechas de abono, a liquidar y compensar en ejecución de la presente resolución. Condeno a ambas demandadas al pago solidario de las

costas procesales causadas.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de apelación en el plazo de veinte días ante este Juzgado, aportando documento acreditativo del correspondiente depósito en la cuenta de este juzgado y cumpliendo los demás requisitos de admisibilidad establecidos en ley.

Así por esta mi Sentencia, de la que se expedirá testimonio para su unión a los autos, la pronuncio, mando y firmo.

**DILIGENCIA.-** Seguidamente se lleva testimonio de la anterior sentencia al procedimiento en el que ha sido pronunciada, quedando en la Oficina Judicial, bajo mi custodia, la original firmada por S.S<sup>a</sup>.; doy fe.