

Juzgado Primera Instancia 3 Mataró (ant.CI-4)
Pl. Francisco Tomàs i Valiente, s/n
Mataró Barcelona

Procedimiento Ordinario

Parte demandante

Procurador ANNA CHARQUES GRIFOL

Parte demandada BANKIA, S.A.

Procurador

SENTENCIA N°88

En la Ciudad de Mataró, a veintitres de mayo de dos mil trece.

El Ilmo. Sr. don Antonio J. Martínez Cendán, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia Número Tres de esta Ciudad y su Partido, pronuncia

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

Vistos por mí, los presentes autos de juicio ordinario sobre nulidad contractual, seguidos al número e instados por el Procurador doña ANNA CHARQUES GRIFOL, en representación de doña , bajo la dirección del Letrado doña Laia Manté Majó, contra BANKIA, S.A., representado por el Procurador don JOAN MANUEL FABREGAS AGUSTI y asistido del Letrado don ., y con los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Por la representación de la Sra. se interpuso demanda en la que tras relatar los hechos e invocar los fundamentos de derecho, terminaba suplicando sentencia por la que se declare la nulidad de los contratos suscritos con Caixa Laietana de compra de obligaciones subordinadas y participaciones preferentes y del canje por acciones de Bankia, condenando a la demandada a la restitución de los importes abonados por 60.000 euros, intereses legales y costas.

SEGUNDO. - Admitida a trámite la demanda se emplazó a la parte demandada, que la contestó oponiéndose a las pretensiones formuladas.

Celebrada la audiencia preliminar prevista en la Ley el día 21 de mayo de 2013, se ratificaron las partes en sus respectivos escritos de alegaciones. Tras fijarse los hechos controvertidos, se solicitó el recibimiento del juicio a prueba y recibido propusieron los medios que consideraron oportunos. Siendo la prueba admitida la de documentos, quedaron las actuaciones conclusas para sentencia.

TERCERO. - En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Sostiene la Sra. que cuenta con 60 años, que tiene estudios primarios y que actualmente se encuentra en paro; que hace unos años cobró una indemnización laboral y los empleados de la oficina número de Caixa Laietana le aconsejaron constituir un depósito a plazo.

En octubre de 2010, al vencer una parte del depósito, le aconsejaron la compra de obligaciones subordinadas y participaciones preferentes, explicándole que era un depósito con mayor rentabilidad y que podía disponer del dinero en cualquier momento, de tal forma que el 7/10/2010 adquirió 9.000 euros de obligaciones subordinadas de la 5ª emisión, el 8/10/2010 3.000 euros de participaciones preferentes de la serie A, el 11/10/2010 y el 13/10/2010, 6.000 y 9.000 euros de obligaciones subordinadas de la 5ª emisión y el 13/10/2010 3.000 euros de participaciones preferentes de la serie C. En estas fechas ya se conocía el problema de liquidez de estos productos y se le vendieron aún cuando en los test de conveniencia resultó que estos productos no eran convenientes al perfil de la actora.

Al año siguiente, al vencer los productos a plazo que tenía en la entidad, adquirió el 10/10/2011 3.000 y 12.000 euros de participaciones preferentes de la serie A, y el 10/11/2011 3.000 y 12.000 euros de obligaciones subordinadas de la 5ª emisión. En esta ocasión no se realizó ningún test MIFID.

En marzo de 2012 le propusieron la recompra de las obligaciones a cambio de acciones de BANKIA, salvo las participaciones preferentes de la serie C, asegurándole que si no realizaba el cambio sería muy difícil que pudiera recuperar su dinero.

En el acto de la audiencia previa, dando cumplimiento

a una de sus importantes finalidades -artículo 428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)- los letrados defensores de las partes, con el Tribunal, fijaron los hechos sobre los que existía conformidad y disconformidad de los litigantes; se pronunciaron sobre el valor de los documentos acompañados con la demanda y con la contestación (art. 427 LEC) y se propusieron y admitieron los medios de pruebas pertinentes y útiles (art. 429 LEC). En síntesis, y existió conformidad de los defensores, se fijó como hecho controvertido principal si existió error y/o dolo en el consentimiento prestado por la actora cuando firmó las diversas órdenes de compra de este producto financiero, cuya legalidad no se cuestiona, por no tener un conocimiento adecuado sobre qué riesgos asumía con su adquisición, provocado por la falta de información, incumbiendo a la demandada acreditar, con inversión de la carga de la prueba, que dio cumplida información sobre qué estaban contratando. Estas cuestiones (consentimiento, información del producto e inversión de la carga de la prueba) constituyen el meollo de la resolución.

Aún cuando ya en la audiencia previa se ofreció motivación por la denegación de ciertos medios, debe recordarse que el Tribunal Constitucional (TC) ha precisado que el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa no puede entenderse como el derecho a una actividad probatoria ilimitada en virtud de la cual las partes puedan exigir la práctica de todas aquellas pruebas que propongan sino que se limita a la recepción y práctica de las pruebas pertinentes, es decir, aquellas que permitan relacionar determinados hechos con el "thema decidendi".

La STC 183/2002, de 14 de octubre, indica que el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes "es inseparable del derecho de defensa Además es preciso que los medios propuestos sean pertinentes y relevantes y, además, han de ser decisivos para la defensa, en el sentido de potencialmente trascendentales para el sentido de la resolución ...". El artículo 283 de la LEC indica que no deberá admitirse ninguna prueba que, por inútiles, según reglas y criterios razonables y seguros, en ningún caso puedan contribuir a esclarecer los hechos controvertidos.

SEGUNDO. - El artículo 1.300 del Código Civil (CC) considera nulos los contratos en los que no existe consentimiento, mientras que el artículo 1.301 del mismo texto legal confiere el carácter de anulables a aquellos en que, concurriendo el consentimiento, el mismo se ve viciado por existir una divergencia entre aquello para lo que se dio el consentimiento y lo que realmente se quería, siendo esta divergencia ocasionada por una causa no imputable al prestador del consentimiento.

El caso estudiado se encuadra en este segundo grupo y ésta es la acción principal que se ejercita en la demanda, al imputarse a la hoy demandada una actuación, culposa y/o dolosa, consistente en colocar un producto financiero sin haber informado convenientemente de los riesgos que ello conllevaba ni haber analizado correctamente el perfil de estos ahorradores-inversores, cuando tenía obligación legal de hacerlo.

TERCERO. Hoy es un hecho conocido, según resulta de la propia información que ofrece la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que las participaciones preferentes son valores emitidos por una sociedad que no confieren participación en su capital ni derecho de voto; tienen carácter perpetuo y su rentabilidad, generalmente de carácter variable, no está garantizada; su remuneración el primer año suele ser fija y, a partir del segundo, normalmente está referenciada al Euribor (o a algún otro tipo de referencia) mas un determinado diferencial; esta remuneración está condicionada a que la entidad emisora de las participaciones obtenga beneficios suficientes. Para dicha Comisión, se trata de un instrumento complejo y de riesgo elevado que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido. Las participaciones preferentes presentan similitudes y diferencias tanto con la renta fija como con la renta variable. Por su estructura son similares a la deuda subordinada, pero a efectos contables se consideran valores representativos del capital social del emisor, que otorgan a sus titulares unos derechos diferentes de los de las acciones ordinarias (ya que carecen de derechos políticos, salvo supuestos excepcionales, y del derecho de suscripción preferente).

Las obligaciones subordinadas son productos de renta fija a largo plazo (en el caso, las de la quinta emisión con vencimiento en 2035), que suelen contar con una elevada rentabilidad, aunque también con un alto riesgo y una baja liquidez. No son depósitos, ya que sólo están garantizados por el banco emisor (riesgo vinculado directamente a la solvencia de la entidad, al no estar garantizados por el Fondo de Garantía de Depósitos).

Ambos productos cotizan en un mercado secundario, con la posibilidad de pérdida de capital si se pretenden vender antes de su vencimiento.

CUARTO. En la contratación de productos financieros como el que es objeto de este pleito no son aplicables los principios que rigen la contratación civil, que "han venido siendo sustituidos por una legislación especial que en atención a una de las partes contratantes o en atención a la naturaleza jurídica del contrato, o a ambas situaciones, exige de una de las partes contratantes un determinado

comportamiento frente a la otra o le restringen su autonomía de la voluntad, siendo exponentes de dicha legislación la relativa a la protección de consumidores y usuarios, la de crédito al consumo, la reguladora de las condiciones generales de la contratación y la del mercado de valores" (Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 1 de septiembre de 2011).

Las entidades de crédito deberán observar una administración diligente, prudente y ordenada (dice el artículo 255.2 del Código de Comercio) y en el Código General de Conducta (artículo 2 del anexo del RD. 629/1993 de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores), se dice que tales entidades administradoras de valores deben actuar "con cuidado y diligencia en sus operaciones, procediendo a su ejecución según las estrictas instrucciones de sus clientes, o en su defecto, en las mejores condiciones para el cliente, observando en todo caso los reglamentos y usos propios de cada mercado".

Constituyendo un instrumento complejo para su comercialización debe observar la normativa protectora informativa prevista en la Ley del Mercado de Valores y en sus normas de desarrollo, no meramente la normativa bancaria.

Debe significarse que la Directiva 2004/39/CE, relativa a los mercados de instrumentos financieros (Directiva MIFID), si bien entró en vigor a partir del 1 de mayo de 2004, no exigía de los Estados miembros la plena aplicación de sus disposiciones hasta el 1 de noviembre de 2007 (la Directiva 2006/31/CE estableció ese plazo).

España no cumplió escrupulosamente dicho plazo ya que la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, de reforma de la LMV, que traspuso al ordenamiento interno las disposiciones de la Directiva MIFID, no entró en vigor hasta el 21 de diciembre de ese año.

En conclusión, 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 contratados entre el 1 de noviembre y el 21 de diciembre de 2007 habrán de sujetarse a las normas de la Directiva MIFID, en tanto que a los posteriores a esta última fecha les serán de aplicación los artículos 78 y siguientes de la Ley del Mercado de Valores, en su redacción vigente tras la reforma parcial operada por la Ley 47/2007, y normativa de desarrollo, en particular el Real Decreto 217/2008, en vigor desde el 17 de febrero de ese año. Aparte de la sujeción de todos esos contratos a la Ley sobre condiciones generales de la contratación y, en caso de que el cliente bancario actuase en calidad de consumidor, a la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios.

Finalmente, prueba evidente de la mala

comercialización de estos productos, la reforma de la Ley 24/98 de mercado de valores operada por la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, incrementa las medidas de protección del inversor cliente minorista, con el fin de evitar que se reproduzcan prácticas irregulares ocurridas durante los últimos años, exigiendo que la información fundamental sea en un lenguaje no técnico (art. 27), incluyendo orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados y sobre la existencia de productos financieros no adecuados para inversores no profesionales (art. 79 bis, 3-3º) o estableciendo claramente la obligación de la entidad de obtener información previa del cliente (conocimientos y experiencia), su situación financiera y objetivos de inversión, a fin de evaluar si el producto es adecuado, exigiendo incluso manifestaciones manuscritas por el cliente sobre la conveniencia del producto (art. 79 bis, 6 y 7).

QUINTO..- El hecho de que las obligaciones subordinadas y participaciones preferentes constituyan productos complejos indica que la libre y válida prestación del consentimiento por parte del inversor ha de ir precedida de la oportuna información del producto facilitada por el oferente, sea una empresa de servicios de inversión o -como es el caso- directamente una entidad de crédito, y del cumplimiento de las restantes obligaciones legales precontractuales.

Si no hubo información de ninguna clase o si la información no es adecuada o bastante o, en fin, si la información no cubre las exigencias del control de inclusión previsto en los artículos 5 y 7 LCGC, cabrá apreciar un error excusable en la formación de la voluntad del cliente inversor, razón bastante para la invalidación del contrato con arreglo a los artículos 1.266 y 1.300 CC, bien entendido que 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) y que resulta inexcusable el error que pudiera haberse evitado con el desarrollo de una diligencia media o normal (SSTS 6 de mayo y 10 de junio de 2010).

A la hora de analizar que debe entenderse por derecho de información a favor del cliente, tanto en el momento de contratar como durante la pendencia del contrato, tal como se indicó en la SAP Palma de Mallorca de 21 de marzo de 2011, con alusión a la SAP de Asturias de 27 de enero de 2010, el derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básica para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad tanto es lograr la eficiencia del sistema

bancario como tutelar los sujetos que intervienen en él (el cliente bancario), principalmente, a través tanto de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación exigible.

A fin de determinar la manera en que dicha información debe hacerse llegar a sus clientes de forma adecuada, los apartados 6 y 7 del citado art. 79 LMV establecen la obligación por parte de la entidad, en función del tipo de prestación ofrecida, de obtener información sobre el cliente, sus conocimientos y experiencia en el ámbito de la inversión.

La Ley 47/2007 de 19 de diciembre, que introdujo una importante modificación de la Ley de Mercado de Valores de 1988, supone la transposición al ordenamiento interno de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, y supuso una notable variación en la normativa aplicable, e incremento de la protección, en especial al cliente minorista.

El derecho de información del cliente se considera, pues, como la forma más importante de la libertad contractual. Por ello tales normas intentan establecer los medios para que las condiciones contractuales, en un sector tan complejo como el de los servicios financieros, sean comprensibles para el cliente medio, es decir, presenten unas adecuadas condiciones de transparencia.

SEXTO.- La carga de la prueba del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros debe pesar sobre el profesional financiero, respecto del cuál la diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica de un ordenado empresario y representante leal en defensa de sus clientes (Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2005), lo cual es lógico por cuanto desde la perspectiva de éstos últimos (los clientes) se trataría de probar un hecho negativo como es la ausencia de dicha información (AP Valencia 26-04-2006).

La entidad demandada no ha probado que la actora sea persona experta en temas bursátiles y a quien además cabe considerarla como consumidor y usuario de los servicios bancarios, por lo que resulta de aplicación toda la normativa protectora que al efecto se contempla en la legislación protectora del consumidor, siendo un derecho básico de éste la información correcta sobre los diferentes productos o servicios. Y aún siendo cierto que toda operación de inversión comporta un riesgo, también lo es que la asunción de ese riesgo sólo puede admitirse si el cliente contaba con toda la información necesaria.

Mientras que la actora nos dice que se le ofreció este

producto como conveniente, la entidad demandada pone de manifiesto que no es cierto que desconociera el tipo de instrumento que estaba contratando, puesto que fue informada previamente y por escrito de las características básicas del mismo.

Sin embargo, es lo cierto que la actora, sin formación ni conocimientos de productos financieros, cliente de la Caja de Ahorros Layetena desde hacia años, con una operatoria bancaria muy elemental, realizó una inversión que para nada se ajustaba a su perfil conservador. Y aunque no se duda de la buena voluntad de los empleados de la oficina, al ofrecer a la actora un producto que hasta ese momento no había dado problemas y ofrecía una rentabilidad atractiva, lo cierto es que estaba recomendando un producto considerado por las autoridades bancarias como de alto riesgo, sin haber sido informada previamente que existía peligro de pérdida del dinero, pues toda la información, según resulta de los documentos aportados, se entrega el mismo día de la compra de los productos, con lo que se sumió al actora en una situación de riesgo excesivo e innecesario.

Nada acredita que la actora tuviera conocimientos previos de los productos contratados ni experiencia en la adquisición de productos similares, pues ninguno de los productos financieros adquiridos con anterioridad presentan la complejidad y riesgo de pérdida del capital invertido, al limitarse el riesgo a la rentabilidad del producto por estar vinculados a índices bursátiles, aunque el ánimo siempre fuera, como es lógico, obtener la máxima rentabilidad de su dinero.

No existió información previa, no se disponía de experiencia en la contratación de productos similares y, a pesar de no resultar conveniente la contratación del producto, según resulta del resultado del test MIFID realizado, la entidad vendió a la parte actora el producto financiero.

Las circunstancias señaladas permite considerar que concurrió el vicio del consentimiento alegado de error para procurar así la nulidad de los contratos, sin necesidad de entrar a valorar si concurrió dolo. Este error supone una representación falsa sobre la adecuación del objeto a la finalidad contractual perseguida, las bases del negocio, las premisas del contrato, los propios aspectos que conjuntamente las partes asumían como los que habían conducido a la celebración del contrato. No todo error servirá para anular el contrato; debe exigirse que sea suficientemente importante, relevante, y que no sea imputable a la negligencia de quien lo sufre, pero en este caso debe considerarse que el error fue esencial, puesto que ha afectado a las obligaciones principales del contrato y a la característica de alto riesgo del mismo; sustancial,

pues afecta a un elemento nuclear del contrato, sobre la base, ya se ha razonado, de la falta de información concurrente e imputable a la entidad bancaria, que venía obligada a facilitar que el cliente adquiriera plena conciencia de lo que contrata, y, sobre todo, del riesgo que asumía; y excusable, pues confió la actora en la palabra de los empleados del banco sin ser conscientes de los altos riesgos de un contrato complejo del que no recibió la necesaria información para ponderar sus riesgos y decantarse conscientemente sobre su contratación.

SEPTIMO. - La inevitable aplicación de la doctrina de la propagación de la ineficacia del contrato arrastra al canje realizado para la conversión de las obligaciones subordinadas y participaciones preferentes, considerando de tal modo que, excluida la confirmación o conversión del contrato nulo en los términos antedichos, la ineficacia por nulidad relativa abarca o engloba el contrato inicial y los posteriores con el mismo origen. Es incuestionable que existe un nexo de conexión evidente entre los contratos por los que se adquirieron las obligaciones y el canje posterior por otros productos al que fue la parte actora lastrada. Como mantiene el TS en su sentencia de 17 de junio de 2010 y en una situación muy similar a la presente, los contratos están causalmente vinculados en virtud del nexo funcional. Debe mantenerse que existe una ineficacia en cadena o propagada, pues no hablamos tanto de contratos coligados a la consecución del resultado empírico proyectado, sino de contratos que actúan unos en condición de eficacia o presupuesto de los otros, de tal grado que la ineficacia del contrato de origen que es presupuesto acarrea la nulidad del contrato dependiente que es consecuencia suya. De esta forma la nulidad de las órdenes de aceptación de la oferta de recompra de las obligaciones y suscripción de acciones de BANKIA de fecha 20 de marzo de 2012 resulta obligada. 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.

OCTAVO. - Los efectos de la nulidad que se declara se residencian en el art. 1303 CC, que impone que deben restituirse recíprocamente las cosas del contrato con sus frutos y el precio con sus intereses. En consecuencia, se intenta que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento

invalidador.

Es por ello obligación de la parte demandada la devolución del principal invertido que asciende a 60.000 euros y los frutos que el capital ha generado, que se materializa en el interés legal devengado desde la compra de los títulos. La parte actora deberá reintegrar a la parte demandada la totalidad de los importes abonados como intereses durante el periodo de vigencia de las obligaciones, con el interés legal desde el instante en que se formalizaron.

En consecuencia de lo anterior, en ejecución de sentencia deberá determinarse concretamente la liquidación de las prestaciones que deben restituirse, sobre la base liquidatoria (art. 219.2 LEC) que se acaba de citar, determinándose la cantidad que, por vía de la compensación judicial, resulte ser acreedora la parte actora.

NOVENO. - De conformidad con lo establecido en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, estimándose sustancialmente la demanda, procede la imposición de las costas causadas a la parte demandada.

Vistos los preceptos citados y los demás de general y pertinente aplicación:

F A L L O

Que estimando la demanda interpuesta por doña _____, contra BANKIA SOCIEDAD ANONIMA, debo declarar la nulidad de los contratos suscritos con Caixa Laietana de compra de obligaciones subordinadas y participaciones preferentes y del canje por acciones de Bankia, condenando a la demandada a la devolución del principal invertido que asciende a 60.000 euros y los frutos que el capital ha generado, que se materializa en el interés legal devengado desde la compra de los títulos; la parte actora deberá reintegrar a la parte demandada la totalidad de los importes abonados como intereses durante el periodo de vigencia de las obligaciones y participaciones, con el interés legal desde el instante en que se formalizaron. En ejecución de sentencia deberá determinarse concretamente la liquidación de las prestaciones que deben restituirse, sobre la base liquidatoria (art. 219.2 LEC) que se acaba de citar, determinándose la cantidad que, por vía de la compensación judicial, resulte ser acreedora la parte actora. Todo ello imponiendo a la demandada BANKIA el pago de las costas causadas.

Contra esta resolución cabe interponer recurso de

apelación a resolver por la Ilustrísima Audiencia Provincial de Barcelona, debiendo interponerse ante este Juzgado dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de esta resolución (artículo 458 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), previa constitución en la cuenta de consignaciones del Juzgado del depósito previsto en la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, que deberá acreditarse documentalmente, con apercibimiento de no admitirse a trámite.

Llévese certificación a los autos de su razón y archívese el original en el libro de sentencias.

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

PUBLICACION.— Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Juez que la dictó, encontrándose celebrando Audiencia Pública en el mismo día de su fecha, en Mataró, a fecha anterior. Doy fe.