

·Advocat: MERCÈ FREIRIA SANTOS
·S. Ref:
·Autos:
·Proced : PROCEDIMIENTO ORDINARIO
·Jutjat: 1ª INSTANCIA Nº5
·Població: MOLLET DEL VALLES
·Client:
·Contrari: BANKIA S.A.

Resolució -> SENTENCIA de
28/03/2014

Notificat -> 02/04/2014

FINEIX A L'ADVERSA PRESENTAR
RECURS D'APELLACIÓ:
05/05/2014



LLICENCIADA EN D.R.
PROCURADORA DELS TRIBUN.
GRANOLLERS I MOLL
Tel. 93.861.14.;
Fax. 93.861.14.;
consol@cuadraprocuradora.c

N.I.G.: 08124 - 42 - 1 - 2012 - 8220444

Procedimiento Procedimiento ordinario

OBJETO DEL JUICIO : Civil

Parte demandante

Procurador CONSOL CUADRA BAILE
Parte demandada BANKIA, S.A.
Procurador MANUEL MUÑOZ MUÑOZ

SENTENCIA Nº 59/14

Jueza: Maria Luisa Pampín Pampín
Lugar: Mollet del Vallès
Fecha: 28 de marzo de 2014

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN Nº 5
MOLLET DEL VALLÈS
BARCELONA
PROCEDIMIENTO: JUICIO ORDINARIO Nº

SENTENCIA

Mollet del Vallès, 26 de marzo de 2014

Vistos por mí, Dña. Mª Luisa Pampín Pampín, Jueza titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de Mollet del Vallès (Barcelona) los presentes autos incoados como Juicio Ordinario nº en virtud de demanda presentada por la procuradora Dña. , en nombre y representación de

, quienes actúan asistidos por la letrada Dña. MERCEDES FREIRIA SANTOS, con nº de colegiada 27.708, dirigida frente a la entidad mercantil BANKIA, SA, (antes CAIXA LAIETANA), representada por el procurador D. MANUEL MUÑOZ MUÑOZ y asistida por la letrada , con nº de colegiado , en el ejercicio de una acción de nulidad de los contratos de compraventa de participaciones preferentes y obligaciones subordinadas, así como de los actos y contratos subsiguientes y, subsidiariamente, de una acción de resolución de los mismos, con indemnización de daños y perjuicios, con los intereses legales desde la fecha de ejecución de la orden de compra y cargo en cuenta de la misma, minorados en las remuneraciones recibidas por los actores, con los intereses legales desde la fecha de su restitución y las costas procesales, de acuerdo con los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El 24 de septiembre de 2012 se presentó en este Juzgado demanda de juicio ordinario en ejercicio de una acción de nulidad de los contratos de compraventa de participaciones preferentes y obligaciones subordinadas, así como los actos y contratos subsiguientes y, subsidiariamente, una acción de resolución de los mismos, con indemnización de daños y perjuicios, por la procuradora Dña. CONSOL CUADRA BAILE, en nombre y representación de .

, dirigida contra la entidad mercantil BANKIA, SA. En dicha demanda se solicita una sentencia que declare la nulidad de los contratos y, subsidiariamente, la resolución de los mismos, con la condena de la demandada a la restitución a los actores de 197.474,77 euros, en la distribución contenida en el suplico de su demanda, con los intereses legales correspondientes y las costas de este procedimiento.

SEGUNDO: La demanda fue admitida mediante decreto de 10 de octubre de 2012 y la demandada fue emplazada para contestar a la misma en el plazo de 20 días.

En fecha 29 de octubre el procurador D. MANUEL MUÑOZ MUÑOZ presentó un recurso de reposición contra el decreto de fecha 10 de octubre de 2012 de admisión de la demanda, del cual se dio traslado a la actora mediante la diligencia de ordenación de 5 de noviembre de 2012 por un plazo de cinco días a fin de que impugnase el recurso si procediese.

La actora presentó su escrito de impugnación del recurso de reposición en fecha 16 de noviembre de 2012, resolviéndose el recurso por decreto del Secretario Judicial de fecha 22 de noviembre de 2012, que desestimó el mismo por no considerar concurrente la indebida acumulación de acciones alegada por la demandada.

TERCERO: El procurador D. MANUEL MUÑOZ MUÑOZ presentó en fecha 20 de noviembre de 2012 escrito de contestación a la demanda, en nombre y representación de la entidad mercantil BANKIA, SA, y mediante la diligencia de ordenación de fecha 22 de noviembre de 2012 se citó a las partes a la audiencia previa.

CUARTO: La audiencia previa se celebró el día 3 de abril de 2013 con la comparecencia de la parte actora y de la parte demandada, debidamente representadas por procurador y asistidas de letrado. En dicho acto, la parte demandante se ratificó en su demanda, solicitó el recibimiento del pleito a prueba y propuso como tal el reconocimiento judicial de los demandantes, el interrogatorio testifical de

y , así como la documental que acompaña a su demanda, la aportada en dicho acto y que se oficiara a la entidad BOLSAS Y MERCADOS ESPAÑOLES para que certificase los extremos contenidos en la instructa aportada por la actora, que se requiriera a la demandada para que aportase los rendimientos que las participaciones preferentes y las obligaciones subordinadas hayan generado a los demandantes, los costes, gastos o comisiones que se hayan cobrado o repercutido a los demandantes, incluidos los reglamentos de administración y custodia, así como los reglamentos internos de conducta de la entidad y las pautas de comercialización de los productos recibidas por sus empleados, y finalmente, que se oficiara a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) para que indicase por escrito si se han abierto expedientes sancionadores a la demandada por la comercialización irregular de participaciones preferentes y otros productos, así como el número de quejas recibidas y sus motivos. La demandada se ratificó en su escrito de contestación a la demanda, resolviéndose en el acto las excepciones procesales planteadas en ella, que fueron desestimadas, y la demandada propuso como medios probatorios la documental aportada con la demanda y con la contestación a la demanda. Se admitió toda la prueba propuesta y se señaló fecha de juicio.

QUINTO: El juicio se celebró en fecha 15 de octubre de 2013 con la comparecencia de ambas partes debidamente representadas y asistidas por procurador y letrado, durante el cual se practicaron los medios probatorios admitidos y las partes formularon sus conclusiones, quedando el pleito pendiente de sentencia.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Contenido de la demanda y de la contestación a la demanda.

Los actores han ejercitado, de forma acumulada, acciones de nulidad absoluta de los contratos de adquisición de obligaciones subordinadas/obligaciones preferentes y de las órdenes de recompra/canje en acciones de BANKIA subsiguientes, fundamentada en el incumplimiento por parte de la entidad bancaria, entonces CAIXA D'ESTALVIS LAIETANA y actualmente BANKIA, SA, de los deberes de transparencia e información sobre las características y los riesgos de los productos ofrecidos a los aquí demandantes. En consecuencia, se reclama la declaración de nulidad de todos los contratos referidos y la restitución íntegra de las prestaciones objeto de los mismos.

Subsidiariamente, los actores ejercitan de forma acumulada la acción de anulabilidad de los citados contratos, fundamentada en el error en el

consentimiento, ya que los demandantes no fueron informados de la verdadera naturaleza y de los riesgos de los productos que habían adquirido, desconociendo en definitiva el objeto del contrato. Dicho error es sustancial y no es imputable a los clientes demandantes, por lo que se interesa la declaración de nulidad por error del consentimiento de los contratos con restitución íntegra de las prestaciones objeto de los mismos.

Subsidiariamente, los demandantes ejercitan de forma acumulada la acción de resolución de los contratos recíprocos del art. 1.124 del CC, con indemnización de los daños y perjuicios, por incumplimiento por parte de la entidad bancaria del deber de información al contratar y durante la vigencia del contrato, especialmente exigible respecto a los aquí demandantes, que tienen un perfil de inversor minorista y se hallan en una posición de inferioridad frente a la entidad bancaria, siendo carga de la demandada el probar que realizó un correcto asesoramiento y proporcionó una completa información de los productos comercializados.

Los actores ponen de relieve en su demanda, además, la mala fe de la entidad bancaria en la comercialización de estos productos, dado que muchos de ellos tienen vencimiento a perpetuidad, sin conceder al cliente un plazo de preaviso para liberarse de la obligación, y otros de los productos adquiridos por los demandantes tienen un vencimiento a muy largo plazo, tratándose de personas de edad avanzada.

Por su parte, la entidad demandada BANKIA, SA, (en adelante, BANKIA), en su contestación a la demanda, se opone a las acciones ejercitadas en los siguientes términos:

Respecto a la acción de nulidad absoluta entiende que existió consentimiento informado, habiendo cumplido BANKIA los deberes de información sobre las características y los riesgos de los productos adquiridos por los demandantes, cumpliendo así las obligaciones impuestas en los art. 78 y 79 de la Ley de Mercado de Valores (LMV). Los demandantes prestaron un consentimiento informado reflejado mediante la firma de los documentos contractuales.

En cuanto a la acción de anulabilidad por error en el consentimiento, la demandada entiende que no concurre ningún error sustancial sobre el objeto del contrato, ya que los demandantes conocían las características del producto antes de contratarlo, al haber recibido una información completa, clara y correcta del producto. Según la demandada no concurren los requisitos exigidos por la Jurisprudencia para que el error invalide el contrato, ya que éste, de existir, no es excusable porque podría haberse evitado con una mínima diligencia de los clientes demandantes, que debían leer los contratos y, en caso de duda, solicitar información adicional. Por otro lado, de haber existido error en la suscripción inicial de los productos, éste se habría extinguido por la confirmación de las órdenes de compra de las obligaciones subordinadas/participaciones preferentes y la suscripción de acciones de BANKIA, conforme al art.1.311 del CC, subsanándose así el error y el contrato.

Finalmente, en cuanto a la acción de resolución contractual, ejercitada subsidiariamente, la demandada considera que no se ha incumplido el deber de información por parte de la entidad bancaria, habiéndose aportado información escrita y verbal completa, conforme a la normativa aplicable a la comercialización y contratación de productos bancarios. Los contratos celebrados con los actores no son contratos de asesoramiento financiero por lo

que es el cliente quien decide si asume o no las ventajas y los riesgos del producto.

En caso de que BANKIA hubiese incumplido el deber de evaluar la conveniencia del art. 79 de la LMV, esta infracción es meramente administrativa y no determina la nulidad del contrato. En todo caso, debe atenderse a que los demandantes titulares de obligaciones subordinadas, en su mayoría, las adquirieron en varias ocasiones, por lo que no es posible que no conocieran las características y riesgos de las mismas.

Por todo lo anterior, la demandada BANKIA interesa la íntegra desestimación de la demanda.

SEGUNDO: Legislación aplicable a las cuestiones litigiosas.

Los contratos de adquisición de productos bancarios se regulan, con carácter general, por lo dispuesto en la Ley de Mercado de Valores (LMV), Ley 24/1988, de 28 de julio, así como por la legislación de desarrollo de ésta, y asimismo son aplicables las normas generales del Código Civil (CC) de las obligaciones y de los contratos de los arts. 1089 y ss y de los arts. 1.254 y ss del CC y, en particular, se rige por las condiciones concretas pactadas en cada contrato, siempre que sean conformes con las normas generales, siempre con las matizaciones establecidas por la Jurisprudencia.

Las acciones de nulidad y anulabilidad, así como la acción de resolución de obligaciones recíprocas, se rigen por las disposiciones del Código Civil (CC) en sus art. 1.300 a 1.314 y en el art. 1.124, respectivamente.

Asimismo, es de aplicación lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU), RD- Leg 1/2007, de 16 de noviembre.

TERCERO: Cuestiones litigiosas: Nulidad o anulabilidad de los contratos de adquisición de obligaciones subordinadas/participaciones preferentes. Resolución contractual de los contratos, en su caso. Determinación de las cantidades que la demandada ha de restituir a los actores, en su caso.

En virtud del art. 217.2 de la LEC corresponde al actor la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda. Según este precepto, la actora ha de probar los hechos de los que ordinariamente se desprenda la consecuencia jurídica que pretende en su demanda lo que, en este caso, se circunscribe a acreditar las circunstancias que determinan la nulidad absoluta o, en su caso, la anulabilidad de la relación contractual existente entre los demandantes y la entidad demandada BANKIA, así como, en su caso, las causas que determinan la procedencia de la resolución de tales contratos de adquisición de las obligaciones subordinadas/participaciones preferentes, así como de los contratos posteriores de recompra y canje por acciones de BANKA, y, en todo caso, la cuantía de las cantidades cuya restitución se interesa.

En este sentido, la actora ha aportado la documentación firmada por las partes y aportada por la demandada BANKIA a los demandantes (doc. nº 15 a 24 de la demanda), relativa a la suscripción de obligaciones subordinadas/participaciones preferentes, así como su posterior recompra y canje por acciones de BANKIA, operaciones que suman la cuantía de

197.474,77 euros de capital nominal conjunto de todos los clientes demandantes.

La legitimación pasiva de la demandada BANKIA viene determinada por la subrogación en los derechos y obligaciones de la CAIXA D'ESTALVIS LAIETANA, como sucesora en la actividad de negocio de ésta última (doc. nº 15 a 24 de la demanda). En consecuencia, corresponde a la demandada BANKIA acreditar los hechos impositivos, extintivos o excluyentes de las pretensiones ejercitadas de forma acumulada y con carácter subsidiario por los actores, conforme dispone el art. 217.3 de la LEC.

Procede analizar separadamente las acciones ejercitadas por los actores, de forma acumulada, teniendo en cuenta su carácter subsidiario, de modo que la estimación de una de ellas determinará que no sea necesario analizar las demás pretensiones subsidiarias.

a) Acción de NULIDAD ABSOLUTA y Acción de ANULABILIDAD.

Los quince demandantes ejercitan la acción de nulidad absoluta y, de forma subsidiaria, la acción de anulabilidad por error del consentimiento, de los contratos de suscripción de obligaciones subordinadas/participaciones preferentes.

El único caso de suscripción de participaciones preferentes es el de D.

... y Dña. ..., de modo que los otros trece demandantes adquirieron obligaciones subordinadas (doc. nº 15 a 24 de la demanda).

Todos los demandantes fundamentan la acción de nulidad absoluta ejercitada en el incumplimiento por parte de la entidad bancaria BANKIA de los deberes de transparencia e información impuestos por la legislación aplicable, en concreto, los art. 78 y 79 de la LMV y Anexo del RD 629/1993, de 3 de julio y los art. 72 y 73 del RD 217/2008, de 15 de febrero.

La demandada se opone a la estimación de esta acción de nulidad absoluta por entender que la entidad bancaria BANKIA sí cumplió los deberes de información impuestos en los art. 78 y 79 de la Ley de Mercado de Valores (LMV), por lo que los demandantes prestaron un consentimiento informado, reflejado mediante la firma de los documentos contractuales aportados por los propios demandantes.

Los productos adquiridos por todos los demandantes, consistentes en obligaciones subordinadas y participaciones preferentes, tienen la consideración de productos de inversión según la valoración que de ellos ha hecho la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), (doc. nº 3 y 4 de la demanda).

La CNMV define las participaciones preferentes como valores emitidos por una sociedad que no confieren participación en su capital ni derecho de voto. Tienen carácter perpetuo y su rentabilidad no está garantizada, teniendo una remuneración generalmente fija en un primer período y variable durante el resto de la vida del producto. Dicha rentabilidad está condicionada a la obtención de beneficios distribuibles y no es acumulable, de modo que si no se percibe en un determinado período, se pierde el derecho a percibirla. Este producto puede producir, además, pérdidas del capital nominal invertido y su liquidez es limitada ya que cotizan en un mercado secundario. En caso de insolvencia del emisor, los titulares de participaciones preferentes se sitúan, en el orden de prelación de los acreedores de la entidad emisora, detrás de los acreedores comunes y

subordinados. Por todo lo anterior, se trata de un producto de inversión complejo y de riesgo elevado (doc. n° 1 y 2 de la demanda).

Asimismo, la CNMV califica las obligaciones subordinadas como aquellas obligaciones simples que en caso de insolvencia de la entidad emisora se sitúan, en la prelación de créditos, detrás de todos los acreedores comunes y sólo por delante de los accionistas y de los titulares de participaciones preferentes (doc. n° 2 y 3 de la demanda).

Conforme a lo anterior, resulta acreditado que los productos adquiridos por los demandantes, consistentes en obligaciones subordinadas y participaciones preferentes, son productos de inversión financiera de naturaleza compleja y alto riesgo, a los cuales les resulta aplicable lo dispuesto en el Capítulo I del Título VII de la Ley del Mercado de Valores (LMV).

El art. 78.1 de la LMV, que da inicio al capítulo dedicado a las normas de conducta aplicables a quienes presten servicios de inversión, dispone que "quienes presten servicios de inversión deberán respetar:

- a) las normas de conducta contenidas en este capítulo,
- b) los códigos de conducta que, en desarrollo de las normas a que se refiere la letra a) anterior, apruebe el Gobierno o, con habilitación expresa de éste, el Ministro de Hacienda, a propuesta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.
- c) las contenidas en sus propios reglamentos internos de conducta."

En el presente caso, la entidad demandada BANKIA, requerida para aportar los reglamentos internos de conducta, no los ha aportado alegando que carecen de ellos.

El art. 78.bis.1 de la LMV establece, como primera obligación de las empresas que presten servicios de inversión, como en este caso la demandada BANKIA, la clasificación de sus clientes en profesionales y minoristas, teniendo 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, según dispone el art. 78.bis.2, y el art. 78.bis.4 afirma que "se considerarán clientes minoristas todos aquellos que no sean profesionales".

Conforme a la prueba practicada en el acto de juicio, en particular el reconocimiento judicial de los quince demandantes y las declaraciones testificales de los empleados de BANKIA, Dña. y

D. , ha resultado acreditado que ninguno de los demandantes tiene conocimientos financieros ni bancarios, así como tampoco tienen la cualificación y la experiencia necesarias para poder tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente los riesgos inherentes a la contratación de productos de inversión como las obligaciones subordinadas y las participaciones preferentes.

Por todo lo anterior, se entiende probado que los quince demandantes tenían la consideración de inversores minoristas en la contratación de las obligaciones subordinadas/participaciones preferentes.

Además, a la entidad demandada BANKIA le es exigible el cumplimiento de las obligaciones de diligencia y transparencia previstas en el art. 79 de la LMV, que dice que "las entidades que presten servicios de inversión deberán comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios, y, en particular, observando las normas

establecidas en este capítulo y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo”.

También le es exigible a la demandada BANKIA el cumplimiento de las obligaciones de información del art. 79.bis de la LMV, al decir en su apartado 1 que las “entidades que presten servicios de inversión deberán mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes”. El apartado 2 dispone que “toda información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario, deberá ser imparcial, clara y no engañosa. Las comunicaciones publicitarias deberán ser identificables con claridad como tales”. El apartado 3 añade que “a los clientes, incluidos los clientes potenciales, se les proporcionará, de manera comprensible, información adecuada sobre la entidad y los servicios que presta; sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión; sobre los centros de ejecución de órdenes y sobre los gastos y costes asociados de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico d instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa. A tales efectos se considerará cliente potencial a aquella persona que haya tenido un contacto directo con la entidad para la prestación de un servicio de inversión, a iniciativa de cualquiera de las partes. La información a la que se refiere el párrafo anterior podrá facilitarse en un formato normalizado. La información referente a los instrumentos financieros y a las estrategias de inversión deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias (...)”. En el caso de valores distintos de acciones emitidos por la entidad de crédito, la información que se entregue a los inversores deberá incluir información adicional para destacar al inversor las diferencias de estos productos y los depósitos bancarios ordinarios en términos de rentabilidad, riesgo y liquidez. (...)”.

En el presente caso, no se entiende cumplido este deber por parte de la entidad bancaria BANKIA ya que, de los reconocimientos judiciales de los demandantes y de las testificales practicadas, ha resultado acreditado que los adquirentes de las obligaciones subordinadas/participaciones preferentes no fueron claramente informados del tipo de producto que suscribían, teniendo todos ellos el convencimiento de que habían contratado una nueva modalidad de depósito a plazo, y tampoco de los riesgos inherentes a su naturaleza de producto complejo que cotizaba en un mercado secundario, con riesgo de pérdida del capital nominal y con una liquidez limitada. Todos los demandantes han manifestado carecer de conocimientos financieros y de experiencia en servicios de inversión, lo que hace especialmente exigible a la entidad bancaria demandada el puntual y completo cumplimiento de este deber, claramente incumplido, por lo que se entiende probado que las decisiones tomadas por todos los demandantes, a la hora de suscribir los contratos de adquisición de obligaciones subordinadas/participaciones preferentes, no fueron adoptadas con pleno conocimiento de causa, tal y como exige este art. 79.bis.3 de la LMV.

El art. 79.bis.5 de la LMV dispone que “las entidades que presten servicios de inversión deberán asegurarse en todo momento de que disponen de toda la información necesaria de sus clientes, con arreglo a lo que establecen los apartados siguientes”.

El art.79.bis.6 de la LMV se refiere a aquellos casos en que se hayan prestado servicios de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, lo cual en este caso no se ha probado, siendo negada la prestación de tal

servicio por BANKIA y no constando en los bloques documentales aportados por los demandantes, (doc. nº 15 a 24 de la demanda), ningún contrato que haga referencia a la prestación de servicios de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras. Tampoco en la documentación aportada por la demandada BANKIA consta ningún contrato referido a tales servicios de asesoramiento. En consecuencia, no se considera aplicable al presente caso lo dispuesto en el art. 79.bis.6 de la LMV.

No obstante, sí resulta aplicable a los contratos de suscripción de obligaciones subordinadas/participaciones preferentes de los demandantes lo dispuesto en el art. 79.bis.7 de la LMV que dispone que "cuando se presten servicios distintos de los previstos en el apartado anterior, la empresa de servicios de inversión deberá solicitar al cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente. La entidad entregará una copia al cliente que recoja la evaluación realizada. Cuando, en base a esa información, la entidad considere que el producto o el servicio de inversión no es adecuado para el cliente, se lo advertirá. Asimismo, cuando el cliente no proporcione la información indicada en este apartado o esta sea insuficiente, la entidad le advertirá de que dicha decisión le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él. En caso de que el servicio de inversión se preste en relación con un instrumento complejo, según lo establecido en el apartado siguiente, se exigirá que el documento contractual incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita, en los términos que determine la CNMV, por la que el inversor manifieste que ha sido advertido de que el producto no le resulta conveniente o de que no ha sido posible evaluarle en los términos de este artículo. (...)".

Según este precepto, la entidad demandada BANKIA debía averiguar de los clientes demandantes toda la información necesaria para valorar sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente a las obligaciones subordinadas/participaciones preferentes, con el fin de valorar si tales productos respondían o no a sus objetivos de inversión, a sus conocimientos financieros y su experiencia en servicios de inversión. No obstante, esta obligación que, tras la Directiva 2004/39 CE relativa a los Mercados de Instrumentos Financieros (MIFID), se cumple elaborando un test de conveniencia a los clientes, no se ha cumplido en todos los casos, concretamente, no se ha realizado respecto de los siguientes demandantes: Dña. _____, Dña. _____, Dña. _____, D. _____ y Dña. _____.

.. En relación a los demás demandantes, los test de conveniencia realizados se limitan a preguntas genéricas relativas a su nivel de estudios, siendo el de la mayoría de los actores el nivel básico, si han realizado inversiones en los últimos tres años en ese grupo de inversiones, si han comprendido las características de ese grupo de productos, cuál es la experiencia laboral actual y pasada (a lo que todos han respondido que NUNCA HAN TRABAJADO EN EL ÁREA FINANCIERA) y la periodicidad de sus inversiones en instrumentos financieros (doc. nº 15 de la demanda y doc. nº 6.5, 6.7, 7.4, 8.4, 10.3, 11.7, 11.8, 12.2 y 13.5 de la contestación a la demanda). Los testigos han manifestado que los clientes demandantes tenían un perfil de

cliente conservador o ahorrador y no inversor, buscando productos que aseguraran la recuperación del capital nominal, por lo que las obligaciones subordinadas/participaciones subordinadas, que son un producto de inversión y de riesgo elevado, no se ajustaba a los objetivos perseguidos por los demandantes. Los actores, en su declaración en el acto del juicio, manifestaron, todos ellos, que acudieron a la entidad bancaria buscando un producto de ahorro, seguro y que garantizase la disponibilidad del dinero, es decir, una modalidad de depósito a plazo, mientras que los productos finalmente suscritos carecían de estas características.

En conclusión, la entidad demandada ha incumplido el deber de información establecido en el art. 79.bis.7 de la LMV, ya que la información proporcionada verbalmente por los empleados bancarios y por escrito, mediante los contratos y documentación entregada a los clientes demandantes, no cumple los requisitos de aquel precepto, desarrollados por los art. 60 a 63 del RD 217/2008, de 15 de febrero, concretamente, los establecidos en el art. 60.b) que exige que "la información sea exacta y que no destaque los beneficios potenciales de un servicio de inversión o de un instrumento financiero sin indicar también los riesgos pertinentes, de manera imparcial y visible". Es más, no se informó a los clientes demandantes de los riesgos de pérdida de capital nominal invertido, ni de la liquidez limitada de estos productos, de forma que podría no obtenerse la disponibilidad del dinero invertido, así como tampoco se les informó del vencimiento a largo plazo o a perpetuidad de los productos y de las consecuencias derivadas de esta circunstancia. En definitiva, se les recomendó un producto de inversión que no se ajustaba a su perfil inversor ni a sus objetivos, por lo que no era un producto conveniente para ellos.

Los empleados bancarios afirmaron a todos los demandantes, al ofrecerles estos productos, que era un producto seguro, de alta rentabilidad y que permitía la inmediata disponibilidad del capital invertido, simplemente con comunicarlo a la entidad con unos días de antelación, circunstancias todas ellas imprecisas o no conformes con la verdadera naturaleza de los productos que determinaron en todos los demandantes un error en la prestación del consentimiento en el momento de suscribir los contratos de adquisición de obligaciones subordinadas/participaciones preferentes, lo que puede determinar la nulidad del consentimiento conforme al art. 1.265 del CC, que dispone que "será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo".

El art. 1.266 del CC exige, para que el error invalide el consentimiento, que sea esencial, es decir, que recaiga 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. A este requisito, suma la Jurisprudencia el requisito de que el error sea excusable, es decir, no imputable al que lo padece, de forma que con la aplicación de la diligencia que les es exigible en el caso concreto, habría podido conocer las condiciones que al contratar no conoció. Si el error padecido por el contratante cumple estos requisitos invalidará el consentimiento, protegiendo a la parte contratante que confió en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida. Así lo considera la Jurisprudencia menor, por ejemplo, la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, en su Sentencia de 11 de febrero de 2014, que, además, no considera caducada la acción de anulabilidad por transcurso de cuatro años, conforme al art. 1.301 del CC, ya que dicho plazo debe contarse desde la consumación del contrato y no desde su perfección, de forma que tal acción está vigente en los contratos de

obligaciones subordinadas por ser contratos de tracto sucesivo y en los contratos de participaciones preferentes por ser de duración perpetua.

El propio Tribunal Supremo, en su Sentencia de 21 de noviembre de 2012, considera que el error será vicio del consentimiento "cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea, (...), error que debe ser esencial, afectando a los motivos incorporados a la causa del contrato", aplicando esta doctrina a los contratos bancarios y financieros.

En el presente caso, todos los demandantes han manifestado que la información que los empleados de la entidad bancaria les habían proporcionado, relativas al objeto y las características de los contratos finalmente suscritos, se decidieron a suscribir la adquisición de obligaciones subordinadas/participaciones preferentes. Tal información se ha probado que era parcial, incompleta y que no incluía las "desventajas" de la adquisición de dichos productos de inversión financiera, siendo determinante de la prestación del consentimiento contractual, junto con la relación de confianza de todos los demandantes en los empleados bancarios con los que trataron, basada en relaciones contractuales de entre 10 y 30 años de antigüedad. Dicho consentimiento contractual estaba basado en un error esencial, ya que afecta al objeto de los contratos y a sus condiciones, y es totalmente excusable ya que, en este caso, el deber de información era exigible a la entidad bancaria y no a los clientes, los cuales, de hecho, dada su nula formación financiera, no habrían podido salvar el error en que habían incurrido aplicando una diligencia media.

Se cumplen así los requisitos exigidos por la Jurisprudencia para apreciar un error invalidante del consentimiento prestado por los quince demandantes a la hora de contratar la suscripción de obligaciones subordinadas/participaciones preferentes. En consecuencia, cabe estimar la acción de anulabilidad, ejercitada subsidiariamente respecto a la acción de nulidad de los contratos de suscripción de obligaciones subordinadas/participaciones, no apreciándose la nulidad absoluta o de pleno derecho que sólo se produciría si los contratos impugnados carecieran de los requisitos del art. 1.261 del CC, es decir, consentimiento, objeto y causa, concurriendo en este caso los tres elementos aunque, eso sí, el elemento del consentimiento se halla viciado por un error esencial y excusable.

Respecto a la confirmación del contrato nulo por error en el consentimiento, en virtud del posterior contrato de recompra o canje de las obligaciones subordinadas/participaciones preferentes, alegada por la demandada BANKIA como circunstancia que subsana el vicio del contrato inicial, conforme a lo dispuesto en el art. 1.311 del CC en relación con el art. 1.309 del CC, "se entenderá que hay confirmación tácita cuando, con conocimiento de la causa de nulidad y habiendo ésta cesado, el que tuviese derecho a invocarla ejecutase un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo", confirmación que produce efectos retroactivos desde la celebración del contrato, según el art. 1.313 del CC.

No obstante, la Audiencia Provincial de Girona, Sección 1ª, en su Sentencia de 28 de enero de 2014, dispone que "conforme a lo que dispone el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 24 de julio de 2006, el mero conocimiento de la causa de nulidad no implica su aceptación" y, en el presente caso, no se aprecia una subsanación de los contratos iniciales por parte de los demandantes por el mero hecho de haber suscrito el contrato de recompra o canje de las obligaciones subordinadas/participaciones preferentes (doc. nº 15 a 24 de la

demanda), ya que todos los demandantes han manifestado que no tenían más opción de recuperar su capital invertido, una vez comprobada la verdadera naturaleza de los productos por ellos adquiridos, dada la imposibilidad de obtener liquidez al haberse paralizado el mercado secundario en el que cotizaban sus productos, circunstancias que han sido confirmadas por los propios empleados bancarios que declararon como testigos.

En conclusión, de todas las declaraciones de los demandantes, de los contratos de canje por acciones de BANKIA aportados y de las declaraciones testificales, ha resultado probado que la suscripción de los contratos de recompra y canje era la única posibilidad de obtener la recuperación del capital nominal invertido, o parte del mismo, dado el vencimiento a muy largo plazo o a perpetuidad de todos los productos adquiridos por los demandantes, quienes, además, son en su mayoría personas de edad avanzada.

Estos hechos probados permiten aplicar la anterior doctrina jurisprudencial y no se entienden confirmados los contratos iniciales de adquisición de obligaciones subordinadas/participaciones preferentes, nulos por error en el consentimiento de los clientes demandantes, por la posterior suscripción de los contratos de recompra o canje de dichos productos por acciones de BANKIA, subsistiendo la nulidad del consentimiento en todos los contratos suscritos por los actores que, en consecuencia, se extiende a todos los efectos derivados de los mismos, incluidos los posteriores contratos de recompra o canje por acciones de BANKIA.

En consecuencia, procede estimar íntegramente la demanda por anulabilidad de los contratos de adquisición de obligaciones subordinadas/participaciones preferentes suscritos por todos los demandantes, los cuales son nulos por error en el consentimiento de los contratantes aquí demandantes, nulidad que se extiende a todos los efectos derivados de dichos contratos y, por tanto, también se extiende a los contratos de recompra o canje por acciones de BANKIA.

Al haberse estimado la nulidad de los contratos en virtud de la acción de anulabilidad ejercitada, de forma acumulada, por todos los actores, no procede entrar a valorar la acción de resolución, ejercitada con carácter subsidiario.

b) Restitución de prestaciones: cuantificación de las cantidades.

Conforme al art. 1.303 del CC, la nulidad de los contratos determina la restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y del precio con los intereses, por lo que ambas partes habrán de restituirse las prestaciones recíprocamente percibidas, en este caso, la demandada tendrá que devolver a los demandantes las cantidades entregadas por éstos, en virtud de los respectivos contratos de suscripción de obligaciones subordinadas/participaciones preferentes, con los intereses legales desde la fecha de adquisición con cargo en la cuenta de cada demandante, y, a su vez, los demandantes habrán de devolver a la entidad demandada BANKIA los rendimientos percibidos durante la vigencia de los contratos con los intereses legales desde su recepción.

Las cantidades abonadas por los actores para adquirir las obligaciones subordinadas/participaciones preferentes, posteriormente canjeadas, mediante recompra, por acciones de BANKIA, constan determinadas por los contratos aportados con la demanda (doc. nº 15 a 24 de la demanda).

No obstante, los rendimientos concretamente percibidos por cada uno de los actores no resultan claramente determinados por la documentación aportada por

la demandada (bloques documentales I, II y III, aportados por la demandada en el juicio), dado que no constan los percibidos por algunos de los demandantes, por lo que la concreta cuantificación de los rendimientos percibidos por todos ellos se realizará en ejecución de sentencia, sin que ello suponga una vulneración de lo dispuesto en el art. 319 de la LEC por tratarse de una simple operación aritmética.

En consecuencia, la demandada BANKIA habrá de restituir a:

D. _____ y Dña. _____, el importe de 17.005,05 euros, incrementado con el interés legal desde la ejecución de la orden de compra y cargo en cuenta de la misma, minorado en las remuneraciones por ellos percibidas en la cuantía que se determine en ejecución de sentencia, incrementado con el interés legal desde la fecha de su recepción.

Dña. _____ y D. _____ CANO, el importe de 25.222,22 euros, incrementado con el interés legal desde la ejecución de la orden de compra y cargo en cuenta de la misma, minorado en las remuneraciones por ellos percibidas en la cuantía que se determine en ejecución de sentencia, incrementado con el interés legal desde la fecha de su recepción.

D. _____ y Dña. _____, el importe de 40.611,11 euros, incrementado con el interés legal desde la ejecución de la orden de compra y cargo en cuenta de la misma, minorado en las remuneraciones por ellos percibidas en la cuantía que se determine en ejecución de sentencia, incrementado con el interés legal desde la fecha de su recepción.

Dña. _____ y D. _____, el importe de 10.000 euros, incrementado con el interés legal desde la ejecución de la orden de compra y cargo en cuenta de la misma, minorado en las remuneraciones por ellos recibidas en la cuantía que se determine en ejecución de sentencia, incrementado con el interés legal desde la fecha de su recepción.

D. _____, Dña. _____ y Dña. _____ el importe de 15.010,10 euros, incrementado con el interés legal desde la ejecución de la orden de compra y cargo en cuenta de la misma, minorado en las remuneraciones por ellos recibidas en la cuantía que se determine en ejecución de sentencia, incrementado con el interés legal desde la fecha de su recepción.

Dña. _____, el importe de 12.601,01 euros, incrementado con el interés legal desde la ejecución de la orden de compra y cargo en cuenta de la misma, minorado en las remuneraciones por ella percibidas en la cuantía que se determine en ejecución de sentencia, incrementado con el interés legal desde la fecha de su recepción.

D. _____ y Dña. _____, el importe de 17.005,05 euros, incrementado con el interés legal desde la ejecución de la orden de compra y cargo en cuenta de la misma, minorado en las remuneraciones por ellos percibidas en la cuantía que se determine en ejecución de sentencia, incrementado con el interés legal desde la fecha de su recepción.

Dña. _____, el importe de 12.020,23 euros, incrementado con el interés legal desde la ejecución de la orden de compra y cargo en cuenta de la misma, minorado en las

remuneraciones por ella percibidas en la cuantía que se determine en ejecución de sentencia, incrementado con el interés legal desde la fecha de su recepción. Dña.

, el importe de 42.000 euros, incrementado con el interés legal desde la ejecución de la orden de compra y cargo en cuenta de la misma, minorado en las remuneraciones por ella percibidas en la cuantía que se determine en ejecución de sentencia, incrementado con el interés legal desde la fecha de su recepción.

c) Intereses moratorios.

La actora reclama, además, la aplicación a dichas cantidades del interés moratorio legal. De acuerdo con el art. 1.108 del CC "si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos y, a falta de convenio, en el interés legal".

En consecuencia, procede aplicar a las cantidades respectivamente debidas el interés legal solicitado por la actora, desde las respectivas fechas de entrega de las cantidades objeto de restitución por las partes.

CUARTO: Costas.

En virtud del art. 394.1 de la LEC, las costas deberán imponerse a la parte que haya visto íntegramente desestimadas sus pretensiones, por lo que procede imponer a la parte demandada BANKIA el abono de las costas procesales.

FALLO

Que, estimando íntegramente la demanda presentada por la procuradora Dña. CONSOL CUADRA BAILE, en nombre y representación de

, quienes actúan asistidos por la letrada Dña. MERCEDES FREIRÍA SANTOS, con nº de colegiada 27.708, dirigida frente a la entidad mercantil BANKIA, SA, (antes CAIXA LAIETANA), representada por el procurador D. MANUEL MUÑOZ MUÑOZ y asistida por la letrada Dña. BEGOÑA IGLESIAS SANZ, con nº de colegiado 62.500, en el ejercicio de una acción de nulidad de los contratos de compraventa de participaciones preferentes y obligaciones subordinadas, así como de los actos y contratos subsiguientes y, subsidiariamente, de una acción de resolución de los mismos, con indemnización de daños y perjuicios, DEBO DECLARAR Y DECLARO LA NULIDAD DE LOS CONTRATOS DE SUSCRIPCIÓN DE OBLIGACIONES SUBORDINADAS/PARTICIPACIONES PREFERENTES, suscritos con la demandada BANKIA, SA, así como de los CONTRATOS DE RECOMPRA Y

CANJE POR ACCIONES DE BANKIA, SA, suscritos entre las mismas partes, con plena restitución de las prestaciones por las partes, por lo que DEBO CONDENAR Y CONDENO a la entidad bancaria BANKIA, SA, a restituir a:

D. i. y Dña. el importe de 17.005,05 euros, incrementado con el interés legal desde la ejecución de la orden de compra y cargo en cuenta de la misma, minorado en las remuneraciones por ellos percibidas en la cuantía que se determine en ejecución de sentencia, incrementado con el interés legal desde la fecha de su recepción.

Dña. y D. CANO, el importe de 25.222,22 euros, incrementado con el interés legal desde la ejecución de la orden de compra y cargo en cuenta de la misma, minorado en las remuneraciones por ellos percibidas en la cuantía que se determine en ejecución de sentencia, incrementado con el interés legal desde la fecha de su recepción.

D. y Dña. el importe de 40.611,11 euros, incrementado con el interés legal desde la ejecución de la orden de compra y cargo en cuenta de la misma, minorado en las remuneraciones por ellos percibidas en la cuantía que se determine en ejecución de sentencia, incrementado con el interés legal desde la fecha de su recepción.

Dña. y D. el importe de 10.000 euros, incrementado con el interés legal desde la ejecución de la orden de compra y cargo en cuenta de la misma, minorado en las remuneraciones por ellos recibidas en la cuantía que se determine en ejecución de sentencia, incrementado con el interés legal desde la fecha de su recepción.

D. Dña. y Dña. el importe de 15.010,10 euros, incrementado con el interés legal desde la ejecución de la orden de compra y cargo en cuenta de la misma, minorado en las remuneraciones por ellos recibidas en la cuantía que se determine en ejecución de sentencia, incrementado con el interés legal desde la fecha de su recepción.

Dña. el importe de 12.601,01 euros, incrementado con el interés legal desde la ejecución de la orden de compra y cargo en cuenta de la misma, minorado en las remuneraciones por ella percibidas en la cuantía que se determine en ejecución de sentencia, incrementado con el interés legal desde la fecha de su recepción.

D. y Dña. el importe de 17.005,05 euros, incrementado con el interés legal desde la ejecución de la orden de compra y cargo en cuenta de la misma, minorado en las remuneraciones por ellos percibidas en la cuantía que se determine en ejecución de sentencia, incrementado con el interés legal desde la fecha de su recepción.

Dña. el importe de 12.020,23 euros, incrementado con el interés legal desde la ejecución de la orden de compra y cargo en cuenta de la misma, minorado en las remuneraciones por ella percibidas en la cuantía que se determine en ejecución de sentencia, incrementado con el interés legal desde la fecha de su recepción.

Dña. el importe de 42.000 euros, incrementado con el interés legal desde la ejecución de la orden de compra y cargo en cuenta de la

misma, minorado en las remuneraciones por ella percibidas en la cuantía que se determine en ejecución de sentencia, incrementado con el interés legal desde la fecha de su recepción.

Las costas se impondrán a la parte demandada BANKIA, SA.

Esta sentencia será notificada a las partes que podrán interponer contra ella recurso de apelación, para ante la Audiencia Provincial de Barcelona, que será presentado en este Juzgado en el plazo de 20 días contados desde el día siguiente al de su notificación.

Así lo acuerda, manda y firma Dña. M^a LUISA PAMPÍN PAMPÍN, Jueza titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de Mollet del Vallès (Barcelona).

PUBLICACIÓN: La presente sentencia ha sido leída y publicada por la misma Jueza que la ha dictado, en el mismo día de su fecha y en audiencia pública.
Doy fe