

Letrado: LAIA MANTE MAJO
Su Ref.:
Cliente:
Contra: BANKIA, SA
Mi Ref.: A136539

PEDRO MORATAL SENDRA
PROCURADOR DE LOS TRIBUNALES
Alfambra, 14, 6º 1º
Tel.: 93.206.36.64
Fax: 93.205.42.77
08034 - BARCELONA

AUDIENCIA PROVINCIAL
DE
BARCELONA

NOTIFICADO 08/07/14

SECCION Decimotercera
ROLLO Nº
PROCEDIMIENTO ORDINARIO NÚM.
JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 3 MATARÓ (ANT.CI-4)

SENTENCIA Núm. 320/14

Ilmos. Sres.
D. JOAN CREMADES MORANT
Dª. M. ANGELS GOMIS MASQUE
D. FERNANDO UTRILLAS CARBONELL

En la ciudad de Barcelona, a veinticinco de junio de dos mil catorce.

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Decimotercera de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Procedimiento ordinario, número seguidos por el Juzgado de Primera Instancia 3 de Mataró (ant.CI-4), a instancia de y , los cuales penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte

demandada contra la Sentencia dictada en los mismos el día 19 de junio de 2013 por el/la Juez del expresado Juzgado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la Sentencia apelada , es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por don _____ y doña _____ , contra BANKIA SOCIEDAD ANONIMA, debo declarar la nulidad de los contratos suscritos de compra de obligaciones subordinadas de la 5^a, 1^a y 2^a emisión y del canje de las referidas obligaciones subordinadas por acciones de Bankia, condenando a la demandada a la devolución del principal invertido que asciende a 58.606,06 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 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."

SEGUNDO.- Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandada mediante su escrito motivado, dándose traslado a la contraria ; elevándose las actuaciones a esta Audiencia Provincial.

TERCERO.- Se señaló para votación y fallo el día 25 de junio de 2014 .

CUARTO.- En el presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

VISTO, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Fernando Utrillas Carbonell.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Apela la demandada Bankia,S.A. la sentencia de primera instancia estimatoria de la pretensión principal de la demanda, formulada por los demandantes Dña. _____ y D.

_____, en ejercicio de la acción de nulidad, por vicios en el consentimiento, de las órdenes de compra de obligaciones subordinadas, concertadas con Caixa d'Estalvis Laietana, pertenecientes a la 5^a emisión, nº 2042-0008-34-1992000209, y nº 2042-0008-30-1992000210 de 8 de septiembre de 2010, a la 2^a emisión, nº 2042-0008-31-1962000136, de 19 de agosto de 2011, y a la 1^a emisión, nº 2042-0008-39-1952000076, de 16 de septiembre de 2011, por importe conjunto de 58.606'06 € (docs A1 a A4 de la demanda), y de las órdenes de recompra de las obligaciones subordinadas, y suscripción acciones de Bankia,S.A., nº 878447, 878431, y 878406, de 23 de marzo de 2012 (docs a7 a A9 de la demanda), alegando la apelante la incorrecta constitución de la relación jurídica procesal en su lado pasivo, por intervención adhesiva simple, o litisconsorcial, por no haberse admitido la intervención en el proceso de Banco Financiero y de Ahorro,S.A., quien se habría subrogado en la posición de la entidad emisora de las obligaciones subordinadas emitidas originariamente por Caixa d'Estalvis Laietana, y en su condición de recompradora de las obligaciones subordinadas canjeadas posteriormente por las acciones de Bankia,S.A.

Centrada así la cuestión procesal previa disputada en la constitución de la relación jurídica procesal, es doctrina reiterada que la figura del litisconsorcio necesario, de creación jurisprudencial y apreciable de oficio, se produce como consecuencia del fenómeno de la pluralidad de partes cuya presencia es exigida, tanto por razones de método y economía procesal, como cuando dada la relación jurídica material, se hace necesaria la intervención en el proceso, como demandantes o demandados, de todas aquellas personas físicas o jurídicas, que puedan ser afectadas por la resolución que haya de poner fin al litigio, y ello, para mantener incólumes los principios de derecho que preconizan que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en el pleito, y el de la santidad de la cosa juzgada, evitando la posibilidad de sentencias contradictorias en un mismo asunto (Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1986, 11 de noviembre de 1988, 11 de diciembre de 1990, 7 de enero de 1992, y 30 de enero de 1993).

Pudiendo estimarse el litisconsorcio pasivo necesario no sólo en el supuesto de que las personas no llamadas al proceso interviniieran en la

misma relación jurídica, sino que es suficiente que aún sin haber intervenido en la misma relación tengan un interés directo legítimo que pueda ser perjudicado por una resolución recaída en el proceso en que no han sido oídos con la consiguiente concurrencia del principio de bilateralidad de la audiencia y la posibilidad de que después se siguiera otro proceso contra los ahora no demandados cuya resolución final podría ser contradictoria con la recaída en el proceso anterior, es igualmente doctrina reiterada (Sentencia del Tribunal Constitucional 58/1988, de 6 de abril, y Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de abril y 11 de junio de 1991, 9 de junio de 1992, y 1 de abril de 2004; RJA 3016 y 4445/1991, 5177/1992, y 1669/2004) que se hace innecesario dirigir la demanda contra terceros, cuando los efectos de la resolución que se dicte produzcan en aquéllos efectos meramente indirectos o reflejos, pues si los efectos hacia el tercero se producen con carácter reflejo, por una simple conexión, o porque la relación material le afecta simplemente con carácter prejudicial, su posible intervención en el litigio no es de índole necesaria, pudiendo no obstante ese tercero intervenir en el proceso como coadyuvante.

En este caso, resulta de lo actuado que la compra de obligaciones subordinadas se concertó por los demandantes con Caixa d'Estalvis Laietana (docs A1 a A4 de la demanda), y la recompra de las obligaciones subordinadas, y la suscripción de acciones se concertó con Bankia, S.A. (docs a7 a A9 de la demanda).

Igualmente resulta de lo actuado que, por escritura pública, de 16 de mayo de 2011, Caixa d'Estalvis Laietana segregó y transmitió a Banco Financiero y de Ahorros, S.A. la totalidad de sus patrimonios empresariales consistentes en todos sus negocios bancarios, parabancarios, o de cualquier otra naturaleza; y que, por escritura pública, de 16 de mayo de 2011, Banco Financiero y de Ahorros, S.A. segregó y transmitió a Bankia, S.A.U., el negocio financiero, bancario, parabancario, y el conjunto de activos y pasivos que integran la totalidad del patrimonio empresarial que previamente había adquirido de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, segregación que se encuentra legalmente autorizada por el artículo 71 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, según el cual se entiende por segregación el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades,

recibiendo a cambio la sociedad segregada acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias.

Por el contrario, no consta ninguna relación contractual entre los demandantes y Banco Financiero y de Ahorros, S.A., siendo así que es doctrina comúnmente admitida (Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2002;RJA 9758/2002), que la legitimación "ad causam", en cuanto afecta al orden público procesal, debe ser examinada incluso de oficio, siendo igualmente doctrina comúnmente admitida (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 2004;RJA 2334/2004) que la legitimación "ad causam" se determina en función de la relación existente entre una persona determinada y la situación jurídica en litigio, ya que consiste en una posición o condición objetiva en conexión con la relación material objeto del pleito que determina la aptitud para actuar en el mismo como parte (Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1993 y 28 de febrero de 2002;RJA 2027/1993, y 3513/2002), de modo que, en concreto, en el ejercicio de la acción de responsabilidad contractual, de acuerdo con el principio de relatividad del artículo 1257 del Código Civil, la legitimación, tanto activa como pasiva, corresponde únicamente a quienes fueron parte en el contrato o a sus herederos.

En cuanto a los acuerdos entre Bankia,S.A. y Banco Financiero y de Ahorros, S.A., por el que este último habría asumido las obligaciones subordinadas de Caixa d'Estalvis Laietana en la transmisión del negocio bancario, se trata de un acuerdo interno entre ambas sociedades, como tal inoponible a las demandantes, quienes no consta que hayan consentido el cambio de la otra parte contratante, siendo doctrina reiterada (Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 1992, y 29 de abril de 2005 ;RJA 10687/1992, y 4550/2005) que la asunción de deuda, tanto la extintiva, prevista en los artículos 1203.2º, 1204, y 1205 del Código Civil, como la acumulativa, por la introducción de un nuevo deudor junto al primitivo, debe ser expresa, con constancia de una específica declaración de voluntad en ese sentido de parte del asunto, así como del conocimiento y consentimiento del acreedor, no siendo admisible en forma tácita o presuntiva, siendo así que, en este caso, los demandantes únicamente han consentido contratar, primero, con Caixa d'Estalvis Laietana, y después con Bankia,S.A.

Por lo que, en el presente caso, no es posible apreciar una incorrecta constitución de la relación jurídica procesal en su lado pasivo, por no haberse admitido la intervención litisconsorcial en el proceso de Banco

Financiero y de Ahorro,S.A., por cuanto los efectos de la declaración de nulidad de los contratos de compra de las obligaciones subordinadas, o de recompra y suscripción de acciones, únicamente podrían producir para el tercero, no interviniente en la relación contractual litigiosa, efectos meramente indirectos o reflejos, en virtud de su relación interna con la demandada Bankia,S.A., como tal inoponible a los demandantes, sin perjuicio de las demás acciones que, en su caso, puedan asistir a la demandada.

En cuanto a la intervención adhesiva simple de Banco Financiero y de Ahorro,S.A., es lo cierto que, según doctrina comúnmente admitida (Auto del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2006), cuando el artículo 13.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil dispone que, "Mientras se encuentre pendiente un proceso, podrá ser admitido como demandante o demandado, quien acredite tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito", como reconoce unánime la doctrina, el precepto transcrita regula la figura de la "intervención adhesiva simple" que, si bien carente de regulación en la derogada Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, fue reconocida por la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Así, entre las más modernas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 1996 distingue entre la adhesión litisconsorcial y la intervención adhesiva, diciendo que no es de apreciar tal situación litisconsorcial cuando los posibles efectos hacia terceros se producen con carácter reflejo, por una simple o mediata conexión, o porque la relación material sobre la que recae la declaración sólo les afecta con carácter prejudicial o indirecto. En estos casos su posible intervención en el litigio no es de carácter necesario, sino voluntaria o adhesiva, ya que la extensión de los efectos de la cosa juzgada no les alcanza, ni se produce para ellos indefensión (Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1986, 23 de febrero de 1988, 4 de octubre de 1989, 23 de octubre y 24 de abril de 1990, y 25 de febrero de 1992).

Por el contrario, la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2004 señala como, en referencia a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, la intervención adhesiva no es una figura extraña a nuestro derecho, y ha sido admitida legalmente en el ámbito del proceso contencioso-Administrativo; y, por lo que concierne al civil, tiene precedentes en la Ley IV, Título XXIII, Partida 3^a ("Tomar pueden el alcada non tan solamente los que son señores de los Pleytos, o sus

Personeros cuando fuere dado juicio contra ellos, assi como mostramos; mas aun todos los otros, a quien pertenece la pro, o el daño que viniese de aquel juzgio"); también la Ley de Enjuiciamiento Civil 1881 se refiere a esta figura en los artículos 1276, párrafo tercero, 1328 y 1394; la doctrina jurisprudencial la ha aceptado (sentencias del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 1906, 21 de marzo de 1911, 6 de marzo de 1946, 17 de febrero de 1951, 17 de octubre de 1961, 3 de marzo de 1992 y 9 de octubre de 1993, entre otras muchas), y, aparte de otras, la Sentencia de 22 de abril de 1987 ha declarado que si los efectos hacia tercero se ocasionan con carácter reflejo, por una simple conexión o porque la relación material les afecte con carácter prejudicial o indirecto, se podrá originar una intervención adhesiva; y, además, la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil la contempla en su artículo 13. Añade esta sentencia que la intervención adhesiva del coadyuvante en la civil, queda definida por estas notas esenciales; no le asiste la facultad de promover el juicio; ha de aceptar el resultado del proceso hasta el momento de su intervención, con efectos preclusivos para él; puede ayudar la gestión del coadyuvante a quien se adhiera, contribuyendo al éxito de sus propios medios de defensa, o utilizando, en provecho común, aquellos de que esté parcialmente asistido; y, por obra de su intervención, queda vinculado a la resolución del proceso, no sólo con la parte a cuyos fines coadyuvó, sino también en relación con la contraria.

Es decir que la legitimación del tercero para intervenir en el proceso en virtud de su adhesión simple, no litisconsorcial, se basa en los efectos reflejos de la cosa juzgada de la sentencia que en el recaiga, efectos reflejos que, como hechos jurídicos constitutivos, extintivos o modificativos interfieren entre la relación jurídico-material deducida en el proceso y la relación jurídica de la que el tercero es titular, interferencias que se resuelven en la prejudicialidad.

En este sentido, el Auto del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2007 reitera, como tiene dicho en la Sentencia de 12 de abril de 2007 , que la intervención adhesiva simple, supone que el tercero no es cotitular de la relación jurídico-material que se discute en el pleito, pero sí que le asisten derechos legítimos por ostentar la titularidad de una relación jurídica conexa con la cuestión litigiosa, es decir, que si bien no es titular de un derecho, sí lo es de un interés legítimo que puede verse afectado por el resultado del pleito, y por tanto cuenta con la suficiente carga legitimadora para que su intervención en el litigio se haga necesaria,

adquiriendo condición de parte litigante plena que opera en posición procesal de intervención litisconsorcial.

Y esta doctrina se enlaza, en la misma Sentencia, con la que declara el deber de los juzgadores de velar porque el litigio se desarrolle con la presencia de todos los que pueden resultar interesados, en aras de mantener la veracidad de la cosa juzgada (Sentencias de 5 de noviembre de 1991, 13 de mayo de 1993 y 17 de abril de 2000, entre otras).

En el mismo sentido, el Auto del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2006 viene a declarar que el interés directo y legítimo al que se refiere el artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Civil radica en la posibilidad de hacer valer en un pleito los efectos prejudiciales derivados de la resolución que pueda dictarse en otro pleito anterior.

No obstante lo anterior, en este caso, resulta de lo actuado que Banco Financiero y de Ahorro,S.A. se conformó, en definitiva, con lo resuelto en el Auto de 2 de abril de 2013, por el que se declaró no haber lugar a su intervención voluntaria en el proceso, por no haber promovido recurso de apelación contra la resolución denegatoria de su intervención, habiendo apelado únicamente contra la Sentencia la demandada Bankia,S.A., la cual carece de legitimación para apelar en relación con la inadmisión de un tercero en el proceso, cuando el tercero se conforma con su inadmisión, siendo doctrina constante, uniforme, y reiterada (Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1998 y 29 de diciembre de 2000;RJA 5546/1998 y 9445/2000) que la existencia de un interés, perjuicio, o agravio para el litigante supone un requisito indispensable para la legitimación activa en todo recurso.

En consecuencia procede la desestimación del motivo de la apelación.

SEGUNDO.- Apela, además, la demandada, alegando la vulneración del artículo 24 de la Constitución Española, por la indefensión producida por la inadmisión de la prueba propuesta por la parte demandada, consistente en el interrogatorio de los demandantes, y el oficio al Banco de España, para que informara de las inversiones de los actores en otras entidades financieras; y por la inadmisión de la prueba propuesta por la parte actora, consistente en las testificales de los empleados de Bankia,S.A. que comercializaron los productos, siendo así que es doctrina constitucional reiterada (STC 37/2000, de 14 de febrero) que el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, es un derecho fundamental, inseparable del derecho de defensa que el artículo 24 de la Constitución reconoce y

garantiza; y que, es doctrina comúnmente admitida (Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala 1^a, de 30 de septiembre de 2002;RTC 168/2002, y Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2002;RJA 10431/2002), que puede ser motivo de nulidad de actuaciones la ausencia de la práctica de pruebas que se estiman decisivas o determinantes para la resolución del pleito.

En este caso, tanto las pruebas propuestas por la parte demandada de interrogatorio de los demandantes, y de oficio al Banco de España, para que informara de las inversiones de los actores en otras entidades financieras; como la prueba propuesta por la parte actora, de las testificales de los empleados de Bankia,S.A. que comercializaron los productos, eran útiles y pertinentes al objeto del pleito, en el que se discute acerca de la información ofrecida por la demandada, y los vicios del consentimiento soportados por los demandantes, como base para el ejercicio de la acción de nulidad del contrato.

Aunque, en este caso, la denuncia en la apelación de la indebida inadmisión de la prueba propuesta en la primera instancia se hace sin una clara finalidad procesal, por no interesar la apelante la nulidad de actuaciones en la primera instancia; no habiendo interesado tampoco la apelante la práctica en la segunda instancia de la prueba inadmitida, de conformidad con lo previsto en el artículo 460.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En este sentido, de acuerdo con lo previsto en el artículo 240.2,párrafo segundo, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en ningún caso, puede el tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo que apreciare falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional, o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese tribunal.

Por otro lado, la nulidad de pleno derecho de los actos procesales, sólo es posible decretarla cuando, de acuerdo con lo previsto en el artículo 238.3º de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en la redacción introducida por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión. Y, según el artículo 240.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, tampoco cabe la declaración de nulidad de actuaciones cuando proceda la subsanación.

En este caso, no ha interesado la apelante la práctica en la segunda instancia de la prueba inadmitida en la primera, lo cual habría permitido la

subsanación de la infracción procesal advertida en la primera instancia, por lo que resulta desproporcionada la declaración de nulidad de actuaciones, tampoco claramente solicitada en la apelación, para la práctica de una prueba que ni siquiera la apelante ha interesado que se practicara en la segunda instancia.

En consecuencia, procede la desestimación del motivo de la apelación.

TERCERO.- Apela, en cuanto al fondo, la demandada Bankia,S.A. el pronunciamiento de la sentencia de primera instancia estimatorio de la pretensión principal de la demanda, en ejercicio de la acción de nulidad, por vicios en el consentimiento, de las órdenes de compra de obligaciones subordinadas, concertadas con Caixa d'Estalvis Laietana, pertenecientes a la 5^a emisión, nº 2042-0008-34-1992000209, y nº 2042-0008-30-1992000210 de 8 de septiembre de 2010, a la 2^a emisión, nº 2042-0008-31-1962000136, de 19 de agosto de 2011, y a la 1^a emisión, nº 2042-0008-39-1952000076, de 16 de septiembre de 2011, por importe conjunto de 58.606'06 € (docs A1 a A4 de la demanda), y de las órdenes de recompra de las obligaciones subordinadas, y suscripción acciones de Bankia,S.A., nº 878447, 878431, y 878406, de 23 de marzo de 2012 (docs a7 a A9 de la demanda), alegando la falta de acción, por la extinción de las obligaciones subordinadas, por su canje por las acciones de Bankia,S.A. el 23 de marzo de 2012, antes de la presentación de la demanda, el 21 de noviembre de 2012.

Ahora bien, en el presente caso, lo que es objeto de la acción de nulidad que se formula en la demanda no son las órdenes de compra como actos jurídicos independientes, sino el conjunto de la operación de inversión, que es una relación contractual que se ha venido desarrollando durante un tiempo, y en el curso de la cual se ha producido, no sólo un cambio subjetivo, de Caixa d'Estalvis Laietana a Bankia,S.A.; sino también un cambio objetivo, de las obligaciones subordinadas, a las acciones, en virtud de la oferta de recompra y suscripción formulada por Bankia,S.A. en su comunicación de 8 de marzo de 2012 (doc A6 de la demanda), que fue aceptada por los demandantes en las órdenes de aceptación de la oferta, de 23 de marzo de 2012 (docs A7 a A9 de la demanda), si bien, simultáneamente, hicieron constar en el burofax, de la misma fecha de 23 de marzo de 2012, dirigido a Caixa Laietana (doc A13 de la demanda), que el cambio de obligaciones subordinadas por acciones en ningún caso suponía la renuncia a las acciones legales

oportunas que pudieran corresponder a los actores por la compra de las obligaciones subordinadas con una deficiente información del producto.

En este sentido, en relación con la novación, es doctrina comúnmente admitida (Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2000 y 10 de junio de 2003; RJA 9587/2000, y 4595/2003) que la novación no tiene en nuestro Derecho un significado riguroso, por lo que su efecto extintivo de la obligación a que se refiere es excepcional y no puede presumirse, exigiéndose una declaración expresa.

El concepto de novación está considerablemente ampliado en nuestro ordenamiento con relación al que a la misma correspondía en el Derecho Romano, pues actualmente comprende, al lado de la figura tradicional de la novación extintiva, la impropia o meramente modificativa. Es más debe entenderse que es esta última la que se produce en todos los supuestos del artículo 1203 del Código Civil, salvo que, como previene el artículo 1204 otra cosa se manifieste terminantemente por las partes o que la antigua y la nueva obligación sean de todo punto incompatibles.

El deslinde entre la novación propia y la meramente modificativa ha de realizarse tomando en consideración la voluntad de las partes y la significación económica de la alteración que se produzca (Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1989 y 26 de julio de 1997; RJA 8786/1989 y 5953/1997), no habiendo en el Código Civil precepto alguno que pueda servir de base a la tesis de que la simple modificación objetiva o subjetiva de la obligación implique necesariamente la extinción de la misma.

Por lo demás, de acuerdo con el artículo 1208 del Código Civil, la novación es nula si lo fuere 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.

En este sentido, tampoco la suscripción de las acciones de Bankia, S.A., el 23 de marzo de 2012, permite entender producida la convalidación de la compra anterior de las obligaciones subsidiarias, en aplicación de la doctrina de los actos propios, por cuanto la conducta previa contra la que no se puede ir posteriormente ha de tener ciertos caracteres, y así la jurisprudencia había ya recogido la necesidad de la relevancia jurídica de la conducta, afirmando que los actos deben ser reveladores de alguna manera del designio de decidir la situación jurídica de su autor, y en cuanto a la significación jurídica del acto anterior es menester que ésta pueda ser valorada objetivamente como índice de una actitud adoptada

respecto a la situación jurídica en la cual ha sido realizada.

En esta línea, es doctrina reiterada (Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de Enero de 1990, 5 de Marzo de 1991, 4 de Junio de 1992, 12 de Abril de 1993, y 30 de Mayo de 1995) que únicamente son actos propios los caracterizados por una clara, expresa, y concluyente manifestación de voluntad encaminada a crear, modificar o extinguir algún derecho, siendo el propio acto revelador de la voluntad expresa del autor o de la voluntad tácita deducible de los actos inequívocos realizados.

Y los actos propios para vincular a su autor, han de ser inequívocos y definitivos, en el sentido de crear, establecer y fijar una determinada situación jurídica, causando efecto (Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1995, 30 de septiembre de 1996, y 20 de junio de 2002; RJA 291/1995, 6821/1996, y 5230/2002).

En este caso, según lo expuesto, el mismo día de la compra de las acciones de Bankia, S.A. los actores remitieron el burofax, de 23 de marzo de 2012 (doc A13 de la demanda), manifestando que el cambio de obligaciones subordinadas por acciones en ningún caso suponía la renuncia a las acciones legales oportunas que pudieran corresponder a los actores por la compra de las obligaciones subordinadas con una deficiente información del producto, por lo que, en ningún caso, es posible interpretar la actuación de los demandantes en la compra de las acciones ofrecidas por la demandada como una convalidación de la compra de las obligaciones subordinadas cuando, el mismo día, manifestaron expresamente que no renunciaban a las acciones de nulidad que les correspondieran.

En consecuencia, procede la desestimación del motivo de la apelación.

CUARTO.- Apela, además, en cuanto al fondo, la demandada, alegando el error en la valoración de la prueba en relación a los vicios en el consentimiento de los demandantes en la compra de las obligaciones subordinadas de Caixa d'Estalvis Laietana, pertenecientes a la 5^a emisión, nº 2042-0008-34-1992000209, y nº 2042-0008-30-1992000210 de 8 de septiembre de 2010; a la 2^a emisión, nº 2042-0008-31-1962000136, de 19 de agosto de 2011; y a la 1^a emisión, nº 2042-0008-39-1952000076, de 16 de septiembre de 2011, por importe conjunto de 58.606'06 € (docs A1 a A4 de la demanda).

Planteada la nulidad del contrato de compraventa de obligaciones subordinadas concertado entre las partes por vicio en el consentimiento

de los actores compradores, es lo cierto que, según resulta de las alegaciones parcialmente conformes de las partes, la prueba documental, y la ausencia de prueba en contrario, las obligaciones subordinadas son un producto de renta fija a largo plazo, con una elevada rentabilidad; pero también con un alto riesgo, por cuanto sólo tienen la garantía del banco emisor, sin la garantía del Fondo de Garantía de Depósitos, estando el riesgo vinculado a la solvencia de la sociedad; y con una baja liquidez, por cuanto sólo se comercializan en el mercado secundario, no estando garantizada la recuperación del capital invertido, lo cual permite calificarlas como un producto financiero complejo, por contraposición a los productos no complejos, de acuerdo con los artículos 2 y 79 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

De modo que, el hecho de que constituyan productos financieros 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 directamente una entidad de crédito.

Por lo que, 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 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación, cabrá apreciar un error excusable en la formación de la voluntad del cliente inversor, razón bastante para la invalidación del contrato, de acuerdo con los artículos 1266 y 1300 del Código Civil, 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 (Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2009 (RJA 4742/2009), y que resulta inexcusable el error que pudiera haberse evitado con el desarrollo de una diligencia media o normal (Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de mayo y 10 de junio de 2010).

En este sentido, conviene aclarar, siguiendo lo resuelto en la reciente Sentencia del Tribunal Supremo nº 683/2012, de 21 de noviembre de 2012 (Casación nº 1729/2010) que, aunque en muchos casos un defecto de información puede llevar directamente al error de quien la necesitaba, no es correcta una equiparación, sin matices, entre uno y otro, al menos en términos absolutos.

En el mismo sentido, la reciente Sentencia del Pleno de la Sala

Primera del Tribunal Supremo, de 20 de enero de 2014 (ROJ STS 354/2014), según la cual, por sí mismo, el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación del error como vicio del consentimiento, aunque no cabe duda que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error.

En general, es doctrina comúnmente admitida la que, de acuerdo con el principio de conservación del negocio, recogido en preceptos dispersos del ordenamiento jurídico, como es el artículo 1284 del Código Civil, y acogido claramente por la doctrina (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de marzo de 1990;RJA 2302/1990, y Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1992;RJA 8594/1992), viene exigiendo para la nulidad contractual, por la concurrencia de error o dolo, que pueda ser apreciada una equivocación sustancial al contratar.

Así, estando caracterizado el dolo civil por ser producto de la astucia, maquinación o artificio, incidente en el motivo esencial determinante de la decisión de otorgar el contrato, abarcando no sólo la insidia o maquinación directa, sino también la reticencia del que calla o no advierte debidamente a la otra parte (Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1981,15 de julio de 1987,y 27 de septiembre de 1990), es doctrina reiterada (Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de julio de 1998 y 29 de diciembre de 1999;RJA 6199/1998 y 9380/1999), la que viene exigiendo, en el caso de dolo, la inducción del error por maquinaciones graves que formen un mecanismo engañoso captatorio de la voluntad del contratante, por suponer el dolo la conjunción de dos elementos, el subjetivo, o ánimo de perjudicar, y el objetivo, consistente en el acto o medio externo, debiendo en todo caso quedar probada inequívocamente dicha actividad dolosa, sin que basten meras conjeturas o indicios (Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1991;RJA 3664/1991),pues el dolo no se presume (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 1998;RJA 6199/1998).

En cuanto al error, es doctrina reiterada(Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1978 y 14 de febrero y 29 de marzo de 1994) que para que el error en el consentimiento tenga relevancia jurídica, conforme a lo dispuesto en los artículo 1265 y 1266 del Código Civil, ha de reunir los dos fundamentales requisitos de ser esencial y excusable, es

decir que es indispensable que recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieren dado lugar a su celebración, y que, aparte de no ser imputable al que lo padece, el referido error no haya podido ser evitado mediante el empleo por el que lo padeció, de una diligencia media o regular, teniendo en cuenta la condición de las personas, no sólo del que lo invoca, sino de la otra parte contratante, cuando el error pueda ser debido a la confianza provocada por las afirmaciones o por la conducta de ésta (Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1953,²⁷ de octubre de 1964,y 4 de enero de 1982), siendo mayor la diligencia exigida cuando se trata de un profesional o un experto, y menor cuando se trata de una persona inexperta que entra en negociaciones con un experto (Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1974,⁴ de enero de 1982,y 18 de febrero de 1994).

En este caso, no ha sido claramente probado que se produjera por el banco una ocultación maliciosa de información sobre las características de las obligaciones subordinadas de Caixa d'Estalvis Laietana, lo cual integraría un supuesto de dolo malicioso según la reciente Sentencia del Tribunal Supremo nº 683/2012, de 21 de noviembre de 2012 (Casación nº 1729/2010).

Ahora bien, resulta de las alegaciones parcialmente conformes de las partes, la prueba documental, y la ausencia de prueba en contrario:

1º.- que los demandantes Sra. y Sr., son jubilados; el Sr.Villaroya tiene estudios medios (bachillerato, formación profesional), y de la Sra. no constan sus estudios; no tienen acreditados conocimientos sobre el mercado financiero; no consta claramente que se dediquen, o se hayan dedicado en algún momento, a operaciones financieras, siendo insuficiente a estos efectos probatorios el documento aportado por la demandada mediante fotocopia, en parte ilegible (doc 2 de la contestación), que no ha sido adverado, en cuanto a su pretendido contenido por ninguna otra prueba; y tampoco consta que los actores dispongan de asesores especialistas en instrumentos y mercados financieros.

2º.- que el banco, previamente a la celebración del contrato, realizó el test de conveniencia con el Sr., con fecha 16 de agosto de 2010 (doc A5 de la demanda), en el que se le indicó la conveniencia de este grupo de productos.

Por el contrario, no realizó a la Sra. el test de conveniencia,

exigido por los artículos 78 y ss de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en la redacción de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, de trasposición de la Directiva 2004/39/CE.

En este sentido, el artículo 79 bis.7 de la Ley 24/1988, en la redacción de la Ley 47/2007, cuyo objeto fue la incorporación al ordenamiento jurídico español 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, dispone que, cuando se presten servicios distintos del servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, la empresa de servicios de inversión deberá solicitar al cliente, incluido 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, de modo que la entidad entregará una copia al cliente del documento que recoja la evaluación realizada, y 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 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. Además, en caso de que el servicio de inversión se preste en relación con un instrumento complejo, se exige que el documento contractual incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita, en los términos que determine la Comisión Nacional del Mercado de Valores, 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 evaluarlo en los términos de este artículo.

3º.- que la documentación de los contratos se limita a la orden de compra de las obligaciones subordinadas (docs A1 a A4), redactadas en poco más de media cara de un folio, en las que:

a) se indica un tipo de interés del 3'698300%, del 3'795600%, o del 3'698000%, aunque más abajo, en letra pequeña, se dice que puede variar en función del folleto informativo de la emisión, que no consta que le fuera entregado a los actores, por cuanto la parte actora manifiesta que no le fue entregado, y la parte demandada no ha probado que se lo entregara a los demandantes, lo cual, como hecho positivo y obstativo a la pretensión de nulidad, de mayor facilidad probatoria para la demandada,

le correspondía probarlo a la demandada, de acuerdo con la norma general del distribución de la carga de la prueba del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no habiendo propuesto la demandada en la segunda instancia la prueba de interrogatorio de los actores, y la prueba testifical de sus empleados, que le fue indebidamente denegada en la primera instancia.

A lo anterior se añade que, según la prueba documental aportada por la demandante, no desvirtuada por prueba documental en contrario que hubiera podido aportar la demandada, en el folleto informativo de la primera emisión de obligaciones subordinadas (doc C1 de la demanda), se hace constar en la portada, en grandes caracteres, un interés del 10'5% anual, aunque en caracteres más pequeños se dice que es el interés anual inicial, y en el interior que, a partir de la segunda anualidad, se aplicaría el mismo interés que en las imposiciones a plazo fijo de un año; en el de la segunda emisión (doc C2 de la demanda), que el primer año sería del 7'75 %, y después se revisaría, tomándose como índice sustitutivo el tipo medio de préstamos hipotecarios a cuatro años, aplicando un diferencial negativo de cuatro puntos; o en el de la quinta emisión (doc C3 de la demanda) que, a partir de la segunda anualidad, se aplicaría el Euribor a tres meses.

b) no se indican claramente las condiciones de la cancelación del producto y la posibilidad de recuperación del capital invertido, limitándose a indicar el vencimiento a 15/3/2035, o a perpetuidad, y

c) tampoco se explican claramente las características del producto, no haciéndose ninguna advertencia sobre la posibilidad de pérdida del capital invertido.

4º.- que, posteriormente, tampoco consta ningún acto propio de la parte demandante que pueda interpretarse como una aceptación o confirmación de la compra de las obligaciones subordinadas, por cuanto, no habiendo constancia de la periodicidad y la cuantía de los intereses percibidos por los actores durante la vigencia de la relación contractual, por no haberse aportado ninguna prueba en relación con este extremo, en relación con el único acto posterior del que existe constancia, que fue el canje de las obligaciones por acciones, según lo expuesto, el mismo día de la compra de las acciones de Bankia, S.A. los actores remitieron el burofax, de 23 de marzo de 2012 (doc A13 de la demanda), manifestando que el cambio de obligaciones subordinadas por acciones en ningún caso suponía la renuncia a las acciones legales oportunas que pudieran

corresponder a los actores por la compra de las obligaciones subordinadas con una deficiente información del producto.

Atendidos, por lo tanto, en el presente caso, los actos anteriores, coetáneos, y posteriores a la compra de las obligaciones subordinadas, es posible alcanzar la conclusión probatoria de que los demandantes, en el momento de la suscripción del contrato, se encontraban en la creencia errónea de que se les había ofrecido, y que estaban suscribiendo, un producto de renta fija de larga duración y elevada rentabilidad, cuando lo que estaban suscribiendo era un producto de escasa rentabilidad, a partir de la segunda anualidad; de alto riesgo, en el que no está garantizada la recuperación del capital invertido; y de baja liquidez.

En consecuencia, procede la confirmación del pronunciamiento de la sentencia de primera instancia, estimatorio de la pretensión de nulidad del conjunto negocial de la compra de las obligaciones subsidiarias, y su canje posterior por las acciones, por error en el consentimiento de los demandantes, procediendo, en definitiva, la desestimación del motivo de la apelación de la parte demandada.

QUINTO.- Apela, por último, la demandada el pronunciamiento de la sentencia de primera instancia que le condena al pago de los intereses legales desde la fecha de la compra de los títulos, alegando el enriquecimiento injusto de los demandantes por estar el interés legal por encima del interés de las operaciones de depósito en cuenta fija.

Centrado así el último motivo de la apelación, es lo cierto que, declarada la nulidad del contrato, lo procedente, conforme a lo dispuesto en los artículos 1303 y concordantes del Código Civil, es que las partes se restituyan recíprocamente las cosas que hubieran sido materia del contrato, y entre ellas el precio con sus intereses, siendo la devolución recíproca de lo que fue objeto del contrato consecuencia "ex lege", conforme al artículo 1303 del Código Civil, del pronunciamiento estimatorio de la pretensión de nulidad, no habiendo constancia, en el presente caso, de pacto válido sobre intereses, por un tipo distinto del legal, para el supuesto de ineffectuación del contrato, por lo que es aplicable el tipo del interés legal, de conformidad con la norma general del artículo 1108 del Código Civil.

En consecuencia, procede la desestimación del motivo, y por consiguiente del recurso de apelación de la parte demandada.

SEXTO.- De acuerdo con el artículo 398.1, en relación con el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo la resolución desestimatoria del recurso de apelación, procede imponer las costas del recurso a la parte apelante.

SÉPTIMO.- De acuerdo con la Disposición Adicional Quince.⁹ de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, añadida por el artículo 1.19 de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, siendo la resolución desestimatoria del recurso de apelación, procede la pérdida del depósito para recurrir.

F A L L A M O S

Que, DESESTIMANDO el recurso de apelación formulado por la demandada Bankia, S.A., se CONFIRMA la Sentencia de 19 de junio de 2013 dictada en los autos nº _____ del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Mataró, con imposición de las costas del recurso de apelación a la parte apelante, y con pérdida del depósito para recurrir.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación, por interés casacional, y recurso extraordinario por infracción procesal, en el plazo de veinte días desde su notificación.

Y firme que sea esta resolución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Barcelona,

Leída y publicada ha sido la anterior sentencia en el día de la fecha, por
el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente, celebrando audiencia pública.
DOY FE.