

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE BARCELONA

SECCIÓN DECIMONOVENA

ROLLO N°

Procedimiento ordinario N°

Juzgado Primera Instancia 8 Barcelona

S E N T E N C I A N° 50/16

Ilmos. Srs. Magistrados

D. MIGUEL JULIAN COLLADO NUÑO

D. JOSE MANUEL REGADERA SAENZ

D. CARLES VILA I CRUELLS

En la ciudad de Barcelona, a diez de febrero de dos mil dieciséis.

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Decimonovena de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Procedimiento ordinario, seguidos por el Juzgado Primera Instancia 8 Barcelona, a instancia de D. _____ contra BANKIA S.A.; los cuales penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada BANKIA S.A. contra la sentencia dictada en los mismos el día 17 de septiembre de 2014, por la Sra. Magistrada del expresado Juzgado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la resolución apelada es del tenor literal siguiente: "Que estimando la demanda interpuesta por DON _____ contra BANKIA, S.A., declaro la nulidad de la orden de suscripción de participaciones preferentes de fecha 22 de mayo de 2009 y condeno a la demandada a restituir al actor la cantidad de CIENTO CINCUENTA Y MIL EUROS, más el interés legal del dinero desde la fecha del cargo hasta la de esta sentencia y el interés legal incrementado en dos puntos desde la fecha de esta resolución hasta la del pago, con la consiguiente devolución de las acciones y de los intereses/cupones percibidos por el demandante, con más los intereses legales desde las fechas de las percepciones hasta la de esta sentencia y los intereses legales incrementados en dos puntos desde la fecha de esta resolución hasta la del pago.
Se imponen a la demandada las costas del procedimiento."

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte demandada BANKIA S.A. mediante su escrito motivado, dándose traslado a la contraria y elevándose las actuaciones a esta Audiencia Provincial.

TERCERO.- Se señaló para la deliberación, votación y fallo el día 3 de febrero de 2016.

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

VISTO, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Miguel Julián Collado Nuño.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de 17 de septiembre de 2014, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Barcelona, en los autos de juicio ordinario nº _____ estimaba la demanda interpuesta por _____ contra BANKIA SA declarando la nulidad de la orden de suscripción de participaciones preferentes

de 22 de mayo de 2009, con la obligación de BANKIA SA de restituir al actor la suma de 150.000 EUR, de un lado, con los intereses legales correspondientes desde la fecha de la orden de compra, y de otro lado acordando la devolución de las acciones y de los intereses percibidos, con el interés legal desde su percepción, todo ello con imposición de las costas de la instancia a la demandada.

Frente a la indicada resolución se interpone recurso de apelación por la representación procesal de BANKIA SA que funda en la errónea valoración probatoria y jurídica efectuada por la sentencia de instancia sobre la caducidad de la acción ejercitada, sobre el cumplimiento del deber de información, sobre la ausencia de asesoramiento, sobre la inexcusabilidad del error, de incumplimiento contractual y sobre la imposición de las costas que se efectúa. Evacuado el oportuno traslado, la representación procesal de _____ interesó la plena confirmación de aquella.

SEGUNDO. - Comprobados los términos de la controversia en esta alzada, la sentencia de instancia examina las ordenes de compra de participaciones preferentes cursadas el 22 de mayo de 2009 por importe de 150.000 EUR; el test de conveniencia de 22 de mayo de 2009 y la declaración efectuada en la misma fecha por el demandante sobre conocimiento de los riesgos del producto, las comunicaciones sobre liquidaciones de rendimientos e información fiscal y el canje efectuado en acciones de BANKIA SA el 22 de mayo de 2013.

Examinando las concretas especificidades de la operación de compraventa de participaciones preferentes que nos ocupa, debemos señalar como pretensión sobre la declaración de nulidad del contrato de adquisición de participaciones preferentes no impide la del contrato de adquisición en virtud del canje operado en virtud de la doctrina de la propagación de la ineficacia contractual y ello por cuanto de no haberse celebrado aquellos contratos quedaría privado de sentido la operación económico financiera en su totalidad, que deberá considerarse integrada también por los contratos posteriores a tenor de lo establecido

en sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2010. Debemos considerar así que el canje por acciones de BANKIA SA y la posterior venta de los productos de inversión adquiridos no puede concebirse como un contrato autónomo, fruto de la libre voluntad de los actores sino como una consecuencia destinada a mitigar los efectos desfavorables del contrato inicial. Así el canje de acciones no puede tener el efecto confirmatorio a que se refiere el artículo 1309 del Código civil porque no concurren los requisitos que señala el artículo 1311 del mismo texto, de este modo hemos de entender el examen de las acciones ejercitadas como oportuno, lo que pasaremos seguidamente a analizar.

En referencia a a la caducidad alegada por la recurrente por el transcurso del plazo de 4 años desde la consumación del contrato previsto en el artículo 1301 CC, hemos de señalar como la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015 examina la cuestión relativa al cómputo del plazo para ejercitar la acción de anulación de contratos financieros o de inversión complejos por error en el consentimiento con el siguiente tenor: "La diferencia de complejidad entre las relaciones contractuales en las que a finales del siglo XIX podía producirse con más facilidad el error en el consentimiento, y los contratos bancarios, financieros y de inversión actuales, es considerable. Por ello, en casos como el que es objeto del recurso no puede interpretarse la "consumación del contrato" como si de un negocio jurídico simple se tratara. En la fecha en que el art. 1301 del Código Civil fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la "actio nata", conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los

contratos (art. 4:113).

En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento.

Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error". Considerada la claridad del pronunciamiento expresado hemos de entender que el demandante tuvo conocimiento de las circunstancias que determinaron su error en el momento en que la entidad demandada ofreció el canje de los productos en cuestión por acciones.

TERCERO.- Del examen de la demanda que formula
contra BANKIA SA resulta como
suscribió las ordenes de compra de participaciones preferentes cursadas el 22 de mayo de 2009 por importe de 150.000 EUR; se efectuó el test de conveniencia de 22 de mayo de 2009 y consta la declaración efectuada en la misma fecha por el demandante sobre conocimiento de los riesgos del producto, las comunicaciones sobre liquidaciones de rendimientos e información fiscal y el canje efectuado en acciones de BANKIA SA el 22 de mayo de 2013. Comprobada la documentación aportada, no se cuestiona el carácter del demandante, minorista, ni la ausencia de estudios o conocimientos financieros. Sobre esta base habremos de analizar la información precontractual y contractual y si esta

resultaba clara, completa y comprensible de las características de las participaciones preferentes de aquella orden de suscripción. Considera BANKIA SA que procedió adecuadamente tanto en la evaluación de la conveniencia del producto financiero para el inversor como en la información específica facilitada.

CUARTO.- Hemos de señalar, como ya hemos hecho en otras ocasiones, que la procedencia de la declaración de nulidad de un contrato por error invalidante del consentimiento es preciso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.266 del Código Civil, que dicho error 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." Además, la jurisprudencia ha venido exigiendo que el error sea excusable, esto es, que no sea imputable a quien lo padece. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo, entre otras muchas, en sus Sentencias de 21 de noviembre de 2012, de 12 de noviembre de 2010 y de 17 de febrero de 2005.

De esta manera los requisitos que han de concurrir para la declaración de nulidad de un contrato por error en el consentimiento serán: 1) que exista error en el consentimiento; 2) que éste sea esencial; y 3) que el error sea excusable. El Tribunal Supremo en Sentencia de 21 de noviembre de 2012, ha señalado como hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta, sentencias de 21 de mayo de 1997 y de 12 de noviembre de 2010; esto es, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea. Este error sería esencial si recayera en el riesgo asumido con los productos adquiridos y sobre las características de los mismos.

Sobre la condición del demandante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 78 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, esta sería la de cliente minorista, lo que no es negado por la demandada. Conforme al indicado precepto ello impide la presunción de que contara con la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias

decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos. Si a ello unimos la naturaleza compleja del producto contratado, la LMV exigiría a la demandada un deber de rigurosa información en relación con, entre otros extremos, la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros que se ofrecen, fundamentalmente en los casos de productos financieros complejos, para que los clientes puedan tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa. Esta información ha de ser imparcial, clara, no engañosa y ha de estar adaptada al nivel de formación y experiencia del cliente. Además, de acuerdo con el artículo 79, párrafo primero, LMV, 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. Esta obligación de información a cargo de la entidad financiera es exigible tanto en supuestos en los que se incluye el asesoramiento como en los solo incorpore el mandato de compra y la administración y depósito de los valores. Hemos de destacar que, en el momento de la formalización de la operación, toda persona o entidad que actuara en un mercado de valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, debería dar absoluta prioridad al interés de su cliente. También recordar, como afirma la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L., que "la cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente" (apartado 53). Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el art. 52 Directiva 2006/73, que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.4 Directiva 2004/39/CE.

QUINTO.- Examinado el contenido de los autos la demandada sustenta el cumplimiento del deber de información en la documentación expresada en el test que aporta, orden de suscripción, tríptico de la emisión, la libreta de la cuenta donde se efectuaban las anotaciones, información fiscal anual y la

especifica información verbal que habrían transmitido sus empleados. En relación con el supuesto que nos ocupa, hemos de destacar la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, en sentencia de 12 de enero de 2015, con mención de la de 18 de abril de 2013, cuando, en relación con las menciones preconfiguradas e incluidas en la documentación contractual o precontractual, ejemplificadas en supuestos tales como: " ... he sido informado de las características de la Unidad de Cuenta..."; "... declaro tener los conocimientos necesarios para comprender las características del producto, entiendo que el contrato de seguro no otorga ninguna garantía sobre el valor y la rentabilidad del activo, y acepto expresamente el riesgo de la inversión realizada en el mismo..."; concluye que se refieren a menciones predispuestas por la entidad bancaria, que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento que se revelan como fórmulas predispuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos.

Considera así el Tribunal Supremo que la normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si para cumplir con estas exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predispuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarara haber sido informado adecuadamente. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2014, dictada en el asunto C-449/13, en relación a la Directiva de Crédito al Consumo, pero con argumentos cuya razón jurídica los hace aplicable a estos supuestos, rechaza que una cláusula tipo de esa clase pueda significar el reconocimiento por el consumidor del pleno y debido cumplimiento de las obligaciones precontractuales a cargo del prestamista. Sobre esta base hemos de entender insuficiente la información facilitada en los términos que venimos contemplando, así la documentación suscrita por la actora no determina que fuera asimilada y contenida en el acto de la firma.

Sobre esta base hemos de señalar como, por sí mismo, el incumplimiento de los deberes de información no conlleva

necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de 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. El error que, conforme a lo expuesto, debe recaer sobre el objeto del contrato, en este caso afecta a los concretos riesgos asociados con la contratación de las participaciones preferentes adquiridas. El hecho de que el apartado 3 del art. 79 bis LMV imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como el contratado por las partes, el deber de suministrar al cliente minorista una información comprensible y adecuada de tales instrumentos o productos financieros, que necesariamente ha de incluir "orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos", muestra que esta información es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento. Dicho de otro modo, el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, y este error sería esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero. En este sentido debemos concluir que BANKIA SA no ha justificado que proporcionara la necesaria información sobre las consecuencias y riesgos de la operación efectuada, sin que tampoco se pueda atribuir este conocimiento al inversor, todo lo cual nos ha de llevar a la conclusión de atribuir un error vicio invalidante del consentimiento en los términos que hemos expresado a las concretas adquisiciones ordenadas; error que debe considerarse esencial y excusable ante el conocimiento incompleto de las circunstancias esenciales del producto adquirido y del del riesgo asumido en los términos que resultan de la sentencia del Tribunal Supremo, Pleno, de 24 de enero de 2014, cuando señala: "... Al mismo tiempo, la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma

comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente...". No mejor suerte correrá la alegación efectuada por la demandada sobre la doctrina de los actos propios por el hecho de haber recibido el demandante, de forma periódica y constante, extractos de sus cuentas, libreta, cuenta corriente y cuenta de valores, justificantes del abono de cupones de las participaciones preferentes y obligaciones subordinadas, e información fiscal relativa a las mismas. Así, el Tribunal Supremo, en sentencia de 22 de octubre de 2002 considera que doctrina de los actos propios tiene su fundamento en la buena fe y en la protección de la confianza que la conducta produce, por lo que tales actos han de ser vinculantes, causantes de estado y definidores de una situación jurídica de su autor, encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho y no han de ser ambiguos, sino revestidos de solemnidad; sin que hallemos tales caracteres en la conducta del ahora demandante.

SEXTO.- Consecuencia obligada de lo anterior será la estimación de la demanda formulada en relación con la declaración de la nulidad de los contratos de compraventa de participaciones preferentes y deuda subordinada suscritas por el actor a que se refiere la demanda. Como ya hemos señalado antes negando efecto confirmatorio al canje posterior efectuado, la nulidad declarada se extenderá al contrato de adquisición fruto del canje en virtud de la doctrina de la propagación de la ineficacia contractual dada la constatación de la unidad de la operación económico financiera completa, que igualmente se integra por los contratos posteriores, referidos al canje de acciones que, ya hemos dicho, en ningún momento puede ser entendido sino como un acto condicionado por el previo que estamos examinando; así sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2010.

Apreciada la nulidad del contrato, todas sus consecuencias quedan sin efecto y la devolución recíproca de lo que fue objeto del contrato resulta consecuencia obligada, conforme al artículo 1303 del Código Civil, sin ser requerida, siquiera, petición de

parte, sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2006. Sobre todas las cantidades habrán de aplicarse los intereses legales correspondientes, en cuanto, como señala el Tribunal Supremo, en su sentencia de 23 de noviembre de 2011, los intereses moratorios cumplen la función de resarcir al acreedor del daño que se considera le causó el deudor de suma de dinero, por haber incurrido en mora en el cumplimiento de la obligación y que, de conformidad con lo prevenido en el artículo 1108 del Código Civil, si la obligación tuviera por objeto la entrega de una cantidad de dinero, la indemnización de los daños y perjuicios consistirá en el abono de los intereses convenidos o, en su caso, de los legales.

SEPTIMO.- Finalmente y en relación con el pronunciamiento en costas que se efectúa en al instancia, no hallamos justificación a la inaplicación del principio del vencimiento objetivo, el cual igualmente corresponderá en esta alzada a tenor de lo establecido en los arts. 394 y 398 LEC.

VISTOS los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación, EN NOMBRE DE S.M. EL REY.

FALLAMOS

Que DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de BANKIA SA contra la Sentencia de 17 de septiembre de 2014, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Barcelona, en los autos de juicio ordinario nº . de los que el presente Rollo dimana, DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la indicada resolución con imposición a la recurrente de las costas de la alzada.

Contra esta sentencia se podrá interponer recurso de casación si se cumplen los requisitos legalmente establecidos

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 cual se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En este día, y una vez firmada por todos los Magistrados que la han dictado, se da a la anterior sentencia la publicidad ordenada por la Constitución y las Leyes. DOY FE.