



procuradores
nellc

Muntaner, 231 4º 1ª A
08021 BARCELONA | Tel.: 93 414 44 18
emma@emmanelloprocuradora.es
www.emmanelloprocuradora.es

**AUDIENCIA PROVINCIAL
DE
BARCELONA**

SECCIÓN UNDÉCIMA

ROLLO Nº 560/2013

PROCEDIMIENTO ORDINARIO Nº 149/2013
JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 3 MATARÓ (ANT.CI-4)

SENTENCIA Nº 250/2015

Ilmos. Sres.

Francisco Herrando Millan (Presidente)

Maria del Mar Alonso Martinez (Ponente)

Aurora Figueras Izquierdo

En Barcelona, a 7 de octubre de 2015.

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Undécima de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Procedimiento ordinario, número 149/2013 seguidos por el Juzgado Primera Instancia 3 Mataró (ant.CI-4), a instancia de _____ contra BANKIA SOCIEDAD ANONIMA , 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 9 de mayo de 2013, por el Sr/a. 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 _____, contra BANKIA SOCIEDAD ANONIMA, debo declarar la nulidad de los contratos suscritos con Caixa Laietana de compra de obligaciones subordinadas de la 4ª y 5ª 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 105.000 euros y los frutos que el capital ha generado, que se materializa en el interés legal devengado desde la compra de los títulos; la parte actora deberá reintegrar a la parte demandada la totalidad de los importes abonados como intereses durante el periodo de vigencia de las obligaciones, con el interés legal desde el instante en que se formalizaron. En 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 se interpuso recurso de apelación por BANKIA SOCIEDAD ANONIMA y dado el oportuno traslado a las demás partes se elevaron las actuaciones a esta Audiencia Provincial.

TERCERO.- Se señaló para votación y fallo el día 23 de septiembre de 2015.

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

VISTO, siendo Ponente la Ilma. Magistrada Dña. Maria del Mar Alonso Martinez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre en apelación contra la Sentencia de instancia la parte demandada, solicitando la desestimación de la demanda, con expresa imposición de las costas de ambas instancias a la demandante.

La parte actora se opuso al recurso, peticionando su desestimación y la

condena a la adversa de las costas de la segunda instancia.

SEGUNDO.- Se opone en primer término la apelante a la desestimación de la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, bajo la consideración, en resumen, de que Banco Financiero y de Ahorros S.A. sucedió a Caixa Laietana como emisor de las obligaciones subordinadas, no habiéndose demandado a quienes tendrían que restituir las prestaciones recíprocas en caso de condena, valorando que la relación jurídico procesal no está debidamente constituida.

El Auto dictado en la instancia, de 08/05/2013 no dio lugar a la sucesión ni intervención voluntaria en el proceso de Banco Financiero y de Ahorros S.A. bajo la consideración final de que no intervino en el proceso de contratación, ni presentaba obligación legal alguna respecto de los actores.

En efecto, según resulta de lo actuado esta sociedad no intervino en la contratación de los apelados ni presenta por ello implicación directa en la misma, ni consta tampoco que a estos se les comunicara su existencia y posible intervención lo que determina la ausencia del pretendido litisconsorcio. No cabrá estimar una legitimación en el pleito sobre negocio en el que no consta que hubieran participado y cuando además al menos una de las partes no tenía porque conocer una posible intervención.

En consecuencia no cabe apreciar la excepción esgrimida y entender que nos hallamos ante un supuesto que incidiría en el contenido del art. 13 de la L.E.C. , con independencia de las acciones o reclamaciones que en su caso la apelante pudiera ostentar frente a terceras sociedades.

TERCERO.-El siguiente de los motivos de apelación se ciñe a la concurrencia de la caducidad de la acción de nulidad, alegando el contenido del art. 1.301 del C.c.y que han transcurrido más de cuatro años desde que se perfeccionó y consumó el contrato adquisitivo.

Tampoco puede acogerse esta pretensión, compartiendo esta Sala el criterio de la resolución de instancia. Es doctrina constante del T.S, entre otras en Sentencias de 24 de junio de 1897 , 20 de febrero de 1928 y de 27 de

marzo de 1989 que cuando el art. 1301 del Código Civil señala que en los casos de error o dolo la acción de nulidad del contrato empezará a correr "desde la consumación del contrato". el momento de la " consumación " no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes. No deberá estarse, por tanto, a la fecha del contrato sino a la de su consumación y no puede sostenerse que los contratos de autos se hubieran consumado al no haberse cumplido todas las obligaciones contraídas.

CUARTO.- Seguidamente opone la apelante la inexistencia del error o vicio del consentimiento y el incumplimiento de la carga de la prueba por la actora, añadiendo que la instante no ha propuesto ni practicado medio de prueba alguno que acredite el error o vicio del consentimiento, ni que producto hubiera querido adquirir, no pudiéndose entender que exista un error inexcusable. También alude al principio de conservación de los negocios y actos jurídicos y a la aplicación restrictiva de la nulidad.

Sigue exponiendo que no existe incumplimiento de la normativa en materia de información al inversor minorista, añadiendo, resumidamente, que Bankia actuó como mera intermediaria, que la ficha del producto o tríptico tenía resumen con información detallada de los riesgos de la operación, al igual que las órdenes de compra, entendiendo además que existe una falta de trascendencia anulatoria de la infracción de normas administrativas, de modo que la ausencia de algún documento de los exigidos por la normativa del Mercado de Valores no comportaría la nulidad del contrato, sino en su caso una mera sanción administrativa.

Se remite también a que no se ha cuestionado la veracidad de las órdenes de compra de las obligaciones subordinadas y a la doctrina de los actos propios, habiendo recibido extractos de sus cuentas y justificantes del abono de los cupones de las subordinadas, lo que contradice la concurrencia de un error.

Consta en autos la Orden de Compra de Obligaciones Subordinada de la 4ª y de la 5ª emisión, en noviembre de 2005, así como el posterior canje por acciones/obligaciones convertibles de acciones de Bankia en el 2012. Figura también el Test de conveniencia firmado por la apelada en ese mismo año.

En las órdenes de compra referidas se efectúa una breve y compleja explicación sobre la compra, lo que también sucede para la oferta de recompra y suscripción, de forma más amplia pero no más clara para personas con escasa o nula experiencia inversora, lo que ocurre en el supuesto al no constar lo contrario, sino antes bien que como expone la actora contaba con una floristería que vendió, ofreciéndosele en la oficina de crédito un producto a interés fijo y con posibilidad de rescate anticipado recuperando el principal, de forma que es claro que nos hallamos ante un consumidor bancario.

El producto de autos se regula en la ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros.

Conforme a lo dispuesto en el art. 12 del Decreto 216/2008 los recursos propios de las entidades de crédito comprenderán entre otros las financiaciones subordinadas de duración indeterminada que establezcan la posibilidad de diferimiento de intereses, y de aplicación de la deuda y los intereses pendientes de pago a la absorción de pérdidas sin necesidad de proceder a la disolución de la entidad. El art. 14 prevé, en cuanto a las financiaciones subordinadas, que durante los cinco años anteriores a su fecha de vencimiento reducirán su cómputo como recursos propios a razón de un 20 por ciento anual, hasta que su plazo remanente sea inferior a un año, momento en el que dejarán de computarse como tales. Las financiaciones subordinadas no podrán contener cláusulas de rescate, reembolso o amortización anticipada, salvo en caso de liquidación de la entidad emisora, y sin perjuicio de que el Banco de España pueda autorizar al deudor su reembolso anticipado si con ello no se ve afectada la solvencia de la entidad.

Constituye el producto de autos un producto financiero complejo que también se deduce de la Directiva 2009/111/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, que modificó las Directivas 2006/48/CE, 2006/49/CE y 2007/64/CE .

Según se señala en Sentencia de la A.P. de Asturias, sección 5ª de 15/03/2013 a la que se remite Sentencia de la A.P. de Madrid sección 20 de 8 de junio de 2015 ,”las obligaciones subordinadas , como pone de relieve autorizada doctrina, constituyen una mutación o alteración del régimen de prelación común a las obligaciones, que obedece al exclusivo propósito de fortalecer los recursos

propios de las entidades de crédito, y muy especialmente de las Cajas de Ahorros, y que en caso de quiebra o liquidación de la entidad de crédito, tales obligaciones-préstamos ocupan un rango inferior a los créditos de todos los demás acreedores, ya que no se reembolsarán hasta que se hayan pagado todas las demás deudas vigentes en ese momento. Se caracterizan por tener un periodo de vencimiento inicial de al menos 5 años, tras el cual podrán ser objeto de reembolso, así como por el hecho de que las autoridades competentes pueden autorizar el reembolso anticipado de tales fondos, siempre que la solicitud proceda del emisor y la solvencia de la entidad de crédito no se vea afectada por ello. La idea fundamental, desde el punto de vista jurídico, reside, como señala el profesor Luis Alberto , "en que la entidad de crédito prestataria y el adquirente inversor prestamista pactan, entre otras condiciones, que tales préstamos ocupen un rango inferior a los créditos de todos los demás acreedores y no se reembolsen hasta que se hayan pagado todas las demás deudas vigentes en ese momento"; y es por ello, como señala la doctrina, por lo que la computabilidad como fondos propios no reside tanto en la titularidad de los recursos captados ni en su funcionalidad, cuanto fundamentalmente en su inexigibilidad. Están reguladas en la Ley 13/85. En este producto se pacta, no ya que el crédito carece de privilegio alguno, sino que ni siquiera alcanza el estatus de crédito ordinario; se produce, como señala el profesor Luis Alberto , un desplazamiento del crédito, de forma que el principio de la par conditio creditorum sufre en este caso una excepción contraria a la de los acreedores privilegiados, pues estamos ante una excepción "en menos" inversa a la de los privilegios, que altera el régimen común de prelación, y que sitúa a las obligaciones subordinadas tras los acreedores comunes del derecho civil citados en el sexto lugar del orden establecido en el art. 913 del CCo . El precio de esa postergación lo constituye el devengo de los intereses más altos que la media del mercado de renta fija privada, de modo que a menor seguridad de tales obligaciones debido a su carácter subordinado, debe incrementarse la rentabilidad de las mismas."

En el supuesto de autos la apelante tiene la condición de cliente minorista y la ley del mercado de valores otorga a éste tipo de clientes el mayor nivel de protección, estableciendo a cargo de las entidades de inversión un deber de rigurosa información en relación con, entre otros extremos, la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros que se ofrecen. El art. 79 bis de la Ley de Mercado de Valores, vigente al tiempo de celebración de los contratos de autos, dispone la obligación de las entidades que presten servicios de inversión

de mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes, estableciendo que aquella deberá ser imparcial, clara y no engañosa y que las comunicaciones publicitarias deberán ser identificables con claridad como tales. Además contempla 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 de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa. A tales efectos determina que 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. En cuanto a la información establece que podrá facilitarse en un formato normalizado y que la 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. También prevé que en las entidades que presten servicios distintos al 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.

Sentado lo expuesto debe significarse que el consentimiento es un requisito esencial de los contratos, según dispone el art. 1.261 del C.c. y solo será nulo un contrato sí el consentimiento es prestado por error, violencia, intimidación o dolo, de conformidad con el art. 1.265, determinando el art. 1.266 del mismo cuerpo legal que para que el error invalide el consentimiento deberá recaer 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 .

QUINTO.- Partiendo de lo expuesto y del resultado aportado por las pruebas practicadas no cabe acoger la apelación de la demandada, entendiendo que los contratos de autos son nulos, de conformidad con lo expuesto por la

resolución apelada, por haber existido error en el consentimiento que prestó la parte actora a la hora de suscribir los mismos, dada la escasa información recibida y la poca claridad de la misma, habiéndose además facilitado a la firma de los contratos, lo que determina que no hubiera podido existir una lectura sosegada o asesorada.

Lo relevante para la conclusión expuesta es valorar si la apelante, cliente minorista, lo que le confería el máximo nivel de protección, recibió la información adecuada, de forma que hubiera conocido debidamente el contenido y alcance de la obligación que contraían, lo que suponía y a lo que les comprometía, pues únicamente existirá un contrato válidamente suscrito si el consentimiento prestado no presenta vicio alguno, si no existió error en una de la partes, llegados a este punto, debe también significarse que ha debido ser la actora, que pretende la nulidad, quien ha tenido que acreditar la concurrencia del vicio que postula, art. 217 de la L.E.C., mientras que la apelada debería haber acreditado que cumplió con su obligación de informar extremando su diligencia y ello no puede entenderse ni acreditado ni observado, pues a la vista de lo actuado tal cuestión debe resolverse entendiendo que aquella no recibió la información precisa.

No consta que le fuera a la instante facilitada información precisa, clara y transparente que le permitiera conocer la operativa y carácter de la deuda subordinada, debiéndose incidir en que la terminología que se emplea no servirá para una correcta comprensión por parte de personas legas en un producto como el de autos, no habiéndose acreditado que contara experiencia inversora alguna.

En consecuencia no habiendo probado la apelante, como le incumbía que hubiera informado debidamente a la apelada, que así hubiera sido consciente del producto contratado y hubiera emitido un consentimiento válido, debe desestimarse la apelación, sin que pueda aplicarse la doctrina de los actos propios o entenderse que la vulneración existente fuera meramente merecedora de una infracción administrativa.

QUINTO .- Desestimado el recurso de apelación las costas deben imponerse a la apelante conforme al contenido del art. 398.1 en relación con el art. 394 del mismo cuerpo legal.

F A L L A M O S

Que desestimamos el recurso de apelación interpuesto por Bankia S.A. contra la Sentencia dictada en fecha 9 de mayo de 2013 por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de los de Mataró, la cual se confirma imponiendo las costas de ésta alzada a la apelante.

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