

AUDIENCIA PROVINCIAL
BARCELONA
SECCIÓN 11ª
CIVIL

ROLLO DE APELACIÓN N°447/2014
JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA
N°6 DE HOSPITALET DE LLOBREGAT
JUICIO ORDINARIO n°350/2013

S E N T E N C I A n° 336/2016

Ilmos. Sres.

Don Josep María Bachs Estany (Presidente)

Don Antonio Gómez Canal

Don Antonio J. Martínez Cendán (Ponente)

En Barcelona, a 11 de noviembre de 2016.

La Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, formada por los Ilmos. Sres. Magistrados arriba identificados, ha visto en grado de apelación el JUICIO ORDINARIO núm. 350/2013, sobre nulidad contractual, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia 6 de Hospitalet de Llobregat, por demanda de don [REDACTED] y doña [REDACTED], representados por el Procurador don Antonio Cortada García y asistido por el Letrado don Álvaro García Graells, contra IPME 2012, S.A., representada por el Procurador doña Esther Ribote Cantos y defendida por el Letrado don Mario M. Campillo González, que pende ante nosotros por virtud del recurso interpuesto por la demandada contra la Sentencia dictada en dichas actuaciones en fecha 19 de marzo de 2014, y pronuncia la presente resolución en base a los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el juicio ordinario 350/2013, tramitado ante el

Juzgado de Primera Instancia 6 de Hospitalet de Llobregat, se dictó Sentencia el día 19 de marzo de 2013, cuya parte dispositiva establece textualmente lo siguiente:

"Que estimando sustancialmente la demanda formulada por el procurador D. Antonio Cortada García, en nombre y rep de [REDACTED] contra IPME 2012 SA (antes BANKPIME S.A.); debo declarar y declaro la nulidad del contrato celebrado entre las partes a través de la orden de compra de fecha 4 de febrero de 2008, debiendo en consecuencia las partes restituirse las cantidades percibidas recíprocamente en virtud del mismo, a cuyo efecto la entidad bancaria habrá de hacer las deducciones oportunas (de las cantidades abonadas a los actores por el banco con sus intereses) respecto de la cantidad total de 54.318'20 euros (más intereses legales) que debe devolver a los actores. Todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada."

SEGUNDO.- Contra dicha resolución la entidad demandada interpuso recurso de apelación, alegando, en síntesis: 1.- La infracción del deber de información no puede determinar la nulidad de pleno derecho del contrato conforme al art.6.3 del CC; 2.- Error en la valoración de la prueba e inaplicación de la Ley 47/2007, que modificó la Ley 24/1988 del Mercado de Valores; 3.- La acción realmente ejercitada en la demanda es la de anulabilidad del contrato y no concurre error en el consentimiento; 4.- Caducidad respecto de la acción de anulabilidad; 5.- Al estimarse parcialmente la demanda no procede la condena en costas.

Por ello, la representación de IPME 2012, S.A. solicita que, con estimación del recurso, se desestime en su integridad la demanda inicial de las actuaciones.

Los actores se oponen al recurso interpuesto de contrario y solicitan la confirmación de la sentencia recurrida.

A continuación las partes fueron emplazadas ante la Superioridad, compareciendo en tiempo y forma.

TERCERO.- Recibidos los autos en esta Sección, sin necesidad de celebración de vista, el 26 de octubre de 2016 tuvo lugar la sesión de deliberación, votación y fallo.

CUARTO.- En la tramitación de la segunda instancia jurisdiccional se han observado todas las prevenciones legales en vigor, a excepción del plazo global de duración debido al cúmulo de asuntos que penden ante esta Sección.

Expresa la decisión del Tribunal el Magistrado don Antonio J. Martínez Cendán, que actúa como ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada que estima la acción de nulidad por error en el consentimiento prestado y, para evitar reiteraciones innecesarias, con carácter general, nos remitimos y ratificamos los argumentos expuestos en sus fundamentos, si bien conviene recordar:

1º- Aún cuando la demanda inicial y la resolución recurrida aluden al ejercicio de una acción de nulidad absoluta o "nulidad radical" por infracción de normas imperativas es evidente que se trata de un grueso error provocado, seguramente, por el abuso de textos de considerable extensión que acaban entremezclando razonamientos.

2º.- Tanto en el suplico de la demanda como en los razonamientos de la sentencia, se alude al ejercicio principal de una acción de nulidad o anulabilidad por vicio del consentimiento, a causa del error provocado por la deficiente información transmitida. La propia apelante así lo reconoce, tras denunciar la inexistencia de acción de nulidad absoluta.

SEGUNDO.- La entidad demandada apela la sentencia de primer grado reiterando los argumentos básicos de su contestación relativos a la inexistencia de infracción del deber de información sobre el producto contratado, negando en consecuencia la existencia de error en el consentimiento prestado por sus clientes cuando adquirieron el 2 de febrero de 2008 el producto denominado "KAUPTHING BANK 6,75%" que, según la Comisión Nacional de Mercados de Valores, consistía en un producto similar a las participaciones preferentes de un banco islandés.

Por la fecha de contratación es de aplicación, en contra de lo sostenido por el apelante, la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, de Mercados de Valores (LMV) que entró en vigor el día 21 de diciembre de 2007.

Y la primera cuestión que plantea, aunque en el recurso sea el último alegato, es la relativa a la caducidad de la acción de anulabilidad, que debe ser descartada al ignorar que la Sentencia nº769/14 del Pleno del TS de fecha 12 de enero 2015 zanjó definitivamente esta cuestión al indicar que "*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”.

TERCERO. - La Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014 fija doctrina sobre cuatro aspectos relevantes en la contratación de productos financieros como el nos ocupa:

1º Dada la desproporción entre la entidad financiera y su cliente (salvo que se trate de un profesional), es necesario proteger al inversor minorista no experimentado, debiendo entenderse que las entidades financieras no se limitan a la distribución de los productos, sino que prestan al cliente un servicio de asesoramiento.

2º El deber de información se regula en los artículos 79 bis LMV y 64 del RD 217/08, de 13 de febrero, e implica la necesidad del denominado “test de conveniencia” para valorar los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente, a fin de valorar si es capaz de comprender los riesgos y ser capaz de tomar decisiones de inversión.

Además, cuando se hubiese prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones, la entidad debe valorar la idoneidad del producto mediante el denominado “test de idoneidad” (artículo 79 bis 6 LMV), que implica un examen completo del cliente que suma al test de conveniencia un informe sobre su situación financiera y los objetivos de la inversión, debiendo entenderse conforme a las Directivas 2004/39/CE y 2006/73/CE que tendrán la consideración de asesoramiento la recomendación de suscribir cualquier producto financiero complejo al cliente inversor que se presente como conveniente o se base en una consideración de sus circunstancias personales y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público.

3º La regulación del error vicio del consentimiento que puede conllevar la anulación del contrato se halla contenida en el Código Civil, en el art. 1.266, en relación con el art. 1.265

y los arts. 1.300 y ss. Sobre esta normativa legal, el Tribunal Supremo ha elaborado la siguiente doctrina jurisprudencial (Sentencias 683/2012, de 21 de noviembre y 626/2013, de 29 de octubre): Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta, es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.

El art. 1.266 CC dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer -además de sobre la persona, en determinados casos- sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1.261.2 CC). Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones -respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato- que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa.

Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida.

4º 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 del producto financiero. El hecho de que el apartado 3 del art. 79 bis LMV imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, 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 es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero.

Lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente minorista que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera del deber de informar previsto en el art. 79 bis.3 LMV, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información.

Esta doctrina es reiterada en las sentencias 460/2014, de 10 de septiembre, 769/2014, de 12 de enero de 2015 y 102/2016, de 25 de febrero, declarando que en este tipo de contratos la empresa que presta servicios de inversión tiene el deber de informar y de hacerlo con suficiente antelación. El art. 11 de la Directiva 1993/22/CEE, de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, establece que las empresas de inversión tienen la obligación de transmitir de forma adecuada la información procedente «en el marco de las negociaciones con sus clientes».

CUARTO.- En el presente caso son de aplicación plena las anteriores consideraciones. El servicio prestado por BANKPYME, actualmente IPME 2012, S.A., al Sr. ██████████ y a la Sra. ██████████, fue de asesoramiento financiero y el deber que pesaba sobre dicha entidad no se limitaba a cerciorarse de que sus clientes, minoristas y sin experiencia en productos similares, conocían bien en qué consistía el producto que contrataban y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más les convenía.

Llama la atención los términos en que está redactada la orden de suscripción de este producto que, desde luego, no proporciona una información relevante para comprender su objeto. No se puede saber con precisión que se está contratando.

Toda la información proporcionada al cliente lo fue en el mismo día en que se formaliza la inversión, en que se da la orden de suscripción, lo que pone de manifiesto el carácter rituario o formalista de la información. Ha quedado acreditado que ni antes ni durante la celebración del contrato se ofreció información suficiente para comprender los riesgos que asumían al suscribir el producto ofrecido por la entidad, información que se hacía precisa al carecer el matrimonio actor, que contaban con 61 años al tiempo de la contratación, de conocimientos financieros para

comprender estos contratos complejos.

La apelante sostiene que les suministró información precisa y suficiente en relación con los productos contratados. La carga de la prueba de que ello fue efectivamente así recae sobre el profesional financiero, según constante jurisprudencia (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2005). Además, de acuerdo con la Sentencia de Pleno del Tribunal Supremo 244/2013, de 18 de abril de 2013, el profesional financiero se ha de asegurar de que dicha información ha sido entendida por el cliente.

La única prueba al respecto es la propia orden de compra, que no describe los riesgos de la operación. No existe en el presente proceso constancia documental de que IPME 2012 S.A. (antes BANKPIME S.A.) suministrara al matrimonio actor información suficiente en relación con las características y riesgos de este producto y, además, omitió la elaboración del test de idoneidad.

QUINTO.- El último motivo del recurso también deberá ser desestimado. Se argumenta que en la demanda nada se dice respecto de los rendimientos obtenidos, cuantificados en la contestación en la cantidad de 3.138,75 euros, y que la sentencia no supone una estimación total de la demanda al tener en cuenta que dichos rendimientos deben descontarse de la suma invertida.

La estimación sustancial de la demanda se equipara jurisprudencialmente a la estimación "total" a los efectos de imposición de costas y así la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2008 (núm. 606/2008, rec. 339/2001) señala que *"esta Sala en anteriores ocasiones ha estimado procedente la imposición de costas en casos de estimación sustancial de la demanda. Así, entre otras, en las Sentencias de 17 de julio de 2003, 24 de enero y 26 de abril de 2005, y 6 de junio de 2006. Como se reconoce en la Sentencia de 14 de marzo de 2003, esta Sala ha mantenido a los efectos de la imposición de costas, la equiparación de la estimación sustancial a la total"* y la STS de 7 de mayo de 2008 (núm. 279/2008, rec. 213/2001) enseña que *"la jurisprudencia de esta Sala considera que la estimación sustancial de la demanda equivale al rechazo total de las pretensiones del demandado, el cual comporta su condena en costas (...). Concorre estimación sustancial de la demanda, entre otros supuestos, cuando la concreción de la suma reclamada está sujeta a reglas de ponderación o adecuación que privan de relevancia a la existencia de una diferencia no importante entre lo pedido y lo obtenido para el éxito de la pretensión, demostrando que ésta no fue desproporcionada, o cuando la discrepancia deriva de la aplicación de criterios de actualización del valor de lo reclamado con arreglo a alguna*

de las modalidades admitidas (SSTS de 14 de marzo de 2003, 17 de julio de 2003, 26 de abril de 2005, 24 de enero de 2005, 5 de junio de 2007, 15 de junio de 2007, 6 de junio de 2006, 20 de mayo de 2005)“.

En el presente caso la sentencia no estima ninguna de las pretensiones de la parte demandada y la incidencia de la cantidad recibida en concepto de rendimientos es la prevista, como señala la sentencia en los dos últimos párrafos del fundamento séptimo, en el artículo 1.303 y concordantes del CC, esto es, la devolución recíproca de todo lo que hubiera obtenido cada parte de la otra en virtud del contrato.

SEXTO.- Por todo lo que antecede, el recurso interpuesto por IPME 2012 S.A. (antes BANKPIME S.A.) ha de ser rechazado en su integridad y confirmada la Sentencia de primer grado.

La desestimación del recurso justifica que las costas causadas por el seguimiento del proceso en segunda instancia se impongan a IPME 2012 S.A. conforme a lo dispuesto en el art. 398.1 LEC, en relación al art. 394.1 de la misma norma.

Conforme al punto 9º de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, la recurrente pierde el depósito constituido, al que se dará el destino legal.

Vistos los preceptos legales invocados y demás de general y pertinente aplicación,

F A L L A M O S

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de IPME 2012 S.A. (antes BANKPIME S.A.) contra la sentencia de fecha 19 de marzo de 2014 dictada en el juicio ordinario 350/2013 tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia 6 de Hospitalet del Llobregat, de los que el presente Rollo dimana, confirmando la expresada resolución con expresa imposición de las costas procesales causadas en esta alzada a la apelante.

Se decreta la pérdida del depósito constituido por la apelante.

Notifíquese esta sentencia a las partes en legal forma, comunicándoles que contra ella no cabe interponer recurso ordinario alguno.

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, juzgando de manera definitiva en segunda instancia, lo pronunciamos y firmamos.

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