

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésima

c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 7 - 28035

Tfno.: 914933881

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2015/0155654

Recurso de Apelación 540/2018

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 83 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 956/2015

APELANTE: CAIXABANK S.A.

PROCURADOR D./Dña. De Zariquiey Javier Segura

APELADO: D./Dña. JOSE

PROCURADOR D./Dña. MARIANO DE LA CUESTA HERNANDEZ

D./Dña. CRISTINA RABADAN DIAZ

SENTENCIA

TRIBUNAL QUE LO DICTA:

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. JUAN VICENTE GUTIERREZ SÁNCHEZ

D. RAMÓN FERNANDO RODRÍGUEZ JACKSON

D. RAFAEL DE LOS REYES SAINZ DE LA MAZA

En Madrid, a veintiséis de diciembre de dos mil dieciocho.

La Sección Vigésima de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles Procedimiento Ordinario 956/2015 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 83 de Madrid a instancia de CAIXABANK S.A. apelante - demandado, representado por el Procurador D. Javier Segura De Zariquiey contra D. JOSE apelado - demandante, representado por el Procurador D. MARIANO DE LA CUESTA HERNANDEZ; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 26/02/2018.

VISTO, Siendo Magistrado Ponente **D. RAMÓN FERNANDO RODRÍGUEZ JACKSON**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Juzgado de 1ª Instancia nº 83 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 26/02/2018, cuyo fallo es el tenor siguiente: Que estimando la demanda interpuesta por la representación de D. JOSÉ contra CAIXABANK debo declarar y declaro haber lugar a: a) Declarar la nulidad de los contratos de adquisición de bonos

suscrito entre los litigantes objeto de estas actuaciones con los efectos del art. 1.303 del C.C. b) Imponer a la demandada el pago de las costas procesales ocasionadas al demandante.

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, exponiendo las alegaciones en que basa su impugnación. Admitido el recurso en ambos efectos, se dio traslado del mismo a la apelada, que presentó escrito oponiéndose al recurso formulado de contrario. Elevados los autos ante esta Sección, fueron turnados de ponencia, y quedando pendientes de resolución, se señaló fecha para la deliberación y votación, que se ha llevado a cabo por los Magistrados de esta Sección.

TERCERO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO: Frente a la sentencia dictada en la primera instancia - cuya parte dispositiva se ha transcrito en los antecedentes de hecho de esta resolución - se ha alzado la representación procesal de “CAIXABANK, S.A.”, que articula su recurso alegando:

1ª.- Caducidad de la acción estimada.

2ª.- Vulneración del artículo 217 de la ley de enjuiciamiento civil. Indebida inversión de la carga probatoria.

3ª.- De la errónea valoración probatoria.

4ª.- De la vulneración del artículo 1262, 1265 y 1266 del código civil. Inexistencia del error.

SEGUNDO: Entrando en el examen de la primera de las alegaciones del recurso, el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la caducidad de la acción de nulidad de los contratos suscritos por consumidores, entre otras, en las STS 489/2015, de 16 de septiembre, 769/2014, de 12 de enero, 670/2017, de 14 de diciembre, y la más reciente STS 109/2018 de 2 de marzo, en las que se declara que el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error vicio, no puede quedar fijado antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error. La mayoría de las sentencias que se han sido dictadas sobre

el canje de instrumentos híbridos, especialmente, participaciones preferentes y deuda subordinada, fija como momento del inicio del cómputo de la caducidad el canje de dichos productos, porque intervino primero el FROB, que de forma obligatoria y por aplicación de la legislación dictada en el momento en que se convirtieron las participaciones preferentes en acciones y posteriormente se adquirieron por el Fondo de Garantías de Depósitos, pero, por un precio inferior al valor por el que se compraron, en cuyo momento se ha entendido que el inversor conoció el perjuicio sufrido y los riesgos que conllevaba la adquisición de dichas participaciones. La reciente sentencia 257/2018 de 26 de abril, que cita la STS 652/2017, de 29 de noviembre, ha reiterado la doctrina jurisprudencial relativa a la cuestión de la caducidad de las acciones de anulación por error vicio de los contratos relacionados con los productos o servicios financieros complejos y de riesgo, declarando que en las 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 positivas o 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.

En el caso que nos ocupa la emisión de los bonos de FERGO AISA, vencía en el año 2011, concretamente el 14 de agosto de 2011. Por tanto, la fecha de consumación del contrato no puede anticiparse a una fecha anterior a la citada de vencimiento pactado en los contratos de suscripción, puesto que, si bien es cierto que en el año 2008 se producen irregularidades en el pago del cupón, el riesgo de insolvencia que se cernía sobre los clientes que habían adquirido dichos bonos se materializó a la fecha de su vencimiento, por lo que al tiempo de presentación de la demanda, 2 de julio de 2015 (folio 1 de los autos), la acción por anulabilidad por vicio del consentimiento no puede considerarse caducada, como acertadamente ha entendido la sentencia recurrida.

TERCERO: Sobre el resto de las alegaciones del recurso se ha pronunciado recientemente el Tribunal Supremo en la STS 257/2018 de 26 de abril en un supuesto análogo al que nos ocupa. Las conclusiones más relevantes que se pueden extraer de la citada resolución y que resultan aplicables al litigio que nos ocupa son, en síntesis:

1ª- Que el valor AISA 08/11 5% BO comercializado por BANKPIME, en cuya posición jurídica se ha subrogado CAIXABANK, es un producto financiero complejo y de riesgo.

2ª- El demandante adquirió las participaciones de AISA porque BANKPIME las comercializaba y se las ofertó. No consta si las participaciones adquiridas por la demandante habían sido emitidas directamente por Aisa para esa operación o si fueron transmitidas por un anterior titular.

3ª- El Tribunal Supremo, en anteriores resoluciones, ha reconocido la legitimación pasiva de la entidad bancaria que comercializa a sus clientes un producto de inversión cuando estos ejercitan contra aquella una acción de nulidad y piden la restitución de lo que invirtieron (STS 769/2014, de 12 enero, 625/2016, de 24 de octubre, y 718/2016, de 1 de diciembre, y de un modo extenso en la sentencia 477/2017, de 20 de julio). Cuando el demandante solo mantiene la relación contractual con la empresa de inversión de la que es cliente, en este caso un banco, y adquiere un producto de inversión que tal empresa comercializa, el negocio no funciona realmente como una intermediación por parte de la empresa de inversión entre el cliente comprador y el emisor del producto de inversión o el anterior titular que transmite, sino como una compraventa entre la empresa de inversión y su cliente, que tiene por objeto un producto (en este caso, unas participaciones) que la empresa de inversión se encarga de obtener directamente del emisor o de un anterior titular y, al transmitirla a su cliente, obtiene un beneficio que se asemeja más al margen del distribuidor que a la comisión del agente. Por lo general el cliente no conoce el modo en que la empresa de inversión ha obtenido el producto que tal empresa comercializa, pues ignora si la empresa de inversión lo ha adquirido directamente del emisor o lo ha adquirido en un mercado secundario de un anterior inversor que es desconocido para el cliente. El inversor paga el precio del producto a la empresa de inversión de la que es cliente. La empresa de inversión le facilita el producto financiero que comercializa (que usualmente queda custodiado y administrado por la propia empresa de inversión, de modo que la titularidad del cliente se plasma simplemente en un apunte en su cuenta de valores administrada por tal empresa de inversión) y esta obtiene un beneficio por el margen que carga sobre el precio que abonó por la adquisición del producto. En estas circunstancias, ha de reconocerse legitimación pasiva a la empresa de inversión que comercializa el producto de inversión, en este caso un banco, para soportar la acción de nulidad del contrato por el que el cliente obtuvo el producto y, en caso de condena, debe restituir al cliente la prestación consistente en el precio que este pagó por la adquisición del producto.

4ª- Esta solución es la más adecuada a la naturaleza de la acción ejercitada y a la intervención que los distintos sujetos tienen en el negocio, habida cuenta de que el elemento determinante de la existencia de error vicio es, en estos casos, el déficit de información del cliente provocado porque la empresa de inversión que actúa como comercializadora ha incumplido las obligaciones de información sobre la naturaleza y los riesgos del producto de inversión que le impone la normativa sobre el mercado de valores. De otra manera se estaría privando en la práctica al cliente minorista de la posibilidad de ejercitar la acción de anulación del contrato por vicio del consentimiento, puesto la entidad emisora o el anterior titular del que desconoce la identidad, ninguna intervención ha tenido en la causación del error vicio al

comprador, pues la obligación de información no recaía sobre él sino sobre la entidad bancaria que comercializó el producto, de la que el demandante es cliente.

CUARTO: Las obligaciones de información de las entidades financieras en la contratación de productos financieros complejos en fechas anteriores a la incorporación al derecho español de la normativa MIFID- como es el litigioso- pueden resumirse, según la doctrina jurisprudencial más reciente, en la siguiente forma:

1.- La Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores, tuvo como finalidad la incorporación al ordenamiento jurídico español de tres directivas europeas: la Directiva 2004/39/CE, la Directiva 2006/73/CE y la Directiva 2006/49/CE.

2.- No obstante, antes de la incorporación a nuestro derecho interno de la normativa MIFID, la legislación ya recogía la obligación de las entidades financieras de informar debidamente a los clientes de los riesgos asociados a este tipo de productos, como las permutas financieras. Puesto que, al ser el servicio prestado de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad no se limitaba a cerciorarse de que el cliente conocía bien en qué consistía el swap que contrataba 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 le convenía. A lo sumo, la inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la citada normativa MIFID, en particular el nuevo artículo 79 bis LMV (actualmente arts. 210 y ss. del Texto Refundido de dicha ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), acentuó tales obligaciones, pero no supuso una regulación realmente novedosa.

3.- Además, ha de tenerse presente que el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, aplicable por su fecha a los contratos de permuta financiera litigiosos, y expresamente invocado en el recurso, establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, y desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Resumidamente, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, de quienes debían solicitar información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión.

El art. 5 del anexo de este RD 629/1993 regulaba con mayor detalle la información que estas entidades que prestan servicios financieros debían ofrecer a sus clientes:

«1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos [...].

»3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos».

QUINTO: Pues bien, según resulta de documental aportada, BANKPIME de quien trae causa CAIXABANK no cumplió en este caso con la obligaciones de información detallada sobre los riesgos de los bonos que vendía a su cliente, sin que, por otro lado haya acreditado que DON JOSÉ RABADÁN LÓPEZ REY fuera un inversor experimentado de perfil arriesgado, con conocimientos y experiencia previa en productos de riesgo y, en concreto, en bonos. La prueba obrante en autos nada acredita sobre los supuestos conocimientos financieros del demandante. Las órdenes de compra de valores – únicos documentos que consta fueron entregados efectivamente por la entidad financiera su cliente- contienen unas cláusulas prerredactadas en el reverso, de cuya lectura puede afirmarse que no contienen una información comprensible y adecuada de las características del producto y los concretos riesgos que les puede comportar su contratación y no ilustran del funcionamiento del producto complejo con ejemplos que pongan en evidencia los concretos. Esto es, no contienen la información imprescindible para que un inversor no profesional pueda prestar válidamente su consentimiento.

En conclusión, la información previa que consta se ofreció al actor sobre las características y riesgos de los valores adquiridos, fue absolutamente insuficiente y resultó a la postre engañosa, en la medida que impidió su verdadera y real naturaleza, pudiendo concluirse que fue inducido, a consecuencia de una insuficiente y defectuosa información precontractual, una falsa percepción sobre las características propias del activo que contrataba, haciéndole creer que eran productos de renta fija sin riesgo, omitiendo una información esencial y determinante a la hora de decidir su contratación. Error excusable, pues es consecuencia del cumplimiento defectuoso del deber de informar que incumbía a la entidad bancaria quien había tomado la iniciativa de la contratación de un producto complejo, y ello frente a un cliente respecto a lo que no se ha acreditado que tuviera un conocimiento previo del funcionamiento, naturaleza y riesgos asociados los bonos contratados, ya que el único conocimiento que poseía se sustentaba en la información incompleta facilitada por la entidad financiera, de tal que cabe concluir que, de haber conocido con detalle y exactitud el producto que le ofrecieron, no lo habría adquirido.

SEXTO: Por lo expuesto, procede la desestimación íntegra del recurso de apelación interpuesto por “CAIXABANK, S.A.”, y la confirmación de la sentencia recurrida en cuanto estima íntegramente la demanda, con imposición a la parte recurrente de las costas causadas en esta segunda instancia (artículo 398 en relación con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

SÉPTIMO: De conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, procede acordar la pérdida del depósito constituido por la parte recurrente, al que se dará el destino legal.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente aplicación.

FALLAMOS

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de “CAIXABANK, S.A.”, contra la sentencia de fecha 26 de febrero de 2018, recaída en juicio ordinario seguido con el nº 956/2015 ante el Juzgado de Primera Instancia nº 83 de Madrid, confirmando dicha resolución en todos sus pronunciamientos, y se imponen a la parte recurrente las costas originadas por su recurso, con pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legal.

MODO DE IMPUGNACION: Se hace saber a las partes que frente a la presente resolución cabe interponer **Recurso de Casación y/o Extraordinario por Infracción Procesal**, en los supuestos previstos en los artículos 477 y 468 respectivamente de la LEC en relación con la Disposición Final 16º de la misma Ley, a interponer en el plazo de VEINTE DÍAS ante este mismo órgano jurisdiccional. Haciéndose saber a las partes que al tiempo de la interposición de los mismos, deberán acreditar haber constituido el depósito que, por importe de 50 euros, previene la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O.P.J., establecida por la Ley Orgánica 1/09, de 3 de noviembre, sin cuyo requisito el recurso de que se trate no será admitido a trámite, excepto en los supuestos de reconocimiento expreso de exención por tener reconocido el derecho de asistencia jurídica gratuita. (Caso de interponerse ambos recursos deberá efectuarse un depósito de 50 euros por cada uno de ellos).

Dicho depósito habrá de constituirse en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección abierta con el nº 2838 en la sucursal 6114 del Banco de Santander sita en la calle Ferraz nº 43 de Madrid.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe.

NOTA: De conformidad con el Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, se informa que la difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.