

SEGUNDO.- De la admisión a trámite de la demanda y la contestación.

Por resolución de 12 de diciembre de 2013 se admitió a trámite la demanda, acordando emplazar a la demandada para que contestara a la misma, lo que así hizo interesando su íntegra desestimación.

TERCERO.- De la audiencia previa.

Con fecha 2 de diciembre de 2014 se celebró la audiencia previa al juicio con el objeto previsto en los artículos 414 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y tras fracasar el intento de acuerdo o transacción entre las partes y desestimadas las cuestiones procesales planteadas por la demandada, las partes se ratificaron en sus respectivos escritos de demanda y contestación a la misma. Recibido el procedimiento a prueba, se admitió la propuesta en los términos que constan en la correspondiente acta.

CUARTO.- Del acto del juicio.

Se celebró el juicio el 14 de enero de 2016 con la práctica de las pruebas admitidas y no renunciadas por las partes en el acto, esto es, el interrogatorio de la actora y la testifical de dor , con el resultado que es de ver en la correspondiente grabación audiovisual, formulando seguidamente las partes sus conclusiones y quedando los autos vistos para Sentencia.

QUINTO.- De la observancia de las prescripciones legales.

En la tramitación del presente procedimiento se han observado las previsiones legales incluido el plazo para dictar Sentencia, siendo esto último ciertamente excepcional por impedirlo habitualmente la desproporcionada carga de trabajo existente en este órgano, especialmente en materia de ejecución y particularmente en la hipotecaria, así como la preferencia de los asuntos de Familia y del elevado número de causas penales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- De la acción ejercitada y de los hechos controvertidos.

Es objeto de litigio la petición de anulación de los contratos de adquisición de deuda subordinada concertados entre los actores y la antecesora de la demandada (Caixa d'Estalvis Laietana) en fecha 18 de abril de 2011 y 3 de junio de 2011. Se funda la petición en la concurrencia de error y/o dolo en la prestación del consentimiento, derivado de la falta de información acerca de la verdadera naturaleza jurídica del contrato. Asimismo se solicita la nulidad de la adquisición de acciones de Bankia llevada

a cabo en fecha 22 de marzo de 2012 al entenderse derivada de los contratos originarios. La demandada se opone al afirmar la inexistencia de vicio del consentimiento, tanto en la compra inicial como en el canje por acciones. Asimismo sostiene que aún admitiéndose la anulabilidad de los contratos primarios, al aceptar la oferta de recompra en marzo de 2012 se habría producido una novación extintiva y una confirmación tácita de ambos.

SEGUNDO.- Del marco jurídico aplicable.

La naturaleza jurídica de los productos contratados así como el marco jurídico aplicable a su contratación ha sido abundante y sobradamente analizado por la jurisprudencia, como consecuencia de la avalancha de demandas interpuestas por los adquirentes ante la auténtica problemática social que ha generado su comercialización. No obstante ello, y aún a riesgo de pecar de exhaustividad, se hace preciso esbozar unas líneas al respecto.

Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 5ª, de 15 de marzo de 2013 define las obligaciones subordinadas de la siguiente forma: *"...en este sentido debe señalarse con carácter previo que las obligaciones subordinadas, como pone de relieve autorizada doctrina -Tapia Hermida-, 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, caracterizándose porque 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 y no se reembolsarán hasta que se hayan pagado todas las demás deudas vigentes en ese momento, constituyendo uno de sus requisitos el que dichos fondos deben tener un vencimiento inicial de al menos 5 años, tras dicho período podrán ser objeto de reembolso, así como que las autoridades competentes podrán 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 Sánchez Calero, "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. La regulación de estas obligaciones la encontramos 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 Sánchez Calero, 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, 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 Código de Comercio. El precio de la 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. Como se infiere de la prueba practicada, y ya se anticipó en líneas precedentes, no era éste el producto que habían*

solicitado los demandantes, siendo un hecho pacífico que lo que ellos querían era una inversión a un plazo de unos dos años que devengara los mejores intereses posibles, con posibilidades de reembolso antes de su vencimiento”.

A estas alturas se puede afirmar sin ambages que es pacífica la consideración de las obligaciones subordinadas como un “*producto complejo*”, que impone una serie de exigencias en orden a su régimen de emisión, información y valoración de su conveniencia e idoneidad en relación con el cliente. Aquella complejidad requiere que, para su comprensión y correcta valoración, concurra una formación financiera claramente superior a la que posee la clientela bancaria en general, de forma que debe ser ofrecido con el soporte informativo necesario. Y las entidades financieras deben estar en condiciones de acreditar que, con anterioridad a la formalización de la operación, se ha facilitado al cliente un documento informativo sobre el producto en el que se indiquen sus características principales, considerándose en caso contrario que su actuación sería contraria a los principios de claridad y transparencia que inspiran las buenas prácticas y usos financieros.

El artículo 79 bis de la LMV, en su número tercero, (antes de la modificación introducida por la Ley 9/2012, de 14 de noviembre) establecía que las entidades deben proporcionar a sus clientes, de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros de modo que dicha información les permita comprender la naturaleza y riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero ofrecido. Obligación de información que alcanza tanto a operaciones que se produzcan en el momento de la emisión de los valores (mercado primario), como con posterioridad (mercado secundario). En desarrollo de lo previsto en la LMV, el artículo 64 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que presten servicios de inversión (en adelante RD 217/2008) establece que la información sobre los instrumentos financieros que se proporcione a los clientes debe describir su naturaleza y explicar sus características y los riesgos inherentes a los mismos.

El artículo 62 del citado RD 217/2008 puntualiza que dicha información debe proporcionarse a los clientes minoristas en un soporte duradero y, finalmente, su artículo 70 determina la información periódica (al menos anual) que debe facilitarse a los inversores. Los números 6 y 7 del artículo 79.bis de la LMV establecen diferentes requisitos respecto a la información que las entidades deben recabar de sus clientes minoristas, respecto a los avisos que deben facilitarles y respecto a las exigencias que deben cumplir en función del tipo de servicio de inversión que les presten. Para la prestación de los servicios financieros de asesoramiento en materia de inversión (emisión de recomendaciones personalizadas a un inversor) y gestión discrecional de carteras, las entidades deben analizar los conocimientos y experiencia de los clientes en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o servicio concreto de que se trate, su situación financiera y sus objetivos de inversión, de forma que les pueda recomendar los servicios de inversión e instrumentos financieros que más les convengan. Esta garantía normativa a favor de los clientes que se denomina comúnmente análisis de idoneidad y es la que mayor nivel de protección aporta a los clientes minoristas. En el caso de que el producto no resulte coherente con los objetivos de inversión y situación financiera del cliente, el intermediario no puede recomendar su contratación.

El artículo 72 del RD 217/2008 precisa que, en función del tipo de cliente y del

servicio prestado, al analizar los objetivos de inversión del cliente, las entidades deben recabar información referida al horizonte temporal de la inversión, preferencias de asunción de riesgos, perfil de riesgo y finalidad de la inversión y al analizar su situación financiera deben recabar información respecto al origen y nivel de sus ingresos periódicos, sus activos y sus compromisos financieros periódicos, además de la información referida a conocimientos y experiencia. Para la prestación del resto de servicios financieros, las entidades deben analizar únicamente los conocimientos y experiencia de los clientes en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado con la finalidad de evaluar si éstos resultan adecuados para el cliente. Esta garantía normativa a favor de los clientes se denomina comúnmente análisis de conveniencia.

El artículo 73 del RD 217/2008 precisa que, en función del tipo de cliente y del servicio prestado, al analizar los conocimientos y experiencia del cliente las entidades deben recabar información referida al tipo de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que el cliente esté familiarizado; la naturaleza, volumen y frecuencia de las transacciones del cliente y el periodo durante el que se hayan realizado y su nivel de estudios y profesión actual o pasada. En ámbitos diferentes al asesoramiento y la gestión discrecional, cuando la entidad considere que el producto o servicio no resulta adecuado para el cliente debe advertírsele antes de prestarle el servicio de inversión. Igualmente, si el cliente no facilita la información necesaria, antes de prestarle el servicio financiero la entidad debe advertirle que dicha decisión del cliente le impide determinar si el servicio o producto es adecuado. En ambos casos, la norma permite continuar con la contratación después de haber realizado las preceptivas advertencias de no conveniencia o de ausencia de evaluación al cliente.

Sobre el deber de información la Sentencia de 6 de septiembre de 2.011 de la sección 5ª de la Audiencia Provincial de Asturias, en relación con un contrato de permuta de tipos de interés y con cita de la Sentencia de 11 de febrero de 2.011 de la sección cuarta del mismo órgano, afirma:

“Esto así, y centrándonos en la cuestión relativa al deber de información que ha de pesar sobre la entidad financiera a los fines de aportar los necesarios elementos de juicio para una completa comprensión de los términos del negocio y sus posibles efectos y consecuencias, y ello para obviar un consentimiento viciado, puede citarse, asumiendo el contenido de las transcritas en la recurrida, la sentencia de esta Sala de fecha 20-4-11 antes citada, que declaró en su F.J. 2º: "El derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básica para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad tanto es lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar a los sujetos que intervienen en él (el cliente bancario), principalmente, a través tanto de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación contractual exigible. En este sentido es obligada la cita del 48.2 de la L.D.I.E.C. 26/1.988 de 29 de julio y su desarrollo pero la que real y efectivamente conviene al caso es la de Ley 24/1.988 de 28 de julio del Mercado de Valores al venir considerada por el Banco de España y la C.M.V. incurra la operación litigiosa dentro de su ámbito (mercado secundario de valores, futuros y opciones y operaciones financieras art.

Examinada la normativa del mercado de valores sorprende positivamente la

protección dispensada al cliente dada la complejidad de ese mercado y el propósito decidido de que se desarrolle con transparencia, pero sorprende, sobre todo, lo prolijo del desarrollo normativo sobre el trato debido de dispensar al cliente, con especial incidencia en la fase precontractual.

Este desarrollo ha sido tanto más exhaustivo con el discurrir del tiempo y así si el art.79 de la L.M.V., en su redacción primitiva, establecía como regla cardinal del comportamiento de las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente cuidando de los intereses del cliente como propios (letras I.A. y I.C.), el R.D. 629/1.993 concretó, aún más, desarrollando, en su anexo, un código de conducta, presidida por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que aquí interesa, adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (art. 4 del Anexo 1), como frente al cliente (art. 5) proporcionándole toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquél de la decisión de inversión "haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva" (art.5.3).

Dicho Decreto fue derogado, pero la Ley 47/2.007 de 19 de Diciembre por la que se modifica la Ley del mercado de valores continuó con el desarrollo normativo de protección del cliente introduciendo la distinción entre clientes profesionales y minoristas, a los fines de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros (art. 78 bis); reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el art. 79 bis regulando exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, incluidos los potenciales; entre otros extremos, sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece a los fines de que el cliente pueda "tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa" debiendo incluir la información las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias, no sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencia financiera y aquellos objetivos (art.79, bis nº 3, 4 y 7).

Luego, el R.D. 217/2.008 de 15 de Febrero sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión no ha hecho más que insistir, entre otros aspectos, en este deber de fidelidad y adecuada información al cliente, tanto en fase precontractual como contractual (Artículos 60 y siguientes, en especial 64 sobre la información relativa a los instrumentos financieros).

Naturalmente, a la entidad bancaria demandada no le es exigible un deber de fidelidad al actor, como cliente, anteponiendo el interés de éste al suyo o haciéndolo propio. Tratándose de un contrato sinalagmático, regido por el intercambio de prestaciones de pago, cada parte velará por el suyo propio pero eso no quita para que pueda y deba exigirse a la entidad bancaria un deber de lealtad hacia su cliente conforme a la buena fe contractual (art. 7 Código Civil) cuando es dicho contratante quien, como aquí, toma la iniciativa de la contratación, proponiendo un modelo de contrato conforme a objetivos y propósitos tratados y consensuados previamente, por uno y otro contratantes, singularmente en cuanto a la información precontractual necesaria para que el cliente bancario pueda decidir sobre la perfección del contrato con adecuado y suficiente "conocimiento de causa", como dice el precitado 79 bis de la L.M.V. (...). Por el contrario, la información relevante en cuanto al riesgo de la

operación es la relativa a la previsión razonada y razonable del comportamiento futuro del tipo variable referencial. Sólo así el cliente puede valorar "con conocimiento de causa" si la oferta del Banco, en las condiciones de tipos de interés, período y cálculo propuestas, satisface o no su interés.

Simplemente, no puede ser que el cliente se limite a dar su consentimiento, a ciegas, fiado en la buena fe del Banco, a unas condiciones cuyas efectivas consecuencias futuras no puede valorar con proporcionada racionalidad por falta de información mientras que el Banco sí la posee.

Obviamente, no puede pretenderse de la entidad bancaria una información de la previsión de futuro del comportamiento de los tipos de interés acertada a ultranza sino como exponía el citado Decreto de 1.993, en el ordinal 3 del art. 5 del Anexo, "razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos" o, como exige el art. 60.5 del RD 217/2.008, si la información contiene datos sobre resultados futuros, "se basará en supuestos razonables respaldados por datos objetivos".

En este mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2013 declara:

"Los valores negociables son activos financieros que, por su configuración jurídica propia y régimen de transmisión, son susceptibles de tráfico generalizado e impersonal en un mercado de índole financiera (cfr. art. 3 del Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre). Son bienes potencialmente fructíferos cuyo valor reside en los derechos económicos y de otra naturaleza que incorporan. Dada su complejidad, solo son evaluables en aspectos tales como la rentabilidad, la liquidez y el riesgo por medio de un proceso informativo claro, preciso y completo. La información es muy importante en este ámbito de la contratación. De ahí el estándar elevado impuesto al profesional en la normativa que ha sido examinada. El suministro de una deficiente información por parte de la empresa que presta servicios de inversión al cliente puede suponer una negligencia determinante de la indemnización de los daños y perjuicios causados".

Igualmente debe considerarse la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo, en cuyo título II, capítulo II, sección 2, rubricada «Disposiciones para garantizar la protección del inversor», se encuentra el artículo 19, rubricado a su vez «Normas de conducta para la prestación de servicios de inversión a clientes». Los apartados «4. Al prestar asesoramiento en materia de inversiones o realizar gestión de carteras, la empresa de inversión obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio, la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente o posible cliente, con el fin de que la empresa pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan. 5. Los Estados miembros se asegurarán de que las empresas de inversión, cuando presten servicios de inversión distintos de los contemplados en el apartado 4, pidan al cliente o posible cliente que facilite

información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, de modo que la empresa de inversión pueda evaluar si el servicio o producto de inversión previsto es adecuado para el cliente. En caso de que la empresa de inversión, basándose en la información recibida en virtud del apartado anterior, considere que el producto o servicio no es adecuado para el cliente o posible cliente, deberá advertirle de su opinión. Esta advertencia podrá facilitarse en un formato normalizado. En caso de que el cliente o posible cliente decida no facilitar la información solicitada a la que se refiere el párrafo primero o no facilite información suficiente en relación con sus conocimientos y experiencia, la empresa de inversión advertirá al cliente o posible cliente de que dicha decisión impide a la empresa determinar si el servicio o producto previsto es adecuado para él. Esta advertencia podrá facilitarse en un formato normalizado. 6. Los Estados miembros permitirán que, cuando las empresas de inversión presten servicios de inversión que se limiten exclusivamente a la ejecución o recepción y transmisión de órdenes de clientes, con o sin prestación de servicios auxiliares, dichas empresas presten dichos servicios de inversión a sus clientes sin necesidad de obtener la información o hacer la valoración mencionadas en el apartado 5 cuando se cumplan todas las condiciones siguientes: (...) que dichos servicios se refieran a acciones admitidas a cotización en un mercado regulado o en un mercado equivalente de un tercer país, a instrumentos del mercado monetario, obligaciones u otras formas de deuda titulizada (excluidas las obligaciones o los valores de deuda titulizada que incluyan derivados), OICVM y otros instrumentos financieros no complejos. [...].

La sentencia del TJUE de 30 de mayo de 2013, resolviendo una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Madrid sobre un supuesto de contrato de permuta de interés, declara que “el artículo 4, apartado 1, punto 4, de la Directiva 2004/39 debe interpretarse en el sentido de que el hecho de ofrecer un contrato de permuta financiera a un cliente con objeto de cubrir el riesgo de variación del tipo de interés de un producto financiero que ha suscrito dicho cliente es un servicio de asesoramiento en materia de inversión, tal como se de, criterio que hemos de entender extensible a la comercialización de obligaciones subordinadas y participaciones preferentes cuando concurren aquellas circunstancias. Y, en segundo lugar, establece la Sentencia que, “si bien el artículo 51 de la Directiva 2004/39 prevé la imposición de medidas o de sanciones administrativas a las personas responsables de una infracción de las disposiciones aprobadas para aplicar dicha Directiva, ésta no precisa que los Estados miembros deban establecer consecuencias contractuales en caso de que se celebren contratos que no respeten las obligaciones derivadas de las disposiciones de Derecho interno que transponen el artículo 19, apartados 4 y 5, de la Directiva 2004/39, ni cuáles podrían ser esas consecuencias. Pues bien, a falta de normas sobre la materia en el Derecho de la Unión, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las consecuencias contractuales de la inobservancia de dichas obligaciones, respetando los principios de equivalencia y efectividad (véase, en este sentido, la sentencia de 19 de julio de 2012, Littlewoods Retail y otros, C591/10, Rec. p. I-0000, apartado 27 y jurisprudencia citada)”.

En este sentido, sobre las consecuencias que ha de otorgarse en el derecho interno a la inobservancia por la entidad financiera de las obligaciones reseñadas, ha de partirse de que el Tribunal Supremo en su Sentencia de veintiuno de noviembre de 2012, en un supuesto referido a un contrato de permuta de tipo de interés, expone el criterio jurisprudencial sobre el error en la prestación del consentimiento como causa de

anulación del contrato: "Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta - sentencias 114/1985, de 18 de febrero, 295/1994, de 29 de marzo, 756/1996, de 28 de septiembre, 434/1997, de 21 de mayo, 695/2010, de 12 de noviembre, entre muchas -. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.

Es lógico que un elemental respeto a la palabra dada - "pacta sunt servanda" - imponga la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y pueda quien lo sufrió quedar desvinculado. Al fin, el contrato constituye el instrumento jurídico por el que quienes lo celebran, en ejercicio de su libertad - autonomía de la voluntad -, deciden crear una relación jurídica entre ellos y someterla a una "lex privata" (ley privada) cuyo contenido determinan. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos - sentencia de 15 de febrero de 1977-.

I. En primer término, para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

II. Dispone el artículo 1266 del Código Civil 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 - sentencias de, 4 de enero de 1982, 295/1994, de 29 de marzo, entre otras muchas -, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato - artículo 1261, ordinal segundo, del Código Civil-. 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.

III. Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias - pasadas, concurrentes o esperadas - y que es en consideración a ellas que el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses.

IV. Como se indicó, las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos - sentencias de 8 de enero de 1962, 29 de diciembre de 1978 y 21 de mayo de 1997, entre otras -. Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano.

V. Se expuso antes que el error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente segura, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre un futuro más o menos próximo con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia.

VI. Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia - Sentencias de 4 de enero de 1982, 756/1996, de 28 de septiembre, 726/2000, de 17 de julio, 315/2009, de 13 de mayo - exige tal cualidad, no mencionada en el artículo 1266, porque valora la

conducta del ignorante o equivocado, negando 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"

A propósito de esta doctrina y la cuestión que ahora se aborda, apunta atinadamente la Sentencia de 17 de mayo de 2013 de la sección 4ª de la Audiencia Provincial de Asturias, en criterio que asumimos plenamente, lo siguiente: "Lo que sí debe destacarse es, por un lado, que el análisis del deber de información y las consecuencias que puede tener en la formación del consentimiento de la otra parte, debe hacerse caso por caso, pues ni todo contrato de permutas de tipos de interés es nulo por sí mismo ni toda defectuosa información sobre esos derivados financieros es determinante de la existencia de error invalidante, que es lo que viene a decir la citada sentencia del T.S. de 21 de noviembre de 2012. De hecho esta misma Sala, en recientes sentencias de 10 de abril y 2 de mayo de (...) Como recuerda la reciente sentencia del T.S. de 9 de mayo del año en curso dictada a propósito de las denominadas "cláusulas suelo" en los contratos de préstamo hipotecario, los deberes de transparencia e información para el consumidor exigen que éste "pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuraran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo" (epígrafe 210). Ese deber de transparencia no puede estar enmarcado entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que dificulten su identificación y proyecten sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro y debe garantizar que "el consumidor está en condiciones de obtener, antes de la conclusión del contrato, la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa" (212 y 213). Sigue afirmando, con cita de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de marzo de 2013, que el contrato deba exponerse de manera transparente, de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles las eventuales modificaciones del coste (214). Afirma que las exigencias de la buena fe es necesario proyectarlas sobre el comportamiento que el consumidor medio puede esperar lealmente de quien compite en el mercado, con especial referencia a la confianza del consumidor en la aparente neutralidad de las concretas personas de las que se vale el empresario (personal de la sucursal) para ofertar el producto (253). Y, en fin, con relación a la información, añade que en esa clase de contratos y cláusulas, es necesario que el consumidor "esté

perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo" (256) y que es al empresario a quien corresponde comunicar de forma clara, comprensible y destacada la oferta (259). Termina así dicha resolución declarando la nulidad de dichas cláusulas por crear una apariencia de contrato de préstamo a interés variable que resulta contraria a la realidad; por falta de información suficiente o enmascarada entre otros datos; por ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual; y por inexistencia de advertencia previa, clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad. Aunque, como se ha dicho, estas consideraciones vienen referidas al enjuiciamiento de la validez o nulidad de determinadas cláusulas, no puede obviarse que constituyen una valiosa referencia del parecer del Tribunal Supremo en este ámbito de los contratos bancarios con relación a los deberes que incumbe al empresario y la protección que merece la posición del consumidor".

En suma, debe destacarse que lo relevante de la normativa expuesta es su significación en cuanto obligación de la entidad bancaria de facilitar a sus clientes información suficiente, clara y comprensible de los productos bancarios que van a contratar y de los riesgos que conllevan para que así puedan decidir con total libertad si les interesan o no. Y la carga de probar el cumplimiento de aquel deber corresponde a la entidad bancaria. Es cierto que la vulneración de normas administrativas no entraña necesariamente la nulidad del contrato, pero no puede obviarse que la perspectiva que ha de emplearse en el examen de la controversia no es propiamente la infracción de la normativa administrativa, sino si, como consecuencia de aquel incumplimiento del profesional de las obligaciones que le incumbía respecto del consumidor, éste tuvo un conocimiento equivocado sobre el producto que contrataba. Y, ha de insistirse, le corresponde al banco la carga de probar el cumplimiento de las obligaciones formales que se denuncian infringidas, lo que, en cierta forma, matiza el criterio general que atribuye a quien aduce la prueba del error.

TERCERO. - De la propagación de la nulidad al canje por acciones.

Ya se adelanta que de apreciarse la anulabilidad de los contratos originarios no podría estimarse ni la confirmación del contrato ni su conversión en otro negocio válido -que pugnaría con las propias condiciones en que se hace el canje-.

Así, la confirmación o convalidación del contrato anulable exige como requisito de validez que el vicio originante de la ineficacia del negocio -en este caso, el error- haya cesado, lo cual no acontecía en el instante en que los actores aceptaron el canje de sus valores. Y es que las circunstancias por todos conocidas del contexto en el que dicho canje se produjo distan mucho de una situación pacífica y de voluntaria convalidación del contrato viciado -sea expresa o tácita- pues el negocio celebrado se hizo bajo la apremiante circunstancia de obtención de liquidez y ante la alarma social generalizada entre los inversores y el fundado temor de perder sus ahorros.

Asimismo, la aplicación de la doctrina de la propagación de la ineficacia del contrato arrastra al canje realizado para la conversión de las obligaciones subordinadas, considerando que, excluida la confirmación o conversión del contrato

de la documentación.

El propio director del banco declarante asevera que eran desconocedores de la verdadera naturaleza del producto que vendían, pues tanto él como sus compañeros de la entidad creían que la subordinadas no eran un producto de riesgo, dadas las directrices del banco de ofrecerlas a clientes con aversión al riesgo, como era el caso de los hoy actores. Tal reconocida ignorancia evidencia que nula información pudo dar al respecto quien desconoce lo que está comercializando y recomendando.

Respecto del canje por acciones, ha quedado acreditado que fueron conminados a él bajo la advertencia de que era la única forma de conseguir liquidez, de modo que se les impuso en la práctica a los clientes al anunciarles que de no acceder a él no podrían recuperar el capital invertido.

En síntesis, no se ha probado que los actores fuera informados mínimamente y de modo comprensible de las características del producto, y tampoco consta en modo alguno que tuvieran, ni tan siquiera de forma remota, conocimiento de las características y riesgos del producto que adquirirían.

Así pues, y centrando la cuestión en si existió error como vicio invalidante, del relato fáctico precedente se concluye que fue el banco el que sugirió la compra de subordinadas prescindiendo absolutamente de la idoneidad y conveniencia del producto, todo ello en consideración a una política comercial guiada exclusivamente por su propio interés. A los Sres. ³ no les fue facilitada la documentación precontractual que les permitiera conocer, aespregando un mínimo de diligencia, la naturaleza del contrato y los riesgos que entrañaba, resultando que la información verbal fue inexistente.

Es, pues, evidente que el banco incumplió sus deberes de información y demás mecanismos legales de protección del cliente, por lo que ha de examinarse si concurrió el vicio del consentimiento (arts. 1261 y 1266 CC) que se aduce para procurar así la anulación del contrato, esto es, si existió una representación falsa sobre la naturaleza y riesgos del contrato, debiendo tenerse en consideración que para anular el contrato el error ha de tener la suficiente entidad y no ser imputable a la negligencia de quien lo sufre. Y ello por cuanto no cabe establecer con carácter general y automático que la ausencia de información comporte aquel vicio, si bien en el presente caso estimamos que el consentimiento prestado estuvo viciado por un error esencial y excusable.

En primer lugar no puede ignorarse que la propuesta de adquisición partió del banco, el cual tenía directrices de ofrecer el producto a clientes conservadores y con aversión al riesgo, sin que conste que tuvieran los actores los más mínimos conocimientos de las características de las obligaciones subordinadas. Por tanto, aquella recomendación que dirigió individualizadamente hacia un concreto cliente exigía que el banco fuera más riguroso y pudiera justificar la conveniencia del producto en consideración a las circunstancias que concurrían. Pero, en segundo lugar, consta en este juicio que el banco facilitó a su cliente una información falsa sobre las características del producto, sólo así puede entenderse que haya sido contratado por quien, según la política comercial de la propia entidad, no quería asumir riesgos financieros. Por ello, al margen de los incumplimientos de la normativa bancaria en que

hubiera incurrido la demandada, lo relevante es que aquel incumplimiento se proyecta sobre la circunstancia de que no consta que los consumidores tuvieran conocimiento de lo que contrataban, lo que ha de relacionarse no solamente con el hecho de que se trata de un producto complejo, sino también porque no era de extendida utilización, por lo que sus riesgos no eran conocidos por la generalidad de la clientela y, específicamente, por los demandantes. Y ello lleva a la conclusión de que no puede entenderse que los actores comprendieran las características del producto, específicamente los riesgos que entrañaban en los supuestos de una crisis de solvencia de la entidad emisora, lo que permite calificar el error como excusable.

A estos efectos, como recuerda la sentencia de la AP de Asturias, sec. 5ª de 24 de julio de 2013, “es inexcusable cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular, pero esa diligencia, sigue señalando la jurisprudencia, ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, pues la función básica del requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida en la declaración (sentencias, entre otras, de 4 de enero de 1982, 6 de febrero de 1998, 30 de septiembre de 1999, 26 de julio y 20 de diciembre de 2000, 12 de julio de 2002, 24 de enero de 2003 y 17 de febrero de 2005)”.

Por otra parte, ha considerarse que el error fue esencial, puesto que ha afectado a las obligaciones principales del contrato y los riesgos que le caracterizaban y sustancial, pues afecta a un elemento nuclear del contrato, por lo que concurren los presupuestos jurisprudenciales expuestos para declarar la nulidad de los sucesivos contratos. Y es que la esencialidad, aplicada a este tipo de contratos, sometidos por su naturaleza de derivados y especulativos a la normativa del Mercado de Valores, viene directamente relacionada con el cumplimiento o no del deber de información que las entidades financieras han de facilitar al cliente para que este pueda tomar la decisión con completo y adecuado conocimiento del riesgo que habrá de soportar si sigue el consejo de aquéllas y contrata el producto ofertado.

Por otra parte, tampoco puede apreciarse que el comportamiento de los demandantes vulnere la regla según la cual no puede venirse contra los actos propios negando todo efecto jurídico a la conducta contraria. Se asienta tal doctrina en la buena fe, en la necesidad de coherencia en el comportamiento para la protección a la confianza que un acto o conducta de una persona suscita objetivamente en otra u otras; el módulo regulador es la objetividad, o sea, el entendimiento o significado que, de acuerdo con los criterios generales del obrar en el tráfico jurídico, ha de dársele a tal acto o conducta. En tal sentido la doctrina jurisprudencial ha declarado que son actos propios los que vinculan y configuran inalterablemente la situación jurídica de su autor, o que crean, modifican, fijan o extinguen una determinada situación jurídica, creando estado, según jurisprudencia tan reiterada y uniforme que no resulta precisa una cita detallada. En el presente caso no se expone por el banco otro acto de los demandantes que el canje ya analizado (afectado igualmente por la nulidad originaria), por lo que difícilmente puede estimarse tal postura.

QUINTO. - *De los efectos de la anulación de los contratos.*

El artículo 1303 del Código Civil establece que “declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes”, artículo que ha de aplicarse tanto en los casos en que se produzca una nulidad relativa del contrato como en el caso en que se trate de una nulidad absoluta (entre otras muchas, Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2012). La jurisprudencia ha señalado que el régimen específico de los arts. contractual (STS de 5 de marzo de 2010, entre otras), pues, como señala la Sentencia de 15 de enero de 2010 “la restitución recíproca contemplada en el citado art. 1303 CC puede tener unos límites racionales similares a los reconocidos para algunos casos de resolución contractual”.

Es menester, para resolver la controversia, atenerse a la finalidad de la norma. En este sentido, la Sentencia de 10 de diciembre de 2010 indica que “la jurisprudencia ha sido reiterada en el sentido de que el precepto tiene como finalidad conseguir que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador, evitando el enriquecimiento injusto”. Así lo confirman las Sentencias de 11 de febrero de 2003 y de 6 de julio de 2005 y lo reiteran las de 22 de abril de 2005 y 23 de junio de 2008 .Y matiza la doctrina que la indemnización alcanza al interés negativo o “interés de confianza” que resulta de cotejar la situación en que estaría la parte perjudicada si no hubiese celebrado el contrato o hubiese conocido desde el principio su invalidez, con la situación actual en que se encuentra ahora, sin que alcance al llamado interés positivo que resulta de comparar la situación provocada por la invalidez con la que existiría si hubiese habido validez y cumplido los efectos del contrato.

Con la perspectiva indicada, no existe motivo para excluir el supuesto enjuiciado del régimen ordinario que contempla el art. 1303 CC, lo que comporta la devolución recíproca de las prestaciones recibidas, incrementadas en el interés legal desde su entrega. Tal mecanismo compensatorio, el interés legal, es admitido ordinariamente en nuestro ordenamiento jurídico en ausencia de previsión específica y tiende a compensar la devaluación del dinero. Así, lo que se está reclamando es el valor económico de las subordinadas que los clientes nunca tuvieron conciencia de adquirir, no reclamándose el documento título, que no ha llegado a tener nunca pues se ha funcionado mediante anotaciones en cuenta. Luego el objeto del contrato cuya nulidad se solicita es un valor económico, representado por el dinero que la parte demandante entregó a la parte demandada.

SEXTO. - *De las costas.*

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas procesales deben imponerse a la demandada.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

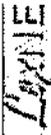
FALLO

Que ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por la representación de ' contra **BANKIA, S.A.**, DEBO DECLARAR Y DECLARO la nulidad de las órdenes de compra de obligaciones de deuda subordinada de fecha 18 de abril de 2011 y 3 de junio de 2011, incluyendo los contratos de depósito o administración de valores vinculados a las antedichas órdenes de compra y la orden de aceptación de la oferta de recompra y suscripción de acciones de la demandada de fecha 22 de marzo de 2012, con los efectos legales inherentes a tal pronunciamiento y con condena a la restitución recíproca entre las partes de las prestaciones que hubiesen sido objeto de los mismos, esto es, deberá la sociedad demandada devolver a la actora el capital suscrito, esto es, **29.000 euros**, incrementado en el interés legal desde las respectivas entregas, y los demandantes deberán entregar las acciones sustitutivas y abonar a la demandada el importe de los rendimientos obtenidos por las participaciones y obligaciones suscritas, incrementado en el interés legal devengado desde su pago, todo ello con expresa imposición de las costas procesales a la demandada.

Así por esta mi Sentencia definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

Contra esta Resolución cabe interponer recurso de apelación que deberá prepararse ante este órgano judicial en el plazo de veinte días contados desde el día siguiente a su notificación, debiendo exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna. Para interponer el recurso será necesaria la constitución de un depósito de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado consignación que deberá ser acreditada al preparar el recurso (DA 15ª LOPJ).

PUBLICACIÓN.- Para hacer constar que la anterior sentencia ha sido publicada por la misma Jueza que la dictó en el día de ser dictada, en audiencia pública, mediante lectura íntegra de la misma. Doy fe.



Mensaje LexNET - Notificación

Mensaje

IdLexNet	201610089045133
Asunto	SENTENCIA TEXTO LIBRE (MA) Procediment ordinari
Remitente	Órgano JUTJAT DE 1A INSTANCIA NÚM. 1 de Arenys de Mar, Barcelona [0800642001]
Destinatarios	Tipo de órgano JDO. PRIMERA INSTANCIA PONS RIBOT, LLUIS [120] Colegio de Procuradores Il·lustre Col·legi dels Procuradors de Mataró SOLER RIERA, MARIA DOLORS [61] Colegio de Procuradores Il·lustre Col·legi dels Procuradors de Girona
Fecha-hora envío	25/01/2016 12:25
Documentos	01691_20160125_1203_0014018572_01_rtf(Principal) Hash del Documento: b7c5577efb30d346ce4d9a9674b42573adb05e49
Datos del mensaje	Tipo procedimiento PROCEDIMIENTO ORDINARIO[ORD][ORD] Nº procedimiento 0001062/2013 Detalle de acontecimiento SENTENCIA TEXTO LIBRE (MA)

Historia del mensaje

Fecha-hora	Emisor de acción	Acción	Destinatario de acción
25/01/2016 12:31	SOLER RIERA, MARIA DOLORS [61]-Il·lustre Col·legi dels Procuradors de Girona	LO RECOGE	
25/01/2016 12:25	Il·lustre Col·legi dels Procuradors de Mataró (Arenys de Mar) (Arenys de Mar)	LO REPARTE A	SOLER RIERA, MARIA DOLORS [61]-Il·lustre Col·legi dels Procuradors Girona

(*) Todas las horas referidas por LexNET son de ámbito Peninsular.

