

AUDIÈNCIA PROVINCIAL DE GIRONA SECCIÓ SEGONA

Rotlle d'apel·lació civil núm. 597/2014

Prové: JUTJAT PRIMERA INSTÀNCIA 3 BLANES

Procediment núm. 9/2014

Classe: Procediment Ordinari

SENTÈNCIA 12/2015

Il·lms. Srs:

JOAQUIM FERNANDEZ FONT

MARIA ISABEL SOLER NAVARRO

JAUME MASFARRÉ COLL

Girona, vint-i-u de gener de dos mil quinze

En aquesta segona instància ha comparegut com a part apel·lant CATALUNYA BANC, SA, representada per la procuradora [redacted] i defensada pel lletrat [redacted], i com a part contra la qual s'apel·la [redacted], representada per la procuradora MARIA DOLORS SOLER RIERA, i defensada pel la lletrat RAMIR J. BASCOMPTE DALMAU.

ANTECEDENTS DE FET

PRIMER. Aquest procés es va iniciar arran de la demanda presentada en nom de [redacted] contra CATALUNYA BANC, S.A.

SEGON. La decisió de la Sentència que va posar fi a la primera instància diu així: "*QUE DEBO ESTIMAR Y ESTIMO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por la representación procesal de D.*

contra CATALUNYA BANC SA, y por tanto declaro la nulidad de los siguientes contratos suscritos entre ambas partes:

A) Contrato de adquisición de obligaciones subordinadas de la octava emisión que fue suscrito con la oficina que la entidad demandada posee en la localidad de Lloret de Mar en data 17 de noviembre de 2008 por importe de 3.000 euros de principal.

B) Contratos de adquisición de participaciones preferentes de las series A y B suscritos con la oficina que la entidad demandada posee en la localidad de Lloret de Mar de fechas 20 de octubre de 2008, 22 y 23 de julio de 2009, por importes de 12.000, 14.000 y 7.000 euros respectivamente.

C) Contrato de canje de de las obligaciones y participaciones adquiridas en los contrato referidos anteriormente en acciones de Catalunya Banc, suscrito entre ambas partes litigantes en 2013.

Declarada la nulidad de los citados contratos, obligo a las partes a pasar por dicha declaración y, en consecuencia, a restituirse recíprocamente todas las cantidades entregadas y liquidadas por ambas partes como consecuencia de su celebración, con los incrementos pertinentes por aplicación del interés legal a cada una de las citadas liquidaciones y entregas desde el momento en que cada una de ellas se produjo. Así, la demandada abonará a la demandante la suma de 36.000 euros más intereses legales devengados desde la celebración de cada uno de los contratos anulados, mientras que la demandante abonará a la actora la suma de 13.311,22 euros más todas las liquidaciones remuneratorias recibidas de la demandada, con los intereses legales devengados desde la venta de las acciones al Fondo de garantía de depósito en el primer caso y desde la fecha en que se produjera cada una de las liquidaciones remuneratorias en el segundo."

TERCER. En aplicació de les normes de repartiment vigents en aquesta Audiència Provincial, aprovades per la Sala de Govern del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, ha correspost el coneixement d'aquest recurs a la Secció Segona.

QUART. En la seva tramitació s'han observat les normes processals aplicables a aquesta classe de recurs, les parts han efectuat les al·legacions que es poden veure en els respectius escrits presentats en aquesta segona instància, als quals es respon en els fonaments jurídics següents. Per a la deliberació i votació del recurs, s'assenyala el dia dinou de gener de 2015.

CINQUÈ. Conforme al que estableixen les normes de repartiment indicades, es va designar com a ponent d'aquest recurs l'Il·lm. Sr. Joaquim Fernández Font, qui expressa en aquesta Sentència el criteri unànim de la Sala.

FONAMENTS DE DRET

Tema litigiós.

PRIMER. El demandant reclamava la declaració de nul·litat per falta de consentiment dels successius contractes de compra de participacions preferents així com també el d'adquisició de deute subordinat que havia signat amb l'entitat financera demandada (Catalunya Banc SA).

Aquesta pretensió es basa jurídicament en què hauria comprat les participacions preferents i el deute subordinat per un error essencial en la representació dels productes que adquiria, el que faria que el seu consentiment estigués radicalment viciat per l'error esmentat.

Aquest error s'hauria produït per una manca total d'informació verídica i comprensible de la demandada respecte de les característiques essencials d'aquests productes bancaris, i molt especialment dels riscos de perdre el capital invertit.

SEGON. La sentència de primera instància ha estimat íntegrament la demanda.

Aquesta decisió es basa en què ha quedat demostrat que el demandant va prestar el seu consentiment a la compra d'aquests productes sobre la base d'un error essencial, provocat per la manca d'informació de la demandada sobre les característiques bàsiques de les participacions preferents i del deute subordinat i sobre el funcionament i riscos d'aquesta mena de productes financers.

La conseqüència d'aquesta declaració és la condemna a retornar al demandant els imports invertits en la compra de les participacions preferents i del deute subordinat, més els seus interessos legals des de la data de cada compra fins a la total devolució de les quantitats esmentades.

Aquests, al seu torn, hauran de retornar els rendiments nets rebuts durant la vigència del contracte.

TERCER. Catalunya Banc SA no està d'acord amb aquesta decisió.

El seu extens recurs es basa en els arguments que resumim tot seguit.

Primer, les participacions preferents i les subordinades són títols valors perfectament vàlids.

Això fa que s'hagi de distingir la possible nul·litat dels contractes de compravenda pels quals les va adquirir el demandant, de la validesa tant de les seves emissions com de les pròpies participacions preferents i subordinades.

Segon, la pretensió d'anul·labilitat de les compravendes hauria caducat.

Tercer, la sentència impugnada li imposa la càrrega de demostrar que va donar al seu client tota la informació necessària amb la finalitat que pogués copsar amb claredat la classe de producte que adquiria, però no

ha tingut present que, per la pròpia antiguitat d'alguna de les operacions no conserva la documentació corresponent.

Considera acreditat que va donar la informació necessària al demandant perquè conegués perfectament la naturalesa, funcionament i riscos d'aquests productes financers.

Quart, el demandant ha venut les accions del banc demandat obtingudes arran del bescanvi obligatori de les participacions preferents i les subordinades per accions d'aquell.

Aquesta venda seria contradictòria i incompatible amb la seva pretensió de obtenir al declaració de nul·litat dels contractes esmentats.

Cinquè, no se li haurien d'haver imposat les costes de la primera instància a la vista dels dubtes de fet i de dret que es donen en el tractament jurídic del producte bancari que ens ocupa, que hauria motivat decisions contradictòries dels tribunals.

A continuació estudiarem de manera separada els diferents motius del recurs.

Caducitat de la pretensió.

QUART. El recurs considera que la pretensió del demandant ha caducat d'acord amb el que preveu l'article 1.301 del CC espanyol, que fixa en quatre anys el termini per a reclamar la nul·litat d'un contracte en què el consentiment estigui viciat per un error essencial.

L'entitat financera apel·lant defèn que no estem en presència d'uns contractes dels quals es derivin prestacions de tracte successiu, sinó que es perfeccionen i consumen des del mateix moment en què es va produir la convergència dels consentiments respectius sobre l'objecte i el preu.

Per donar suport a la seva tesi, fa cita de diferents sentències d'Audiències Provincials.

CINQUÈ. El termini que preveu l'article 1.301 del CC espanyol, més que de caducitat en realitat ho és de prescripció, segons el criteri majoritari. En aquest sentit citarem les sentències del Tribunal Suprem de 27 de febrer de 1.997 i de 1 de febrer de 2.002.

El precepte que acabem d'esmentar disposa que en els casos d'error en el consentiment el termini de quatre anys comença en el moment de la consumació del contracte.

Partint d'aquesta premissa, escau examinar si la consumació del contracte d'adquisició de participacions preferents es produeix en el mateix moment en què es perfecciona (concurrència de voluntats sobre la cosa i el preu), com defensa l'apel·lant, o bé en un altre posterior, criteri assumit per la sentència impugnada.

Aquesta segona tesi ens porta a determinar quan s'ha d'entendre produïda la consumació d'aquests contractes.

La sentència del Tribunal Suprem d'11 de juny de 2.003 explica:

"En orden a cuando se produce la consumación del contrato (...), es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad del contrato de compraventa, con más precisión por anulabilidad pretendida por intimidación, dolo o error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones (...) Este 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 (...) Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala, afirmando que el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo (...) y la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó".

La sentència de la Secció Primera de l'Audiència de Salamanca de 19 de juny de 2.013, s'ocupa específicament d'aquestes qüestions en relació amb la compra de participacions preferents:

"es irrefutable que en el día de la perfección de los contratos de adquisición de participaciones preferentes, éstos no quedaron consumados, por la elemental razón de que en dicho día o días... ni por asomo podían haber quedado cumplidas completamente las prestaciones u obligaciones asumidas en los mismos, por ambas partes contratantes... porque dicha entidad financiera no se limita, en este supuesto, a realizar o materializar una labor de mera intermediación que viniera agotada en unas órdenes de compra de valores o títulos que le verifica el cliente, a modo de contrato de mandato o comisión mercantil (bursátil, se llega a decir), ex arts. 1726 del CC y 244, 255 y 264 del Código de Comercio.

No es posible desconocer o ignorar que la relación contractual entre una y otra parte no quedó agotada, ni menos consumada, en sus efectos con la ejecución de ése, repetimos, mandato del cliente, pues no se trata de una vinculación aislada y esporádica para contratar con un tercero, sino que, como esas participaciones preferentes, esos valores objeto de compra, no lo eran de un tercero ajeno a esta relación... tras la ejecución del mandato de compra de tales valores por el Banco, este, de modo simultáneo e inescindible, asumió frente a la contraparte una serie de prestaciones y obligaciones, a cumplir en el tiempo (en mucho tiempo, a priori, pues se destaca su carácter de valores perpetuos), con carácter indefinido, algunas de las cuales lo eran las de la remuneración por la tenencia de este producto financiero y las de su devolución pasados todos los años que uno quiera imaginarse en este momento...

Justamente, hasta que no se devuelve el capital invertido al inversor... o bien hasta que el actor hubiera decidido vender las preferentes adquiridas, es decir, ejercitar su derecho de amortización sobre las mismas, la totalidad de las prestaciones recíprocas pactadas por los contratantes no habrían quedado completamente cumplidas.

En este sentido... estamos en presencia de un contrato de compraventa con efectos de futuro y no de simple comisión o intermediación mercantil y, en especial, a que la consumación del contrato no se produciría hasta el vencimiento del ejercicio del derecho de amortización de la inversión".

El mateix criteri podem trobar, interpretant-la "a contrario sensu", a la sentència de la Secció Setena de l'Audiència d'Astúries de 29 de juliol de 2.013.

SISÈ. Coincidim totalment amb les resolucions que acabem d'esmentar i amb el criteri de la sentència apel·lada.

En el nostre cas, el demandant va comprar a la demandada participacions preferents i deute subordinat que havia emès. És a dir, compraven preferents i subordinades de la pròpia demandada o bé d'una societat filial seva.

Les obligacions a càrrec de la demandada no finalitzaven amb la transmissió a l'adquirent de les participacions i del deute subordinat, sinó que també restava obligada a fer-lo partícip dels corresponents beneficis (si n'hi havia) per las via dels pagaments periòdics.

El cert és que la demandada s'ha ocupat de demostrar amb la documentació que ha presentat que va estar pagant el que anomena interessos o cupons fins el juny de 2.013 en el cas de les subordinades i fins el desembre de 2.011 en el de les preferents.

Per tant, és contradictori al·legar que les seves obligacions derivades de la venda de les preferents i de les subordinades que havia emès finien en el mateix moment de la venda, atès que durant bastants anys després de cadascuna va anar pagant quantitats al comprador derivades dels drets que havia adquirit en virtut d'aquelles compres.

SETÈ. No podem passar per alt que la majoria de les sentències citades per la demandada amb la finalitat de donar suport jurídic a la seva tesi no resolen casos de venda de preferents emeses per la pròpia venedora, sinó de supòsits en què el contracte que lligava a una societat financera amb els compradors de preferents no era de venda, sinó de gestió o intermediació d'una cartera.

És a dir, un contracte de mandat o de comissió mercantil en virtut del qual l'entitat bancària es limitava a gestionar per compte d'un client l'adquisició de preferents emeses per terceres societats, de manera que la seves obligacions s'entenia que acabaven i es consumaven quan s'havia produït la venda ja que la seva tasca intermediadora havia finalitzat.

Res a veure, doncs, amb el cas que ara ens ocupa.

A tot això afegirem que fins i tot en aquests casos no són poques les sentències que consideren que el dia inicial de còmput dels quatre anys no és el del dia de la venda, sinó aquell en què l'adquirent ha pogut tenir coneixement de l'existència del seu error, quan l'entitat emissora de les preferents ha deixat d'actuar com esperava el client del producte que creia que havia contractat: Pagant les quantitats corresponents que

aquest darrer pensava que responien a interessos.

En aquest sentit, per exemple, la sentència de la Secció Tercera de l'Audiència de Córdoba de 12 de juliol de 2.013.

VUITÈ. Per tot el que hem exposat, no és procedent considerar prescrita la pretensió dirigida a obtenir la declaració de nul·litat de les compres fetes pel demandant sobre la base del seu error essencial respecte de la classe de producte financer que adquirien, el que fa que es desestimi aquest motiu del recurs.

Deure d'informació al client. Normativa aplicable.

NOVÈ. La demanda fonamenta l'error essencial que hauria patit el demandant en una falta d'informació suficient per part de la demandada sobre la naturalesa, característiques i riscos de les preferents i de les subordinades.

Això ens porta a analitzar quines són les obligacions legals imposades a les entitats financeres en matèria d'informació als seus clients.

Ens hem pronunciat moltes vegades sobre aquesta qüestió jurídica. Per exemple, a les sentències de 27 i 20 de novembre 2.013 i a les de 5 de desembre i 26 de novembre de 2.012, en casos en què els productes adquirits eren permutes financeres (swaps), i també quan eren participacions preferents com en els casos resolts per les sentències de 18 de desembre de 2.012 i de 26 de febrer, 30 d'octubre i 17 i 19 de desembre de 2.014. En el cas de les subordinades ho hem fet en les sentències de 9 d'abril i 3 de desembre de 2.014.

Als efectes de precisar quina és la normativa aplicable hem de distingir entre les compres fetes abans de l'entrada en vigor de la Llei 47/2.007, de 19 de desembre, de reforma de la llei del mercat de valors, i les posteriors.

Aquesta norma va entrar en vigor el dia 21 de desembre de 2.007, d'acord amb el que preveu la seva disposició final sisena.

Les successives compres d'aquests producte fetes pel demandant s'inicien el 20 d'octubre de 2.008, continuen el 22 de juliol de 2.009 i finalitzen el 23 de juliol del mateix any pel que fa a les preferents, i respecte del deute subordinat la seva adquisició es va produir el dia 17 de novembre de 2.008

DESÈ. La recent sentència del Ple de la Sala Primera del Tribunal Suprem de 20 de gener de 2.014, s'ocupa específicament de les obligacions legals que la normativa vigent imposa a les entitats financeres en matèria d'informació i assessorament als seus clients.

Tot i que aquesta sentència resol un cas en què es plantejava la nul·litat

d'una permuta financera o swap, atorgant-la, és perfectament aplicable també a les participacions preferents que, com veurem més endavant, també són un producte financer complex.

Aquesta resolució parteix d'un principi bàsic:

"Ordinariamente existe una desproporci3n entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional. La complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contrataci3n, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relaci3n con el proveedor de servicios financieros. Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, esta necesidad de protecci3n se acentúa porque las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribuci3n sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica informaci3n sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta informaci3n y a tomar la decisi3n de contratar un determinado producto.

Para entender bien el alcance de la normativa específica, denominada MiFID por ser las siglas del nombre en inglés de la Directiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instrumentos financieros (Markets in Financial Instruments Directive), de la que se desprenden específicos deberes de informaci3n por parte de la entidad financiera, debemos partir de la consideraci3n de que estos deberes responden a un principio general: todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfecci3n del contrato, de los riesgos que comporta la operaci3n especulativa de que se trate. Este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 CC y en el derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural...

Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de proporcionar a la otra parte informaci3n acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran en este caso los concretos riesgos que comporta el producto financiero que se pretende contratar.

En lo que ahora interesa, que es determinar el alcance de los deberes de informaci3n y asesoramiento de la entidad financiera en la contrataci3n con inversores minoristas de productos financieros complejos, como es el swap, al tiempo en que se llevó la contrataci3n objeto de enjuiciamiento (13 de junio de 2008), "las normas de conducta para la prestaci3n de servicios de inversi3n a clientes" del art. 19 Directiva 2004/39/CE ya habían sido traspuestas a nuestro ordenamiento por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que introdujo el contenido de los actuales arts. 78 y ss de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en adelante LMV). También había entrado en vigor el RD 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversi3n, que desarrolla esta regulaci3n".

A continuaci3n analitza la normativa aplicable:

"El art. 79 bis LMV regula los deberes de informaci3n que recaen sobre las entidades financieras que presten estos servicios de inversi3n. Estos deberes no se reducen a que la informaci3n dirigida a sus clientes sea imparcial, clara y no engañosa (apartado 2), sino que además deben proporcionarles, "de manera comprensible, informaci3n adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversi3n", que "deberá incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias " (apartado 3).

El art. 64 RD 217/2008, de 15 de febrero, regula con mayor detalle este deber de

información sobre los instrumentos financieros y especifica que la entidad financiera debe "proporcionar a sus clientes (...) una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional". Y aclara que esta descripción debe "incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas".

En su apartado 2, concreta que "en la explicación de los riesgos deberá incluirse, cuando sea justificado en función del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los conocimientos y perfil del cliente, la siguiente información:

- a) Los riesgos conexos a ese tipo de instrumento financiero, incluida una explicación del apalancamiento y de sus efectos, y el riesgo de pérdida total de la inversión.
- b) La volatilidad del precio de ese tipo de instrumento financiero y cualquier limitación del mercado, o mercados, en que pueda negociarse.
- c) La posibilidad de que el inversor, asuma, además del coste de adquisición del instrumento financiero en cuestión, compromisos financieros y otras obligaciones adicionales, incluidas posibles responsabilidades legales, como consecuencia de la realización de transacciones sobre ese instrumento financiero.
- d) Cualquier margen obligatorio que se hubiera establecido u otra obligación similar aplicable a ese tipo de instrumento".

Específicament, pel que fa a la distinció entre el test de conveniència i el de idoneïtat diu:

"La entidad financiera debe realizar al cliente un test de conveniencia, conforme a lo previsto en el art. 79 bis. 7 LMV (arts. 19.5 Directiva 2004/39/CE), cuando se prestan servicios que no conllevan asesoramiento. Se entiende por tales, los casos en que el prestatario del servicio opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada. Este test valora los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente, con la finalidad de que la entidad pueda hacerse una idea de sus competencias en materia financiera. Esta evaluación debe determinar si el cliente es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión ofertado o demandado, para ser capaz de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa. Como aclara el art. 73 RD 217/2008, de 15 de febrero, se trata de cerciorarse de que el cliente "tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado".

Esta "información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos enumerados a continuación, en la medida en que resulten apropiados a la naturaleza del cliente, a la naturaleza y alcance del servicio a prestar y al tipo de producto o transacción previsto, incluyendo la complejidad y los riesgos inherentes:

- a) Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que está familiarizado el cliente.
- b) La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el periodo durante el que se hayan realizado.
- c) El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes " (art. 74 RD 217/2008, de 15 de febrero).

Contrariamente a lo que entiende el recurrente, estas exigencias propias del test de conveniencia son menores que cuando debe valorarse la idoneidad del producto conforme al art. 79bis. 6 LMV (art. 19.4 Directiva 2004/39/CE). El test de idoneidad opera en caso de que se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de

inversiones o de gestión de carteras mediante la realización de una recomendación personalizada. La entidad financiera que preste estos servicios debe realizar un examen completo del cliente, mediante el denominado test de idoneidad, que suma el test de conveniencia (conocimientos y experiencia) a un informe sobre la situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y los objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del cliente, para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan.

Para ello, especifica el art. 72 RD 217/2008, de 15 de febrero, las entidades financieras "deberán obtener de sus clientes (...) la información necesaria para que puedan comprender los datos esenciales de sus clientes y para que puedan disponer de una base razonable para pensar, teniendo en cuenta debidamente la naturaleza y el alcance del servicio prestado, que la transacción específica que debe recomendarse (...) cumple las siguientes condiciones:

a) Responde a los objetivos de inversión del cliente. En este sentido, se incluirá, cuando proceda, información sobre el horizonte temporal deseado para la inversión, sus preferencias en relación a la asunción de riesgos, su perfil de riesgos, y las finalidades de la inversión.

b) Es de tal naturaleza que el cliente puede, desde el punto de vista financiero, asumir cualquier riesgo de inversión que sea coherente con sus objetivos de inversión (...).

c) Es de tal naturaleza que el cliente cuenta con la experiencia y los conocimientos necesarios para comprender los riesgos que implica la transacción".

A continuació, la sentència defineix el que s'ha d'entendre per un servei d'assessorament:

"Como afirma la STJUE de 30 de mayo de 2013 "la cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente" (apartado 53). Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el art. 52 Directiva 2006/73, que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.4 Directiva 2004/39/CE.

El art. 4.4 Directiva 2004/39/CE define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como "la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros". Y el art. 52 Directiva 2006/73/CE aclara que "se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...)", que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales. Carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público.

De este modo, el Tribunal de Justicia entiende que tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un swap, realizada por la entidad financiera al cliente inversor, "que se presente como conveniente para el cliente 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" (apartado 55)".

En el cas concret que es sotmetia a la decisió del Tribunal Suprem, va concloure:

"no cabe duda de que en nuestro caso Caixa del Penedés llevó a cabo un servicio de asesoramiento financiero, pues el contrato de swap fue ofrecido por la entidad financiera, por medio del subdirector de la oficina de Palamós, aprovechando la relación de confianza que tenía con el administrador del cliente inversor, como un producto financiero que podía paliar el riesgo de inflación en la adquisición de las materias primas.

Caixa del Penedés debía haber realizado un juicio de idoneidad del producto, que incluía el contenido del juicio de conveniencia, y ha quedado probado en la instancia que no lo llegó a realizar. Para ello, debía haber suministrado al cliente una información comprensible y adecuada sobre este producto, que incluyera una advertencia sobre los concretos riesgos que asumía, y haberse cerciorado de que el cliente era capaz de comprender estos riesgos y de que, a la vista de su situación financiera y de los objetivos de inversión, este producto era el que más que le convenía".

En el mateix sentit podem citar les sentències del Tribunal esmentat de 8 i 7 de juliol (dos de la mateixa data) de 2.014.

ONZÈ. El criteri que expressa el Tribunal Suprem ja ha estat reiteradament aplicat per aquesta Audiència, per exemple, a les sentències de la Secció Primera de 18 de febrer, de 20 de març i d'1 de setembre de 2.011, o a les de la Secció Segona de 15 de febrer, 12 de març i 26 de novembre de 2.012, i de 27 de novembre de 2.013, entre altres, dictades totes elles respecte de permutes financeres, o les de 18 de desembre de 2.013 i 26 de febrer de 2.014, en uns casos també de participacions preferents.

Com hem dit més amunt, els arguments d'aquestes resolucions en matèria de permutes financeres són igualment aplicables a les adquisicions de participacions preferents, com veurem a continuació en funció de les característiques i riscos d'aquesta classe de productes.

DOTZÈ. En definitiva, tant a l'empara de la normativa anterior com de l'actual, el deure d'informació imposat legalment a les entitats financers era i és ben evident, i en tot cas la norma actual encara l'ha reforçat més.

L'apel·lant afirma que la càrrega de demostrar la insuficiència de la informació correspon a qui demana la nul·litat sobre la base, precisament, de l'error patit.

Aquesta asseveració no és exacta.

La càrrega de demostrar que el consentiment contractual estava viciat per un error essencial i excusable, correspon a qui l'al·lega.

Ara bé, és la part demandada qui ha de demostrar que ha donat la informació suficient al seu client i que ha complert amb les seves obligacions legals en aquesta matèria, en aplicació del principi de facilitat probatòria que preveu l'article 217.7 de la LEC.

Aquesta distribució de la càrrega de la prova resulta del que determina

l'article 217 de la LEC.

En aquest sentit, la sentència de la Secció Primera d'aquesta Audiència de 27 de juliol de 2.011 ja citada diu:

"sosteniendo como así ha sostenido la parte demandada que efectivamente se efectuó dicha información dando todos los detalles de la misma al apoderado de la empresa que firmo el contrato, es evidente que era a la misma a quien incumbía la carga de probar tal hecho, en atención a ello las consecuencias negativas de dicha falta de prueba deben predicarse respecto de la demandada y no de la actora".

En idèntic sentit ens hem pronunciat a les sentències de 15 de febrer, 12 de març, 12 i 17 de setembre, 26 de novembre i 5 de desembre de 2.012 i de 20 de novembre de dos mil tretze, entre altres.

No és admissible que en un dels motius del recurs l'apel·lant miri de justificar l'escassíssima prova que ha presentat per acreditar el compliment d'aquests deures, en el temps que ha passat i en què no tenia l'obligació de guardar la documentació corresponent.

Si tenim en compte que, com veurem més endavant, la documentació que acredita les successives ordres de compra fa avinent que la informació que va facilitar al seu client era, a més de totalment incorrecta, completament insuficient, se'ns fa difícil pensar que la que diu que no ha pogut presentar acreditaria una informació més completa i clara.

Les obligacions subordinades. Concepte i naturalesa jurídica.

TRETZÈ. La Secció Cinquena de la Audiència de Astúries, en les sentències de 26 de desembre y 29 de novembre de 2.013, afirma:

"Las obligaciones subordinadas constituyen una mutación o alteración del régimen común de 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 deudas vigentes en ese momento, constituyendo unos de sus requisitos el que dichos fondos deben tener un vencimiento inicial de al menos 5 años, tras dicho periodo 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 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 no se hayan pagado todas las demás deudas vigentes del 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...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.

Asimismo, las obligaciones subordinadas tienen la consideración oficial de producto complejo del art. 79 bis 8.a) de la Ley del Mercado de Valores, si se tiene en cuenta que este precepto considera no complejos dos categorías de valores: una primera, que englobaría a los valores típicamente desprovistos de riesgo y las acciones cotizadas como valores ordinarios, cuyo riesgo es de general conocimiento; y una segunda, que considera valores no complejos aquéllos en los que concurren tres condiciones, a saber: Que existan posibilidades frecuentes de venta, reembolso u otro tipo de liquidación de dicho instrumento financiero a precios públicamente disponibles para los miembros en el mercado y que sean precios de mercado o precios ofrecidos, o variados, por sistemas de evaluación independientes del emisor. Y, finalmente, que no impliquen pérdidas reales o potenciales para el cliente que excedan del coste de adquisición del instrumento y que exista a disposición del público información suficiente sobre sus características, que sea comprensible, de modo que permita a un cliente minorista emitir un juicio fundado para decidir si realiza o no la operación.

Estem completament d'acord amb les explicacions d'aquesta resolució respecte de les característiques i conceptualització com a producte complex i d'alt risc del deute subordinat, amb les conseqüències inherents en matèria de informació als clients.

Les participacions preferents. Concepte i naturalesa jurídica.

CATORZÈ. La sentència de la Secció Cinquena de l'Audiència d'Astúries de 18 de juliol de 2.013 ha fet un acurat i exhaustiu estudi d'aquesta qüestió.

Aquesta resolució explica:

“Las participaciones preferentes se encuentran reguladas en la Ley 13/1985 de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión , Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros. En el artículo 7 de dicha Ley 13/1985 se establece que las participaciones preferentes constituyen recursos propios de las entidades de crédito. Las participaciones preferentes cumplen una función financiera de la entidad y computan como recursos propios, por lo que el dinero que se invierte en participaciones preferentes no constituye un pasivo en el balance de la entidad. El valor nominal de la participación preferente no es una deuda del emisor, por lo que el titular de la misma no tiene derecho de crédito frente a la entidad, no pudiendo exigir el pago. La consecuencia de ello es que el riesgo del titular de la participación preferente es semejante, aunque no igual, al del titular de una acción.

En la Disposición Adicional Segunda de esta ley se regulan los requisitos para la computabilidad de las participaciones preferentes como recursos propios. Esta Disposición Adicional Segunda fue redactada por el apartado diez del artículo primero de la Ley 6/2011, de 11 de abril, por la que se transpone a nuestro Derecho la Directiva 2009/111/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por la que se modificó la Ley 13/1985, la Ley 24/1988, de 28 de julio del Mercado de Valores y el R.D. Legislativo 1298/1986, de 28 de junio sobre adaptación del derecho vigente en materia de entidades de crédito al de las Comunidades Europeas.

La Directiva 2009/111/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009 no califica la participación preferente como instrumento de deuda, sino como instrumento de capital híbrido al que se ha de aplicar el mismo tratamiento contable y financiero que reciben los recursos propios de la entidad de crédito emisora, de ahí que una primera aproximación a esta figura nos lleva a definirla como un producto financiero que presenta altos niveles de riesgo y complejidad en su estructura y condiciones, como así se reconoce en la exposición de motivos del RDL 24/2012 de reestructuración y resolución de entidades de crédito (BOE de 31 de agosto de 2012).

En la misma línea el Banco de España las define como un instrumento financiero emitido por una sociedad que no otorga derechos políticos al inversor, ofrece una retribución fija (condicionada a la obtención de beneficios) y cuya duración es perpetua, aunque el emisor suele reservarse el derecho a amortizarlas a partir de los cinco años, previa autorización del supervisor (en el caso de las entidades de crédito, el Banco de España)...

En relación a la rentabilidad de la participación preferente se infiere que el pago de la remuneración estará condicionado a la existencia de beneficios o reservas distribuibles en la entidad de crédito emisora o dominante. También ha de mencionarse que la liquidez de la participación preferente sólo puede producirse mediante su venta en el mercado secundario, por lo que en supuestos de ausencia de rentabilidad hace difícil que se produzca la referida liquidez...

Las consideraciones anteriores apuntan sin duda alguna a la consideración del producto participaciones preferentes como un producto complejo, en modo alguno sencillo. Dicha calificación se hace con fundamento en el actual artículo 79 bis 8.a) Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores que considera valores no complejos a dos categorías de valores.

En primer lugar, a los valores típicamente desprovistos de riesgo y a las acciones cotizadas como valores ordinarios éstas cuyo riesgo es de «general conocimiento». Así, la norma considera no complejos de forma explícita a las" (i) acciones admitidas a negociación en un mercado regulado o en un mercado equivalente de un tercer país; (ii) a los instrumentos del mercado monetario; (iii) a las obligaciones u otras formas de deuda titulizada, salvo que incorporen un derivado implícito; y (iv) a las participaciones en instituciones de inversión colectiva armonizadas a nivel europeo."

En segundo lugar, como categoría genérica, el referido precepto considera valores no complejos a aquéllos en los que concurren las siguientes tres condiciones: «(i) Que existan posibilidades frecuentes de venta, reembolso u otro tipo de liquidación de dicho instrumento financiero a precios públicamente disponibles para los miembros en el mercado y que sean precios de mercado o precios ofrecidos, o validados, por sistemas de evaluación independientes del emisor; (ii) que no impliquen pérdidas reales o potenciales para el cliente que excedan del coste de adquisición del instrumento; (iii) que exista a disposición del público información suficiente sobre sus características. Esta información deberá ser comprensible de modo que permita a un cliente minorista medio emitir un juicio fundado para decidir si realiza una operación en ese instrumento...

En su consecuencia, la participación preferente es claramente calificable como valor complejo, porque no aparece en la lista legal explícita de valores no complejos y porque no cumple ninguno de los tres referidos requisitos".

La sentència de la Audiència Provincial de Córdoba de 30 de gener de 2013 coincideix amb aquesta qualificació del producte:

"las participaciones preferentes constituyen un producto complejo de difícil

seguimiento de su rentabilidad y que cotiza en el mercado secundario, lo que implica para el cliente mayores dificultades para conocer el resultado de su inversión y para proceder a su venta, y, correlativamente, incrementa la obligación exigible al banco sobre las vicisitudes que puedan rodear la inversión. La Comisión Nacional del Mercado de Valores ha indicado sobre este producto que "son valores emitidos por una sociedad que no confieren participación en su capital ni derecho a voto. Tienen carácter perpetuo y su rentabilidad, generalmente de carácter variable, no está garantizada. Se trata de un instrumento complejo y de riesgo elevado que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido.... Las PPR no cotizan en Bolsa. Se negocian en un mercado organizado...No obstante, su liquidez es limitada, por lo que no siempre es fácil deshacer la inversión..."

La sentència del Tribunal Suprem de 8 de setembre de 2.014 les defineix així:

"Las participaciones preferentes son valores atípicos de carácter perpetuo, que contablemente forman parte de los recursos propios de la sociedad que los emite, pero no otorgan derechos políticos al inversor y sí una retribución fija, condicionada a la obtención de beneficios. Esta remuneración se asemeja, de un lado, a la renta fija porque está predeterminada y no es acumulativa, y de otro a la renta variable en la medida en que depende de la obtención de suficientes beneficios.

El reseñado carácter perpetuo no impide que la entidad emisora se pueda reservar el derecho a amortizarlas a partir de los cinco años, previa autorización del supervisor.

De este modo, las participaciones preferentes, que cuando son emitidas por sociedades extranjeras, como es nuestro caso, suelen denominarse "acciones preferentes", vienen a ser un "híbrido financiero", pues combinan caracteres propios del capital y otros de la deuda...

En atención a lo que es objeto del presente recurso, debemos destacar que la participación preferente no atribuye derecho a la restitución del valor nominal, por lo que puede hablarse de un valor potencialmente perpetuo o sin vencimiento, ya que su regulación dispone de forma imperativa que el dinero captado por la entidad emisora debe estar invertido en su totalidad y permanentemente en la entidad o en su dominante, de manera que quede directamente afecto a los riesgos y la situación financiera de la entidad. Propiamente, la participación preferente no atribuye un derecho de crédito contra la entidad emisora para la restitución del valor nominal invertido. De tal forma que la liquidez de la participación preferente sólo puede producirse mediante su venta en el mercado secundario de valores en el que cotiza".

Aquesta qualificació de producte complex implica que l'entitat bancària que els comercialitza ha d'extremar el seu deure d'informació al client, de manera que el permeti conèixer els seus trets fonamentals i sigui totalment conscient de les seves característiques, decidint lliurament si li convé comprar-les o no.

L'error essencial com a vici invalidant del consentiment contractual.

QUINZÈ. Tant a la primera com a la segona instància aquesta ha estat la qüestió que ha centrat la discussió entre les parts.

Una correcta valoració de la prova practicada sobre aquest tema litigiós exigeix que prèviament, i des d'una perspectiva jurídica, recordem quins

són els requisits necessaris segons la jurisprudència per poder declarar la nul·litat d'un contracte per l'existència d'un consentiment viciat per error.

Les sentències del Tribunal Suprem de 17 d'octubre de 1.989 i de 3 de juliol de 2.006 expliquen:

"El error, como vicio que afecta a la formación de la voluntad de uno de los contratantes, significa un falso conocimiento de la realidad capaz de dirigir la voluntad a la emisión de una declaración no efectivamente querida, pudiendo llegar a esa situación el que la padece por su propia e incorrecta percepción de las cosas o por su defectuosa valoración de las mismas, o conducido a ella por la consciente e intencionada actuación, activa o pasiva, de la otra parte contratante, de suerte que, en el primer caso se contempla al que padece el error (artículo 1.266 del Código Civil), y en el segundo al que lo produce, incurriendo en actuación dolosa (artículo 1.269 del mismo Código Civil), pudiendo incluso coincidir o no en el mismo resultado de originar la desconexión del contratante con la realidad".

Les sentències del mateix tribunal d'11 de novembre de 1.997, 18 de juliol de 2.000 i 20 de març de 2.006, diuen:

"Para que el error en el consentimiento invalide el contrato, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.265 del Código Civil, es indispensable que recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituya su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieren dado lugar a su celebración (artículo 1.266. 1º, del Código Civil), que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar (SSTS de 1 de julio de 1.915 y de 26 de diciembre de 1.944), que no sea imputable a quien lo padece (SSTS. de 21 de octubre de 1.932 y de 14 de diciembre de 1.957) y que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado (SSTS de 14 de junio de 1.943 y de 21 de mayo de 1.963). En definitiva, como ha señalado la STS. de 14 de febrero de 1.994, para que el error en el objeto, al que se refiere el párrafo primero del artículo 1.266 del Código Civil, pueda ser determinante de la invalidación del respectivo contrato (en el aspecto de su anulabilidad o nulidad relativa) ha de reunir estos requisitos fundamentales: a) que sea esencial, es decir, que recaiga sobre la propia sustancia de la cosa, o que ésta no tenga alguna de las condiciones que se le atribuyen, y aquella de la que carece sea, precisamente, la que, de manera primordial y básica, atendida la finalidad del contrato, motivó la celebración del mismo; y b) que, aparte de no ser imputable al que lo padece, el referido error no haya podido ser evitado mediante el empleo, por el que lo padeció, de una diligencia media o regular, teniendo en cuenta la condición de las personas, no sólo del que lo invoca, sino de la otra parte contratante, cuando el error pueda ser debido a la confianza provocada por las afirmaciones o la conducta de ésta (STS. de 6 de junio de 1.953, 27 de octubre de 1.964 y 4 de enero de 1.982), es decir, que el error sea excusable, entendida esa excusabilidad en el sentido ya dicho de inevitabilidad del mismo por parte del que lo padeció, requisito que el Código Civil no menciona expresamente, pero que se deduce de los llamados principios de auto responsabilidad y buena fe (artículo 7 del Código Civil)".

La sentència ja citada de 20 de gener de 2.014 diu:

"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.

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.

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.

El art. 1266 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. 1261.2 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...

El error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente cierta, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre el futuro 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. Aunque conviene apostillar que la representación ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos, de tal forma que si el conocimiento de ambas cuestiones era correcto, la representación equivocada de cuál sería el resultado no tendría la consideración de error.

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."

SETZÈ. La sentència del Tribunal Suprem de continua referència, per la seva importància cabdal en matèria de nul·litat dels contractes bancaris per error provocat per manca d'informació de les entitats bancàries, a continuació relaciona l'error del consentiment amb la manca d'informació amb els següents arguments:

"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 swap. El hecho de que el apartado 3 del art. 79 bis LMV imponga a la entidad financiera que

comercializa productos financieros complejos, como el swap contratado por las partes, el deber de suministrar al cliente minorista una información comprensible y adecuada de tales instrumentos (o productos) financieros, que necesariamente ha de incluir "orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos", muestra que esta información es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento. Dicho de otro modo, el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero...

De este modo, el deber de información contenido en el apartado 3 del art. 79 bis LMV presupone la necesidad de que el cliente minorista a quien se ofrece la contratación de un producto financiero complejo como el swap de inflación conozca los riesgos asociados a tal producto, para que la prestación de su consentimiento no esté viciada de error que permita la anulación del contrato. Para cubrir esta falta de información, se le impone a la entidad financiera el deber de suministrarla de forma comprensible y adecuada.

Pero conviene aclarar que 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.

Al mismo tiempo, la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente".

Pel que fa a la relació de l'error en el consentiment per falta d'informació i la falta dels tests de conveniència i de idoneïtat, continua explicant:

"En el primer caso, en que la entidad financiera opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada, la entidad debe valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, y evaluar si es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión que va a contratar, mediante el denominado test de conveniencia. En el segundo, si el servicio prestado es de asesoramiento financiero, además de la anterior evaluación, la entidad debería hacer un informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente, para poder recomendarle ese producto, por medio del llamado test de idoneidad.

En un caso como el presente, en que el servicio prestado fue de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad financiera no se limitaba a cerciorarse de que el cliente minorista 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.

En caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error

vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación, en atención a los intereses del cliente minorista que contrata el swap, como si al hacerlo tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo. La omisión del test que debía recoger esta valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo”.

El mateix criteri trobem a les sentències també citades del Tribunal esmentat de 8 i 7 de juliol (dos de la mateixa data) de 2.014.

Valoració de la prova.

DISSETÈ. Sobre la base de les premisses normatives i jurisprudencials aplicables al cas que ara ens ocupa, estem en condicions d'estudiar si el consentiment que va prestar el demandant estava viciat per un error essencial i excusable, propiciat per la manca o la insuficiència de la informació facilitada per la demandada.

La sentència impugnada s'ocupa abastament d'estudiar les proves presentades amb la finalitat de determinar si la informació rebuda pels demandants es pot considerar suficient als efectes de considerar que quan van comprar les preferents ho van fer amb prou coneixement del producte que adquirien i de les seves conseqüències.

Dóna una resposta negativa.

Coincidim essencialment amb els seus arguments i en la valoració que fa de la prova practicada i els donem per reproduïts.

Volem, però, remarcar encara més les següents circumstàncies rellevants a l'hora de decidir la qüestió litigiosa.

Primera, la professió del demandant no té res a veure amb el món financer.

Segons el test de conveniència que se li va fer i de les seves nòmines, s'acredita que és

Té estudis primaris i no té cap coneixement especial en matèria econòmica o financera.

Segona, el seu perfil inversor es pot qualificar de moderat o conservador.

Dels documents bancaris presentats amb la demanda queda demostrat que invertia sistemàticament els seus diners en dipòsits a termini amb un interès fix i el capital sempre garantit.

Només una vegada, l'any 2.000, havia invertit anteriorment 3.000 euros en deute subordinat. L'entitat demandada li va pagar quantitats periòdiques mensuals per aquest producte, el que fa que fàcilment pogués confondre'ls amb un pagament d'interessos derivats d'un estalvi

a termini.

Tercera, la seva confiança en els empleats de la sucursal de l'entitat financera demandada era total, com ha quedat demostrat en el judici tant per les seves declaracions com per les dels empleats de la sucursal.

Quarta, aquesta confiança feia que fossin aquests empleats els que l'indiquessin quins eren els productes que havia de comprar, fent una tasca d'assessorament sobre les seves inversions, com també van reconèixer en el judici.

Cinquena, de la documentació presentada per ambdues parts relativa als successius contractes de compra de preferents i de deute subordinat que ara ens ocupen, resulta que no tenim la més mínima constància que abans de la seva signatura els empleats de la demandada informessin d'una manera suficient als demandants de les característiques essencials i els riscos d'aquest producte.

Aquest fet queda corroborat per la declaració testifical de l'empleada que s'encarregava d'atendre'l, quan va afirmar que comercialitzaven aquests productes com de baix risc, el que feia que no s'informés els clients de la possibilitat de perdre les quantitats invertides.

Sisena, mai se li va fer cap test d'idoneïtat, que ja era preceptiu en aquell moment.

Setena, sí que se li va fer un senzill i esquemàtic test de conveniència, en el qual es va fer constar que tenia una educació primària i que mai havia treballat en el sector financer.

Malgrat això es qualificava els seus coneixements financers com "avançats", el que li permetia contractar productes de risc sobre la inversió.

Vuitena, en les ordres de compra es definien les preferents com un producte "conservador" i que està indicat "per a inversors que volen assumir pocs riscos o amb un termini d'inversió molt curt".

Com podem apreciar fàcilment, aquesta definició del producte és completament errònia i no es correspon amb la caracterització que en fan ni el Banc d'Espanya ni la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

Novena, l'ordre de compra del deute subordinat deia que es tractava d'un producte "prudent", valoració completament allunyada de les característiques i riscos que presentava com hem vist més amunt.

Desena, el demandant sempre va ser qualificat per la demandada com a client minorista, amb les conseqüències que aquesta qualificació implica respecte del deure de procurar-li una informació superior i més acurada sobre les característiques i riscos dels productes que adquiria per consell dels empleats de la segona.

Onzena, no consta per enlloc que se li lliurés un exemplar dels successius fulletons explicatius de les diverses emissions de preferents

que ha presentat la demandada amb la seva contestació a la demanda. Cap d'aquests documents porta la signatura del demandant ni cap altre dada que permeti acreditar que els van rebre.

Dotzena, sí consta que se li va lliurar un tríptic informatiu de l'emissió de deute subordinat, però no el fulletó que també va presentar la demandada.

Aquell tríptic és completament insuficient perquè un client minorista sense cap experiència especial en matèria financera pugui fer-se una idea correcta de les característiques, funcionament i riscos d'aquesta mena de producte.

Tretzena, l'aspecte formal com la demandada presentava documentalment aquestes operacions, o per ser més exactes les quantitats que s'hi havien invertit, era com si es tractés d'operacions de renda fixa a termini.

Això contribuïa a propiciar una clara confusió sobre la naturalesa dels productes adquirits, provocada per la pròpia entitat financera demandada.

Catorzena, aquests productes donaven uns rendiments periòdics trimestrals o mensuals, de manera que era perfectament possible que el demandant pensés que havia adquirit un producte a termini que generava uns "interessos" periòdics.

DIVUITÈ. Del que acabem d'exposar, queda demostrat que ens trobem davant d'uns productes d'una evident complexitat.

Per aquesta raó la seva contractació requereix d'una exhaustiva informació, que pot provenir o dels coneixements en matèria econòmica i financera que el client tingui per sí mateix o de la informació que li procuri l'entitat financera complint amb la normativa aplicable.

Com ja hem dit, la informació que el banc estava obligat a proporcionar als seus clients ha estat inexistent o molt escassa segons els casos, i en aquest darrer supòsit va ser essencialment errònia en trets fonamentals dels productes.

Per tot això, considerem provada l'existència d'un error essencial en el consentiment donat pel demandant quan va subscriure els diversos contractes impugnats.

De les proves practicades queda clar que el que considerava que estava contractant era alguna modalitat de dipòsit a termini, en els quals no hi havia la més mínima possibilitat de perdre el capital invertit i que, a més, produirien una rendibilitat periòdica fins que decidís recuperar el capital.

En cap cas va arribar a entendre, per falta d'una suficient informació per part del banc demandat, que existia el risc de poder perdre en tot o en part el capital invertit, ni que les preferents que contractava s'acostaven

molt més a una acció que a un dipòsit a termini.

En definitiva, l'error recau en un element essencial del contracte, com és la representació del seu objecte i funcionament, fins el punt que aquest tribunal considera demostrat que no hauria expressat el seu consentiment si hagués arribat a entendre la seva real operativitat i els riscos que comportava.

A més és un error excusable, atès que el demandant no tenia cap formació ni informació econòmica o financera que li permetés entendre l'estructura i funcionament de les participacions preferents i del deute subordinat sense una informació acurada i extensa per part del banc demandat, que ha incomplert les seves obligacions legals de procurar-li una informació veraç i completa sobre el funcionament, finalitat, riscos i conseqüències dels successius contractes.

No afecta a l'existència d'aquest error essencial i excusable el fet que durant anys el demandant percebés uns rendiments periòdics derivats de les seves preferents i del deute subordinat.

Aquesta circumstància no feia res més que confirmar la seva creença en què els dipòsits que pensava que havia constituït generaven uns interessos o qualsevol altra classe de rendiments, sense que d'aquesta circumstància, ni de la informació que se li hi havia facilitat per la demandada, pogués arribar a entendre que en realitat el que se li estava pagant era una participació en els beneficis de la demandada subordinats a la seva existència.

DINOVÈ. El que acabem de dir implica la confirmació de la nul·litat de les compravendes declarada per la sentència de primera instància.

En aquest sentit, no té cap transcendència pràctica la distinció teòrica que introdueix el recurs en els seus motius tercer i quart entre la validesa i eficàcia del les participacions preferents i la nul·litat dels contractes de venda.

La sentència impugnada no confon ambdós aspectes, sinó que es limita a declarar la nul·litat de les vendes, no la dels títols (preferents o subordinades) venuts.

Per altra banda, i com reconeix el recurs, mai els demandants ha pretès la nul·litat dels títols.

Canvi de les participacions per accions. Venda de les accions. Actes propis

VINTÈ. L'apel·lant al·lega que la conversió forçosa tant de les participacions preferents com del deute subordinat emeses per Catalunya Banc SA en accions de la mateixa entitat i posteriorment la venda d'aquestes accions pel demandant, implicaria un acte inequívoc

de confirmació dels contractes de compra d'acord amb l'article 1.309 del CC espanyol.

Això suposaria una clara contradicció amb la pretensió de nul·litat.

VINT-I-UNÈ. El dia 7 de juny de 2.013 la Comisión Rectora del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, dins del pla corresponent a la demandada, va decidir imposar a l'emissora de les preferents i de les subordinades (la demandada) la recompra vinculant de les seves participacions preferents i el seu bescanvi per accions de la mateixa societat.

En virtut d'aquesta resolució, el demandant va rebre en pagament de les seves participacions i del seu deute subordinat, que tornava a adquirir el banc demandat, un total de 8.524 accions de Catalunya Banc SA.

L'apel·lant no troba cap problema en aquest canvi, sinó en el fet que després els demandants venguessin aquestes accions.

Efectivament, el demandant les va vendre al Fons de Garantía de Dipòsits el dia 19 de juliol de 2.013, percebent un preu de 13.311,22 euros.

De la documentació presentada queda clar que l'apel·lant informava als seus clients que es trobaven en la mateixa situació que podien vendre les accions que havien rebut a canvi de les seves preferents de manera voluntària però, cas que no ho fessin, els advertia de la gran dificultat de venda posterior, atès que aquestes accions no cotitzaven en borsa.

El demandant es va acollir a la recomanació de la demandada.

Aquesta informació per enlloc deia que si es produïa la venda de les accions això podria implicar qualsevol mena de conseqüència negativa respecte de les reclamacions que els preferentistes haguessin pogut formular contra ella per via judicial o extrajudicial, com ara pretén.

Per altra banda, quan el demandant va vendre les accions, va especificar clarament que en absolut implicava que donés validesa a l'adquisició de les preferents o del deute subordinat ni que renunciés a les accions que havia exercit. Igualment deia que la venda la feia amb l'única finalitat de mirar de recuperar el màxim de les quantitats invertides.

Amb aquestes premisses es fa difícil sostenir que la venda de les accions implica la convalidació del vici d'anul·labilitat dels contractes de compra de preferents i de deute subordinat per error essencial.

El que suposa és una clara intenció de mirar de salvar de la crema, sin se'ns permet l'ús d'aquesta expressió col·loquial, una part dels diners que havia invertit en l'adquisició de preferents i subordinades desconeixent els trets essencials d'aquests productes per manca d'informació de la demandada.

En definitiva, la venda de les seves accions al Fons de Garantía de

Dipòsits no implica cap mena de convalidació del contracte.

Costes.

VINT-I-DOSE. L'apel·lant també qüestiona que se li hagin imposat les costes de la primera instància.

En el seu recurs argumenta que, fins i tot si s'estima íntegrament la demanda, no es pot passar per alt que estem davant d'una qüestió jurídica que ha provocat decisions judicials contradictòries, el que d'acord amb el que disposa l'article 394.1 darrer paràgraf de la LEC hauria de portar a la no imposició de les costes.

VINT-I-TRESÈ. El criteri d'aquesta Audiència en matèria d'error vici del consentiment en contractes bancaris i respecte de les obligacions d'informació de les entitats financeres als seus clients, és ben coneguda i constant.

En realitat no existeixen discrepàncies amb les decisions d'altres Audiències, sinó més aviat en la valoració de la prova que sobre l'error en el consentiment que es fa en cada cas.

Per tant, no hi ha cap motiu per no imposar les costes de la primera i de la segona instància sobre la base de dubtes jurídics.

DECISIÓ

PRIMER. Desestimem el recurs d'apel·lació presentat en nom de CATALUNYA BANC, SA contra la sentència de primera instància de data 23 de juny de 2014 i la confirmem íntegrament.

SEGON. Imposem les costes de la segona instància a la part apel·lant.

Contra aquesta resolució es pot presentar recurs de cassació, d'acord amb allò que estableix l'article 477.2.3º de la LEC si s'acredita el seu interès cassacional, i per infracció processal, de conformitat al que disposa la seva disposició final setzena.

Serà competent per a la seva resolució el Tribunal Suprem i s'haurà d'interposar davant d'aquesta Secció de l'Audiència en el termini de vint dies des de la seva notificació.

En el moment d'interposar-los s'haurà de fer el pagament de les taxes i dipòsit preceptius, si escau.

Notifiqueu aquesta Sentència a les parts i deixeu-ne un testimoniatge en aquest rotlle i en les actuacions originals, que es retornaran al Jutjat de Primera Instància i Instrucció del qual procedeixen.

Així ho decideix la Sala, integrada pels magistrats esmentats a l'encapçalament, que signen a continuació.

PUBLICACIÓ. Avui, s'ha publicat aquesta Sentència, d'acord amb el que s'estableix legalment. En dono fe com a secretària judicial d'aquesta Secció.