



REMITENTE: Sección Tercera de la Audiencia Provincial. Santa Cruz de Tenerife

DESTINATARIOS

Nombre	Nº colegiado	Colegio
Santa Marquez De La	73	Ilustre Colegio de Procuradores de Valdepeñas
Esther Martin Garcia	323	Ilustre Colegio de Procuradores de Tenerife

DATOS DEL ROLLO

NIG: 3803842120140012977
Orden Jurisdiccional: Civil
Rollo: Recurso de apelación 0000702/2015

RESOLUCIÓN NOTIFICADA

SENTENCIA TEXTO LIBRE



SECCIÓN TERCERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL
Avda. Tres de Mayo nº3
Santa Cruz de Tenerife
Teléfono: 922 20 86 56
Fax.: 922 208655

Rollo: Recurso de apelación
Nº Rollo: 0000702/2015
NIG: 3803842120140012977
Resolución: Sentencia 000126/2016

Proc. origen: Procedimiento ordinario Nº proc. origen: 0000757/2014-00
Juzgado de Primera Instancia Nº 2 de Santa Cruz de Tenerife

<u>Intervención:</u>	<u>Interviniente:</u>	<u>Abogado:</u>	<u>Procurador:</u>
Apelado		Emilio Garcia-Granados Alayon	Santa Marquez De La
Apelado		Emilio Garcia-Granados Alayon	Esther Martin Garcia
Apelado		Emilio Garcia-Granados Alayon	Esther Martin Garcia
Apelado		Emilio Garcia-Granados Alayon	Esther Martin Garcia
Apelante	BANKIA S.A.	María Jose Cosmea Rodríguez	

SENTENCIA

Ilmos. Sres.

Presidente:

D. MODESTO FERNÁNDEZ DEL VISO BLANCO

Magistradas:

D^a. MACARENA GONZÁLEZ DELGADO

D^a. MARÍA LUISA SANTOS SÁNCHEZ

En Santa Cruz de Tenerife, a 4 de abril de 2016.

Visto por los Ilmos. Sres. Magistrados arriba expresados el presente recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia dictada en los autos de Juicio Ordinario nº. 757/2014, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº. 2 de Santa Cruz de Tenerife, promovidos por D^a. , D. , D.
y D^a. , representados por la Procuradora D^a.

Esther Martín García, y asistido por los Letrados D. Carlos Gómez Sirvent, D. Javier Authami García González y D. Carlos Zurita Pérez, contra la entidad Bankia, S. A, representado por el Procurador D. Ricardo de la Santa Márquez, y asistido por el Letrado D. María José Cosmea Rodríguez; han pronunciado, en nombre de S.M. EL REY la presente sentencia, con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO





PRIMERO.- En los autos indicados la Il^{ta}. Sra. Magistrada Juez D^a. Gabriela Reverón González, dictó sentencia el treinta de junio de dos mil quince, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

” Que debo estimar y estimo íntegramente la demanda deducida por el procurador de los tribunales D^a. Esther Martín García, en nombre y representación de D.^a

, D. , D. , y D^a , defendidos por el letrado D. Carlos Gómez Sirvent, contra la mercantil Bankia, y en consecuencia, debo declarar y declaro la nulidad de la compraventa de participaciones preferentes y obligaciones subordinadas, así como del canje de haberse producido, por manifiesto vicio de consentimiento, con obligación de las partes contratantes de restituirse recíprocamente lo que hayan percibido, condenando a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a restituir a los actores el importe total empleado para la suscripción de dichas participaciones que figura en las órdenes de suscripción y cuya suma asciende a 375.000 euros, más los intereses legales, debiendo la demandada, igualmente, restituir cuantos intereses, comisiones y gastos haya cargado en la cuenta corriente de los actores, sin perjuicio de la obligación de éstos de devolver, igualmente, las prestaciones y acciones recibidas, y todo ello sin imposición de las costas a la demandada”

SEGUNDO.- Notificada la sentencia a las partes en legal forma, se interpuso recurso de apelación por la representación de la parte demandada; tramitándose conforme a lo previsto en los artículos 457 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, presentando escrito de oposición la parte contraria, y remitiéndose con posterioridad los autos a esta Audiencia Provincial, con emplazamiento de las partes por término de diez días.

TERCERO.- Que recibidos los autos en esta Sección Tercera se acordó formar el correspondiente Rollo; personándose oportunamente la parte apelante por medio del Procurador D. Ricardo de la Santa Márquez, bajo la dirección de la Letrada D^a. María José Cosmea Rodríguez, la parte apelada se personó por medio de la Procuradora D^a. Esther Martín García, bajo la dirección del Letrado D. Emilio García Granados Alayón; señalándose para deliberación, votación y fallo el día treinta de marzo del corriente año.

Ha sido Ponente la Il^{ma} Sra D^a. **MACARENA GONZÁLEZ DELGADO** Magistrada de esta Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La actora interpone demanda solicitando la declaración de nulidad de los contratos de suscripción de participaciones preferentes y obligaciones subordinadas de 22 de mayo de 2009 y 5 de mayo de 2010, por incumplimiento de las obligaciones legales de información contenidas en la LVM y el RD 217/2008 con los efectos legales.

Opuesta la entidad demandada, se dicta sentencia en la primera instancia estimando la demanda declarando la nulidad de los citados contratos con obligación de las partes de restituirse recíprocamente lo que hayan percibido mas los intereses legales e imposición de las costas a la la entidad demandada.

Contra dicha sentencia se alza el recurso de la entidad demandada efectuando las siguientes alegaciones: 1) error en la valoración de la prueba respecto de la información facilitada. 2) La actora no ha probado la realidad de los errores que dice haber sufrido, demostrándose, por el contrario, la inexistencia de vicio alguno del consentimiento. 3) Presuponiendo la existencia del





error, nunca sería inexcusable e invalidante sino una grave negligencia de la actora. 4) Revocación de la sentencia y la imposición a la demandante de las costas tanto de la primera como de la segunda instancia.

A dicho recurso se opone la parte actora pidiendo la confirmación de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- La reciente sentencia del Tribunal Supremo de 25.2.2016 dispuso

Caracterización de los productos contratados:

b) Las obligaciones subordinadas:

3.- En términos generales, se conoce como deuda subordinada a unos títulos valores de renta fija con rendimiento explícito, emitidos normalmente por entidades de crédito, que ofrecen una rentabilidad mayor que otros activos de deuda. Sin embargo, esta mayor rentabilidad se logra a cambio de perder capacidad de cobro en caso de insolvencia o de extinción y posterior liquidación de la sociedad, ya que está subordinado el pago en orden de prelación en relación con los acreedores ordinarios (en caso de concurso, *art. 92.2 Ley Concursal*). A diferencia de las participaciones preferentes, que como veremos, suelen ser perpetuas, la deuda subordinada suele tener fecha de vencimiento. El capital en ningún caso está garantizado y estos bonos no están protegidos por el Fondo de Garantía de Depósitos.

Básicamente, la regulación de las obligaciones subordinadas que pueden emitir las entidades de crédito se recoge en la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros, y en el Real Decreto 1370/1985. Sus características son las siguientes: a) A efectos de prelación de créditos, las obligaciones subordinadas se sitúan detrás de los acreedores comunes, siempre que el plazo original de dichas financiaciones no sea inferior a 5 años y el plazo remanente hasta su vencimiento no sea inferior a 1 año; b) No podrán contener cláusulas de rescate, reembolso o amortización anticipada ejecutables a voluntad del deudor; c) Se permite su convertibilidad en acciones o participaciones de la entidad emisora, cuando ello sea posible, y pueden ser adquiridas por la misma al objeto de la citada conversión; d) El pago de los intereses se suspenderá en el supuesto de que la entidad de crédito haya presentado pérdidas en el semestre natural anterior.

Por tanto, las obligaciones subordinadas tienen rasgos similares a los valores representativos del capital en su rango jurídico, ya que se postergan detrás del resto de acreedores, sirviendo de última garantía, justo delante de los socios de la sociedad, asemejándose a las acciones en dicha característica de garantía de los acreedores.

Tras la promulgación de la *Ley 47/2007*, este producto financiero se rige por lo previsto en los arts. 78 bis y 79 bis LMV; mientras que con anterioridad a dicha normativa MiFID, se regían por lo previsto en el *art. 79 LMV* y en el *RD 629/1993, de 3 de mayo*, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios.

c) Las participaciones preferentes:

4.- La CNMV describe las participaciones preferentes como valores emitidos por una sociedad que no confieren participación en su capital ni derecho de voto, con vocación de perpetuidad y cuya rentabilidad no está garantizada. Se trata de un producto de inversión complejo y de riesgo elevado, que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido. 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.

Sobre este producto financiero se ha pronunciado específicamente *esta Sala en sentencias 244/2013, de 18 de abril ; 458/2014, de 8 de septiembre ; y 489/2015, de 16 de septiembre* . En ellas, se resalta la sujeción de estos productos financieros a la normativa MiFID, y con anterioridad, a las previsiones del *art. 79 LMV y al RD 629/1993* .

La actividad de las entidades comercializadoras de las participaciones preferentes está sujeta a la *Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, cuyo artículo 2 h)* incluye como valores negociables las participaciones preferentes emitidas por personas públicas o privadas.

Las participaciones preferentes están reguladas en la antes citada *Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros*. En su artículo 7 se indica que constituyen recursos propios de las entidades de crédito. Cumplen una función de financiación de la entidad y computan como recursos propios, por lo que el dinero que se invierte en ellas 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 un 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.

A su vez, 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 permite 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.

Otra característica fundamental de las participaciones preferentes es que no se atribuye al titular de las mismas un derecho a la restitución de su valor nominal, por lo que son valores perpetuos y sin vencimiento. Las participaciones preferentes cotizan en los mercados secundarios organizados y, en los supuestos de liquidación o disolución de la entidad de crédito emisora o de la dominante, darán derecho a obtener exclusivamente el reembolso de su valor nominal junto con la remuneración devengada y no satisfecha, que no hubiera sido objeto de cancelación, situándose, a efectos del orden de prelación de créditos y frente a lo que su nombre pueda erróneamente hacer interpretar, inmediatamente detrás de todos los acreedores, subordinados o no, de la entidad de crédito emisora o de la dominante del grupo o subgrupo consolidable de entidades de crédito y delante de los accionistas ordinarios y, en su caso, de los cuota-partícipes.

B) Los deberes de información y el error vicio del consentimiento en los contratos de inversión.

1.- Las *sentencias del Pleno de esta Sala núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014* , y *769/2014, de 12 de enero de 2015* , así como la *sentencia 489/2015, de 16 de septiembre* , recogen y resumen la jurisprudencia dictada en torno al error vicio en la contratación de productos financieros y de inversión. Afirmábamos en esas sentencias, con cita de otras anteriores, que hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea. Es necesario que la representación





equivocada merezca esa consideración, lo que exige que la equivocación se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

2.- 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 del mismo Código Civil). La jurisprudencia ha exigido que el error sea 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 (*sentencia núm. 215/2013, de 8 abril*).

3.- El error invalidante del contrato ha de ser, además de esencial, excusable, esto es, no imputable a quien lo sufre. El Código Civil no menciona expresamente este requisito, pero se deduce de los principios de autorresponsabilidad y buena fe. La jurisprudencia niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que ignoraba al contratar. En tal caso, ante la alegación de error, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida.

La diligencia exigible ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso. En principio, cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible, y si no lo hace, ha de cargar con las consecuencias de su omisión. Pero la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas, no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, de modo que es exigible una mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto, y, por el contrario, es menor cuando se trata de persona inexperta que entra en negociaciones con un experto, siendo preciso para apreciar la diligencia exigible valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta, aunque no haya incurrido en dolo o culpa.

En definitiva, el carácter excusable supone que el error no sea imputable a quien lo sufre, y que no sea susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe. Ello es así porque el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando este no merece esa protección por su conducta negligente, ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración.

4.- En el ámbito del mercado de valores y los productos y servicios de inversión, el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, 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 de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo, de acuerdo con lo declarado por *esta sala en las citadas*





sentencias núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014 , y núm. 769/2014, de 12 de enero , entre otras.

5.- La normativa del mercado de valores, incluso la vigente antes de la transposición de la Directiva MiFID da una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza.

No se trata de cuestiones relacionadas con los móviles subjetivos de los inversores (la obtención de beneficios si se producen determinadas circunstancias en el mercado), irrelevantes, como tales, para la apreciación del error vicio. La trascendencia que la normativa reguladora del mercado de valores reconoce a la información sobre los riesgos aparejados a la inversión, al exigir una información completa y comprensible sobre tal cuestión, muestra su relación directa con la función económico-social de los negocios jurídicos que se encuadran en el ámbito de la regulación del mercado de valores. (...)

La consecuencia de todo ello es que la información clara, correcta, precisa y suficiente sobre el producto o servicio de inversión y sus riesgos ha de ser suministrada por la empresa de servicios de inversión al potencial cliente no profesional cuando promueve u oferta el servicio o producto, con suficiente antelación respecto del momento en que se produce la emisión del consentimiento, para que este pueda formarse adecuadamente.

No se cumple este requisito cuando tal información se ha omitido en la oferta o asesoramiento al cliente en relación a tal servicio o producto, y en este caso hubo asesoramiento, en tanto que los clientes adquirieron los diferentes productos -depósitos estructurados, obligaciones subordinadas y participaciones preferentes- porque les fueron ofrecidos por la empleada de "Caixa Catalunya" con la que tenían una especial relación. Para que exista asesoramiento no es requisito imprescindible la existencia de un contrato remunerado "ad hoc" para la prestación de tal asesoramiento, ni que estas inversiones se incluyeran en un contrato de gestión de carteras suscrito por la demandante y la entidad financiera. Basta con que la iniciativa parta de la empresa de inversión y que sea ésta la que ofrezca el producto a sus clientes, recomendándoles su adquisición.

TERCERO.- Partiendo de la naturaleza de los referidos productos, el análisis de la concurrencia de error inexcusable en quien contrata la adquisición del referido producto con una entidad financiera debe contemplar si la información suministrada al cliente por la entidad vendedora ha sido la adecuada, en atención a la peculiar naturaleza del producto y las circunstancias personales de los adquirentes, debiendo ser valorados especialmente el perfil inversor, su nivel de información y conocimientos en el plano económico y la relación que le unía con la entidad con la que celebra el contrato.

El carácter indiscutiblemente complejo de las participaciones preferentes, especialmente en los casos en que se comercializan a ahorradores o inversores sin conocimientos precisos, supone que la entidad bancaria debe ser extremadamente diligente en la obtención de la información sobre los datos esenciales de los clientes para llegar al convencimiento de que el





producto financiero puede ser ofrecido, al tiempo que facilita al cliente la información precisa para que sea consciente del objeto del contrato y de las consecuencias del mismo. La diligencia exigible a la entidad financiera no es en este caso la de un buen padre de familia, sino la de un ordenado empresario y de un representante legal en defensa de los intereses de sus clientes.

Teniendo en cuenta el deber de información que afecta a la entidad demandada, en el sentido expuesto en las citas jurisprudenciales referidas y el perfil inversor de la actora, procede sin mas la confirmación de la resolución recurrida, ratificando las conclusiones a que llega la juez de instancia, fruto del examen de la prueba practicada, sin que pueda estimarse la concurrencia del error en la valoración de la prueba a que se refiere la demandada en su recurso, estimándose, por el contrario, que la concurrencia del error en el consentimiento prestado por la actora en la celebración del contrato conlleva la nulidad del mismo, procediendo, en consecuencia, la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia recurrida.

CUARTO.- Las costas de esta alzada se imponen a la parte recurrente de acuerdo con lo dispuesto en el art. 398 LEC.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y procedente aplicación,

FALLO

Se desestima el recurso de apelación formulado por la representación de la entidad BANKIA SA.

Se confirma la sentencia recurrida.

Las costas de esta alzada se imponen a la parte recurrente.

Procédase a dar al depósito el destino previsto de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O.P.J., si se hubiera constituido.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación por interés casacional (art. 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y recurso extraordinario por infracción procesal si se formula conjuntamente con aquél (Disposición Final decimosexta 2ª, de la Ley de Enjuiciamiento Civil), que podrán interponerse ante esta Sala en el plazo de veinte días.

Notifíquese esta resolución a las partes en la forma que determina el artículo 248-4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Una vez firme la presente resolución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de Primera Instancia de su procedencia, con testimonio de la misma, para su ejecución y cumplimiento y a los efectos legales oportunos.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al presente Rollo, definitivamente juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

