

Texto Integro

SENTENCIA N°: 56/2014

PRESIDENTE

D^a. M^a ELISABETH HUERTA SANCHEZ

MAGISTRADOS

D^a. LEONOR CUENCA GARCÍA

D^a MAGDALENA GARCÍA LARRAGAN

En la Villa de Bilbao, a 14 de marzo de 2014.

Vistos por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial en grado de apelación, los presentes autos de juicio 1.415/12 sobre Procedimiento Ordinario seguidos en primera instancia ante el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Bilbao y del que son partes como demandante D. Luciano representado por la Procuradora D^a Amalia Rosa Sáenz Martín y dirigido por el Letrado D. Ramón Varela Echevarria , y como demandado BANCO ESPIRITO SANTO, representado por la Procuradora D^a Itziar Otalora Ariño y dirigido por el Letrado D. David Fernández de Retana Gorostizagoiza, siendo Ponente en esta instancia la Ilma. Sra. Magistrada D^a MAGDALENA GARCÍA LARRAGAN.

ANTECEDENTES

Se dan por reproducidos los antecedentes de la sentencia apelada.

PRIMERO.- Por el Juzgador en primera instancia se dictó, con fecha 6 de noviembre de 2013, sentencia cuya parte dispositiva dice literalmente: **FALLO:** " Desestimar la demanda presentada por la Procuradora Sra. Sáenz Martín en nombre y representación de D. Luciano contra Banco Espíritu Santo S.A., Sucursal en España, absolviendo a la expresada demandada de todos los pedimentos contenidos en la demanda, condenando al demandante al pago de las costas. "

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación de D. Luciano ; y admitido dicho recurso en ambos efectos se elevaron los autos a esta Audiencia, previa su tramitación, y recibidos en esta Audiencia y una vez turnados a esta sección, se formó el correspondiente rollo y se siguió este recurso por sus trámites.

TERCERO.- Para la votación y fallo del presente recurso se señaló el día y hora correspondiente.

CUARTO.- En la tramitación de estos autos en ambas instancias se han observado las formalidades y términos legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La sentencia objeto de recurso ha desestimado la demanda interpuesta por el Sr. Luciano en pretensión de declaración de nulidad, y consecuencias inherentes, del contrato celebrado con BANCO ESPIRITU SANTO en virtud del cual adquirió en fecha 2 de octubre de 2007 50.000 obligaciones (OBGS) del KAUPTHING BANK con un interés del 6,75%. Y la primera de las cuestiones que ha de solventarse en esta alzada lo es la de caducidad de la acción, excepción que se

opuso en la primera instancia por la parte demandada y que, desestimada en la sentencia apelada, se esgrime de nuevo por la representación de BANCO ESPÍRITU SANTO aun sin mediar impugnación, lo que no es óbice a que se entre aquí a su conocimiento pues la caducidad, como bien afirma esta representación, puede ser apreciada de oficio.

SEGUNDO.- En el análisis de la antedicha cuestión de caducidad hemos de comenzar distinguiendo entre los supuestos de nulidad radical o inexistencia del contrato y de nulidad relativa o anulabilidad trayendo a colación la STS de 10 de abril de 2001 cuando señala: *" Para decidir acerca de la cuestión que el motivo suscita ha de tenerse en cuenta, ante todo, que en sede de ineficacia de los contratos resultan perfectamente diferenciables los conceptos de inexistencia o nulidad radical, de una parte, y de nulidad relativa o anulabilidad, de otra. En el primero se comprenden los supuestos en que o falta alguno de los elementos esenciales del contrato que enumera el artículo 1261 del Código Civil , o el mismo se ha celebrado vulnerando una norma imperativa o prohibitiva. El segundo se reserva para aquellos otros en que en la formación del consentimiento de los otorgantes ha concurrido cualquiera de los llamados vicios de la voluntad (error, violencia, intimidación o dolo), Sin embargo, el Código Civil carece de un tratamiento preciso de la ineficacia contractual, pues: a) Se echa en falta una regulación sistemática de la nulidad radical o absoluta, a la que por lo general la doctrina asimila la inexistencia, b) El vocablo "nulidad" que figura en la rúbrica del Capítulo IV, del Título II de su Libro Cuarto y en los artículos 1300, 1301 y 1302 ha de entenderse que se refiere únicamente a la nulidad relativa o anulabilidad, pues el primero de dichos preceptos parte de la base de que los contratos que pueden ser anulados a través del ejercicio de la acción que se regula en los otros dos, son aquellos "en que concurren los requisitos que expresa el artículo 1261". c) Los artículos 1305 y 1306, por su parte, aluden sin duda alguna a casos de nulidad de pleno derecho o absoluta, d) Finalmente, otros preceptos, como el 1307 y 1308 son de común aplicación a ambas especies de nulidad. Puede señalarse, como resumen de lo expuesto, que cuando el artículo 1302 establece rigurosas restricciones en cuanto al ejercicio de la acción de nulidad, se está refiriendo única y exclusivamente a aquellas pretensiones que se encaminen a obtener la anulación o declaración de nulidad relativa de los contratos en que se aprecie que han concurrido los vicios del consentimiento que enumera el artículo 1265" .*

Conviene a lo antedicho precisar que la acción que se deduce en la demanda lo es sosteniéndose incurso al Sr. Luciano en vicio del consentimiento al tiempo de contratar con invocación de lo dispuesto en los artículos 1265 y 1266 del Código Civil ; error propiciado por falta de información suficiente por la entidad bancaria demandada acerca de la naturaleza del producto de que aquí se trata, no habiéndosele explicado en ningún momento que lo que se adquiría eran acciones preferentes y menos aún el funcionamiento de este producto financiero, sino que por el contrario se le dijo que la inversión no tenía riesgo y que la disponibilidad era inmediata cuando se ha podido comprobar que sí había riesgos y que la imposición era perpetua, hablando además el documento de Luxembourg, de tal manera que el actor creyó estar invirtiendo su dinero en una imposición a plazo fijo y sin riesgo de un banco de Luxemburgo cuando en realidad estaba invirtiendo, como se enteró después, en acciones preferentes de un banco de Islandia.

Pues bien, este error alegado, de concurrir, lo que determina es la anulabilidad o nulidad relativa del contrato que no su nulidad radical pues como expresa la STS de 10 de abril de 2001 *" es preciso establecer una sustancial diferencia entre el error-vicio de la voluntad, regulado en el artículo 1266 del Código Civil , el cual provoca la anulabilidad de los contratos , y el error obstativo, con el que se designa la falta de coincidencia inconsciente entre la voluntad correctamente formada y la declaración de*

la misma, divergencia que excluye la voluntad interna y hace que el negocio sea inexistente por falta de uno de sus elementos esenciales "; respecto sobre el que también se pronuncia la STS de 13 de julio de 2012 señalando " que la jurisprudencia de esta Sala, y la doctrina científica han distinguido dos tipos de error. A partir de la STS de 23 mayo 1935 , se ha venido considerando que el error vicio es aquel que constituye una creencia inexacta o una representación mental equivocada, que sirve de presupuesto para la realización de un contrato y determina una voluntad no formada correctamente, porque la contemplación del objeto del contrato estaba distorsionada. Este es el planteamiento del art. 1266 CC . En cambio, en el error obstativo hay una falta de voluntad, porque o bien no se quería declarar y se hizo, o bien se produce un lapsus que da lugar a una discrepancia entre la voluntad interna y su declaración ".

La precisión es trascendente porque encontrándonos ante un error-vicio, que recae sobre las condiciones de la cosa que principalmente hubieran dado lugar a la celebración del contrato, éste es como ya hemos dicho meramente anulable, ineficacia provocada al depender de la impugnación en el plazo de 4 años (artículo 1301 del Código Civil), con posibilidades de confirmación, expresa o tácita, en ese plazo respecto de los contratos que reúnan los requisitos de consentimiento, objeto y causa con el efecto de la extinción de la acción de nulidad (artículos 1309 , 1310 y 1311 del Código Civil).

Es en el transcurso del plazo de cuatro años establecido en el artículo 1301 del Código Civil en que se sustenta la excepción de caducidad opuesta por la parte demandada, la que ha sido rechazada en la sentencia de primera instancia al estimar la juzgadora a quo con sustento en las resoluciones que cita (Fundamento de Derecho Segundo), que nos encontramos ante un plazo de prescripción y no de caducidad y que aquélla quedó interrumpida por determinado actuar del demandante.

Sin embargo no es criterio que compartamos. El artículo 1301 del Código Civil comienza diciendo en su párrafo primero que " *La acción de nulidad sólo durará cuatro años* " señalando así un plazo fijo para la duración de un derecho, de tal modo que transcurrido el mismo no puede ya ser ejercitado, siendo por ello plazo de caducidad, institución que como se expone en SAP de Madrid, sec 9ª de 1 de marzo de 2012 fija el plazo dentro del cual es posible la realización de un acto concreto con eficacia jurídica, su no ejercicio dentro de dicho plazo implica la extinción del derecho, que ya nace con un plazo de duración limitada, plazo preclusivo, perentorio y material, que no requiere su alegación sino que es automático, opera por sí mismo, obligando al juzgador a declararlo de oficio (STS. 11.5.1966 , 28.1.1983 , 30.3.1983 , 22.5.1990 , 10.11.1994 ...); asimismo, no cabe -a diferencia con lo que ocurre con la prescripción-interrupción del plazo(STS. 27.4.1940 , 25.9.1950 , 25.6.1962 , 22.5.1965 , 26.6.1974 , 31.10.1978 , 7.5.1981 ,...)" . Y como tal plazo de caducidad hemos venido considerándolo entre otras en sentencias de fechas 2 de junio de 2004 , 21 de abril de 2009 , 31 de mayo de 2009 y 27 de septiembre de 2011 que se citan por esta parte apelada, lo que ya quedó indicado en SSTS de 3 de marzo de 2006 , 6 de septiembre de 2006 , 24 de abril de 2009 y 23 de septiembre de 2010 y criterio también seguido en distintas resoluciones de las Audiencias Provinciales y así y por citar a modo de ejemplo SS de AP de Madrid, sec 13ª de 21 de marzo de 2001 , de Málaga, sec 6ª de 6 de abril de 2005 y AP de Asturias, sec 5ª, de 28 de octubre de 2011 , y que hemos vuelto a reiterar en nuestra más reciente sentencia de 24 de febrero de 2014 con remisión a SSTS de 5 y 6 de noviembre de 2013 . Este plazo, como ya hemos dicho no susceptible de interrupción, se computa desde la " consumación del contrato " (estableciéndolo así el artículo 1301 del Código Civil para los casos de error, dolo o falsedad de la causa), momento de la "consumación" que no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes. En el presente caso nos encontramos ante una orden de compra y con ello ante un contrato, no de tracto sucesivo por mucho que el título adquirido lo sea, sino de tracto único pues la demandada recibe la

orden de compra del cliente y se limita a adquirir para el mismo las participaciones que emite un tercero, de modo que el contrato se consuma cuando dada la orden de compra por el cliente el banco la materializa y cobra su comisión, sentido en que ya nos hemos pronunciado para supuesto cual el de autos en la ya citada sentencia de 24 de febrero de 2014 indicando además que las posibles actuaciones ulteriores a la misma como el depósito, que será meramente contable, de las obligaciones y las comunicaciones que se puedan dar de manera periódica sobre la evolución del producto, con una cuenta del cliente asociada, no implican como tal una prestación de este tipo de contrato sino las prestaciones derivadas de los servicios bancarios de prestación habitual al cliente, siendo meramente instrumentales y sin transcendencia, y ello en criterio coincidente con SAP de Asturias, Sec.7ª de 29 de julio de 2013 y también de SS de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 4ª, de 31 de enero del 2.013 , y las de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 25ª, de 24 de mayo de 2.013 , y Sección 11ª, de 1 de marzo de 2.013 .

Siendo ello así y cuando la orden de compra se ejecutó el día 2 de octubre de 2007 (documento nº 1 de la demanda) resulta que a la fecha de presentación de dicha demanda, el 21 de noviembre de 2012, la acción se encontraba caducada, lo que conduce sin más a la desestimación de la pretensión actora y por ende del recurso al haber de confirmarse el pronunciamiento en la sentencia apelada aun cuando lo sea por distinta fundamentación jurídica.

TERCERO.- Por demás, aun cuando se obviara la caducidad de la acción la demanda tampoco podría ser acogida según lo razonado en la propia resolución impugnada pues la prueba practicada ciertamente conduce a concluir que el demandante compró con cabal conocimiento de las características del producto que adquiría y de los riesgos asumidos por mucho que no exista mayor constancia de que BANCO ESPÍRITU SANTO le hubiera proporcionado información completa sobre el mismo, tampoco desde luego la existe de que hubiera transmitido la errónea o engañosa información que ha sosteniendo la parte demandante en la litis y viene a reiterar en esta alzada afirmando que se le ocultó que eran acciones preferentes y que de haber sabido que la inversión se podía perder no hubiese invertido una cantidad tan importante ni la hubiese mantenido en el tiempo.

La apreciación del error como vicio del consentimiento no viene determinada únicamente por la ausencia o deficiencia de la información proporcionada por quien en principio debió ofrecerla (siendo de aplicación a esta contratación la normativa del mercado de valores) sino que han de tomarse en consideración las demás circunstancias concurrentes en el caso concreto en cuanto como se precisa en STS de 21 de noviembre de 2012 " *aunque en muchos casos un defecto de información puede llevar al error de quien la necesitaba, no es correcta una equiparación sin matices entre uno y otro, al menos en términos absolutos* "; y como se dice en STS de 20 de enero de 2014 " *.. 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*".

Y es precisamente a esta conclusión de que el actor ya conocía el contenido de la información que ahora afirma ignorar a la que se llega tras el análisis de la prueba obrante en las actuaciones pues hemos de destacar como se destaca por la juzgadora a quo, y a ello nada se alega en el escrito de recurso pese a que estos razonamientos se constituyen en el sustento del pronunciamiento desestimatorio de la demanda, que el actor no solo había adquirido con anterioridad a las de autos otras preferentes - así de Brithis Airways (a las que además dice en su demanda se equiparó por la parte

demandada el producto ahora controvertido ofreciéndosele este último como similar a aquéllas, las que por cierto conserva desde el año 2004 con una alta rentabilidad trimestral), Preferentes Prudential y Preferentes Mutual (que vendió por precio superior al de compra), adquisiciones todas ellas que realizó al igual que las de autos en un mercado secundario y a una cotización bajo par, esto es, por debajo del precio de emisión por lo que ya había de presentársele con este dato, con esta oscilación a la baja de la que en estos casos se benefició, el riesgo de la inversión -, suscrito estructurados, warratns, títulos extranjeros, realizando regularmente un elevado número de operaciones de valores (documentos nº 9 y 16 de la contestación a la demanda), lo que es denotativo de un inversor activo y experimentado y por ende conocedor del mercado, sino también, lo que resulta de alcance, que el demandante es administrador solidario, junto con el Sr. Calixto , de FIRAVENTA S.L., con objeto social de asesoría fiscal, contable, laboral, jurídica y financiera, habiendo suscrito éstos en fecha 31 de octubre de 2005 un Contrato de Colaboración con BANCO ESPÍRITU SANTO (documento nº 6 de la contestación). Este contrato lo definen de Colaboración Comercial siendo colaboradora FIRAVENTA S.L. con el percibo de una comisión por sus servicios; y por él, según su ESTIPULACIÓN PRIMERA a) " *El Colaborador*" *hará sus mejores esfuerzos para referenciar a las personas físicas o jurídicas con las que mantiene relaciones, hacia inversiones en productos financieros de desintermediación del Banco, Instituciones de Inversión Colectiva que comercializa y/o comercialice en el futuro el Banco, y hacia inversiones en operaciones financieras de pasivo o activo con el Banco de las que se relacionen en el Anexo adjunto al presente contrato, que forma parte del mismo a todos los efectos* ". Especificándose en el ANEXO II la remuneración-comisiones que el Colaborador percibirá por determinadas operaciones entre las que se mencionan títulos de renta variable, nacional e internacional, derivados etc.. y en lo que aquí hace al caso, el porcentaje que recibirá el Colaborador " *en operaciones en Acciones **Preferentes** aportados por el **COLABORADOR** a la **SOCIEDAD*** " (folio 122 de las actuaciones), para lo que aquel Colaborador ya se había reconocido en el MANIFIESTAN I del contrato - tras exponerse en el mismo " *Que el Banco está interesado en utilizar los servicios del Colaborador para incrementar el número de sus clientes, y así la distribución de sus productos y servicios, estando el Colaborador a su vez interesado en prestar al Banco dicha colaboración* " " - contar con " " *la capacidad de infraestructura propia necesaria* ". De forma que el demandante colaboraba o se había comprometido a colaborar a través de FIRAVENTA S.L. en la comercialización de productos cual el de autos, por lo que resulta con ello, unido a lo anterior, difícilmente verosímil la ignorancia que ahora alega cuando estos datos nos conducen precisamente a conclusión contraria.

Y, por otra parte, el error que también se sostiene en el escrito de recurso, sufrido en la nacionalidad del banco emisor (tampoco verosímil pues la compra en Luxemburgo no hubo de llevar a quien presenta el perfil de inversor del demandante a creencia sin más en que adquiriría a banco de Luxemburgo, y en cualquier caso, de mantener especial interés en ello, es dato fácilmente comprobable), no es error que de haber concurrido fuera invalidante ya que no recae sobre la sustancia de la cosa objeto del contrato, probado además que a la fecha de adquisición de las preferentes que nos ocupan se calificaba de elevada la solvencia del banco islandés.

CUARTO.- Cuanto antecede, que determina la íntegra desestimación del recurso, conlleva que las costas procesales con el mismo causadas sean impuestas a la parte apelante de conformidad a lo establecido en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

QUINTO.- Con pérdida del depósito constituido para recurrir (D.A. 15ª LOPJ).

VISTOS los preceptos legales citados en esta sentencia, y demás pertinentes y de general aplicación

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Luciano contra la sentencia dictada el día 6 de noviembre de 2013 por el Ilmo Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de los de Bilbao en el Juicio Ordinario nº 1415/12, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución con expresa imposición al apelante de las costas devengadas en esta segunda instancia.

Con pérdida del depósito constituido para recurrir.

Transfiérase el depósito por el Secretario Judicial a la cuenta de depósitos de recursos desestimados.

Devuélvanse los autos al Juzgado del que proceden con testimonio de esta sentencia para su cumplimiento.

Contra esta sentencia no cabe recurso alguno, a salvo el de casación ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo si se acredita interés casacional (artículo 477.3 LEC). En este caso cabría también recurso extraordinario por infracción procesal ante la misma Sala (Disposición Final Decimosexta LEC). Uno u otro recurso se interpondrán mediante escrito presentado en este Tribunal dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación (artículos 477 y 479 LEC). Para interponer los recursos será necesario la constitución de un depósito de 50 euros si se trata de recurso de casación y 50 euros si se trata de recurso extraordinario por infracción procesal, sin cuyos requisitos no serán admitidos a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Tribunal tiene abierta en el grupo Banesto (Banco Español de Crédito) con el número 4738 0000 00 003214. Caso de utilizar ambos recursos, el recurrente deberá realizar dos operaciones distintas de imposición, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un " Recurso " código 06 para el recurso de casación y código 04 para el recurso extraordinario por infracción procesal. La consignación deberá ser acreditada al preparar los recursos (DA 15ª LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita. Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por las Ilmas. Sras. Magistradas que la firman y leída por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente en el mismo día de su fecha, estando celebrando audiencia pública, de lo que yo el Secretario doy fe.