

## ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	1
FALLO .....	3

## FICHA TÉCNICA

### Legislación

Cita art.376, art.394, art.659 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita RD 629/1993 de 3 mayo 1993. Normas de Actuación en Mercados de Valores y Registros Obligatorios

Cita art.1101, art.1248, art.1265, art.1266, art.1303 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMER. La transcripció literal de la part dispositiva de la sentència dictada en data vint d'octubre de dos mil deu, és la següent: "

### FALLO

Que desestimando la demanda interpuesta por el Procurador JOSÉ Mª GUARRO CALLIZO en nombre y representación de CAMOMSA 2005 S.L contra DEUTSCHE BANK, SOCIEDAD ANONIMA ESPAÑOLA, debo absolver y absuelvo a ésta de todos los pedimentos de la demanda, imponiendo a la actora el pago de las costas causadas en la presente instancia. (...)"

SEGON. Contra l'anterior sentència, la part actora CAMOMSA 2005 S.L va interposar recurs d'apel·lació, que el Jutjat va admetre, i un cop seguits els tràmits de rigor va trametre les actuacions a aquesta Audiència, Secció Segona.

TERCER. La Sala va decidir formar rotlle i va designar magistrat ponent, al qual es van lliurar les actuacions perquè, després de deliberar, proposés a la Sala la resolució oportuna. Es va assenyalar el día 15 de juny de 2012 per a la votació i decisió.

QUART. En la tramitació d'aquesta segona instància s'han observat les prescripcions legals essencials del procediment.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMER. La part actora en un extensíssim escrit de recurs que aquí donem per reproduït, recorre contra la sentència de primera instància posant l'èmfasi en la creença de que estava contractant un dipòsit a termini, que no va estar correctament informat i que s'ha vulnerat la normativa bancària establerta al RD 629/93 EDL 1993/16198 , mantenint pel demés, les pètiues efectuades en el seu escrit de demanda.

La part demandada apel·lada en un no menys extens escrit, s'oposa al recurs i demana la íntegra confirmació de la sentència de primera instància.

SEGON. A modus d'introducció i respecte de la naturalesa del producte que aquí es judica, això és les participacions preferents, cal assenyalar que aquestes són valors emesos per una societat que no confereixen participació en el seu capital ni dret de vot. Tenen caràcter perpetuo i llur rendibilitat, generalment de caràcter variable, no està garantida sempre. És un instrument dels que la normativa MIFID (no aplicable al cas d'autos) qualifica de complex, però que res té a veure amb els contractes de swaps o similars que són operacions de "futurs" tot i que coincideixen amb ella amb aquell caràcter complex i que són operacions OTC (Over The Counter) i per tant fora del regulador. Per contra la participació preferent té una major semblança amb el deute subordinat amb el que coincideix amb el seu caràcter perpetuo, per bé que aquell és més proper a la renda fixa que la participació preferent, que es renda variable. Sigui com sigui, ni una ni l'altra cotitzen a la borsa malgrat es puguin negociar en mercats organitzats. La seva liquiditat és limitada i no sempre és fàcil desfer-se de la inversió. De fet és perfectament possible arribar a perdre la inversió parcialment o àdhuc totalment en cas d'insolvència de l'emissor ja que malgrat s'anomenen "preferents" es situen en l'ordre de recuperació de crèdits pel darrera de tots els creditors comuns i subordinats, al mateix nivell que la resta de preferents emeses o que es podessin emetre en un futur per l'emissor, i només pel davant de les accions ordinàries (i de les quotes participatives en el cas de les caixes d'estalvis). El seu avantatge respecte d'altres productes menys complexos i riscosos, rau en la seva rendibilitat que sol ser més elevada que l'ordinària de mercat, de fet en el cas present més que duplicava la dels dipòsits a termini, tenint un període de pagament d'interès fix i la resta durant la vida del producte i mentre no sigui amortitzat per l'emissor, de caràcter variable i lligat a l'obtenció de beneficis per part de l'emissor. És clar que sempre existeix la possibilitat del rescat i la seva venda en el mercat, però normalment serà amb una important pèrdua del valor inicial.

En el cas que aquí es judica, la part actora va adquirir fins a quatre paquets de participacions preferents en la mateixa operació i a 4 emissors diferents, sent que durant dos anys va estar rebent els corresponents rendiments de tots ells, inclòs els produïts per les preferents de Lansbanki, i per un total que ultrapassa el 1.2500.000Eur.. Serà solament quan les participacions de Lansbanki perden el seu valor, degut a l'esfondrament de l'entitat, per altra banda gens previsible a la vista dels ràtings de país, entitat i producte que

aleshores existien, que la part actora diu adonar-se'n de que no ha contractat un dipòsit a termini sinó un producte diferent i al·lega que no n'ha estat correctament informat.

Doncs be, feta aquesta breu introducció i amb els antecedents que ens fa avinent la part actora apel·lant, el primer que cal posar de manifest a la vista d'aitals al·legacions és que, la part actora apel·lant, en cap cas identifica quin precepte del CC resulta aplicable atès que la única referència que a aquell cos legal fa en els fonaments de dret de la seva demanda és l'article 1254 i ss "...en relación a la fuerza vinculante de los contratos entre las partes". Si analitzem la pètica de la seva demanda veurem que demana que es declari que la demandada ha conculcat totes les normes de bona praxis bancària y en especial la legislació derivada del RD 629/1993 EDL 1993/16198 i la normativa MIFID (aquesta darrera no aplicable al cas ja que no havia entrat en vigor en el moment de la signatura del contracte) en la col·locació de les preferents de LANDSBANKI incomplint les seves obligacions de informació clara, etc....". La segona pètica és que conseqüència d'aquella declaració es declari la nul·litat de l'operació amb condemna a la demandada a indemnitzar amb l'import de la inversió inicial. La tercera pètica és que es condemni a la demandada a satisfer els interessos deixats de percebre.

Com pot observar-se no s'exercita una acció per incompliment contractual ( art 1101 del CC EDL 1889/1 ) sinó de nul·litat del contracte, malgrat la qual cosa no s'identifica en cap cas quina sigui la causa de la nul·litat (aquestes estan fixades per la llei, art 1265 CC EDL 1889/1 ), tot i que pel que sembla cabria deduir (com de fet fa la jutge a quo) que atès que es demana la nul·litat, es denuncia un vici en el consentiment i posats a buscar-ne un, sembla que el que es faria valer, pels fets que es relaten i la jurisprudència que es transcriu, seria el d'error en el consentiment. Malgrat tot no deixa de resultant també quelcom estrany que la conseqüència de la nul·litat interessada no sigui la prevista a la llei (mútua devolució de les prestacions, art 1303 CC EDL 1889/1 ) atès que el que vol la part actora és la restitució del capital més els interessos per part de la demandada però sense restituir l'actora els rendiments que ha percebut del producte durant la seva vigència. En tot cas afegiríem, que la demanda no es dirigeix directament contra l'entitat emissora dels bons sinó contra qui els comercialitzava.

En tot cas, arribats a aquest punt i entenent, com fa la sentència apel·lada i no es negat en el recurs, que la nul·litat té com a causa l'error en el consentiment, cabria fer una sèrie de manifestacions al respecte. I així i a propòsit de l'error com a vici del consentiment, l' article 1.266 del Código Civil EDL 1889/1 exigeix, per tal de viciar el consentiment, que recaigui sobre la substància de la cosa que fou objecte del contracte o sobre aquelles condicions que principalment haguessin donat motiu a celebrar-lo. La jurisprudència ve assenyalant de forma constant i reiterada que "...no sólo ha de ser esencial, sino también inexcusable, requisito este último que debe ser apreciado en atención a las circunstancias del caso y que se erige en una medida de protección para la otra parte contratante en cuanto pudiera ser perjudicial para sus intereses negociales una alegación posterior de haber sufrido error que lógicamente escapaba a sus previsiones por apartarse de los parámetros normales de precaución y diligencia en la conclusión de los negocios, pero que en absoluto puede beneficiar a quien lo ha provocado conscientemente en la otra parte" ( STS 13-2-2007).

Per altra banda l'error és inexcusable com diu l'esmentada sentència "...cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular, y, de acuerdo con los postulados del principio de la buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso, incluso las personales, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, pues la función básica de ese requisito es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida por la declaración".. A l'hora d'apreciar l'excusabilitat de l'error, la jurisprudència emprà el criteri de la imputabilitat a qui l'invoca i el de la diligència que l'hi era exigible, en la idea de que cada part ha d'informar-se de les circumstàncies i condicions que són essencials o rellevants per ella en els casos en que tal informació l'hi és fàcilment accessible, i que la diligència s'aprecia a més tenint en compte les condicions de les persones, i així, li és més exigible quan es tracta d'un professional o d'un expert i pel contrari serà menor quan es tracti d'una persona inexperta que entra en negociacions amb un expert.

A día d'avui, sovintegem ja les sentències que resolen assumptes amb les participacions preferents com a base i l'error en el consentiment com a causa. Especialment interessant resulta la recentíssima sentència dictada el propassat día 5 de juny de 2012, per la Secció 21 bis l'Audiència Provincial de Madrid que ha negat a un centenar d'afectats per la fallida de Lehman Brothers i dels bancs islandesos Kaupthing Bank i Landsbanki la potestat per a poder actuar de forma col·lectiva davant dels tribunals, anul·lant així la sentència que va condemnar a Bankinter a indemnitzar-los amb 6,5 milions d'euros. De fet, la sentència ni tan sols entra a valorar els motius de fons del recurs plantejat per l'entitat bancària atès que l'argument que s'empra no és altre que el fet de que les reclamacions formulades pels afectats no poden resoldre's de manera col·lectiva sinó que ha de ser de forma individual. Així s'afirma en aquest sentit que "... las reclamaciones formuladas por los afectados deben resolverse de forma independiente, ya que la nulidad de cada contrato debe analizarse de manera autónoma, estudiando si en cada caso concurren los supuestos de nulidad necesarios para declarar nula la orden de compra de las participaciones preferentes." Així mateix la sentència fa el següent advertiment "...cada uno de los demandantes tiene una experiencia inversora diferente, invierte un patrimonio diferente en productos diversos y cada contrato se produce de forma desigual (...). La sentencia que resuelva cada una de las demandas individuales presentadas deberá motivar, caso por caso, cada una de las circunstancias de cada uno de los demandantes que son propias y carecen de nexo común".

En el cas present el jutge a quo es desfà en explicacions de quin ha estat l'iter de la contractació del producte del que se'n pretén la nul·litat i arriba a la conclusió de que en tot moment el demandant ha estat perfectament assessorat pel seu advocat i el seu assessor fiscal, amen de la informació que l'hi hagués pogut donar sobre el producte la pròpia demandada. De fet el lligam entre actor i demandada no és la pròpia d'un contracte de gestió de cartera (com de fet acuradament s'analitza a la sentència apel·lada) sinó administrador d'ordres i de dipòsits. Es sosté per part de l'actora que sempre va signar sense llegir, es suposa que fiat no solament del que li digues el banc sinó també el seu advocat i el seu assessor. Sent així, a l'error patit, d'existir, li mancaria la característica de la excusabilitat de manera que si no es va assabentar del que signava no va ser perquè no podés fer-ho amb certa facilitat sinó simplement perquè no ho va considerar necessari. Per altra banda no és en absolut creïble que digui que pensava que contractava un dipòsit a termini fix per 4 anys quan en

realitat des d'un inici va posar de manifest que acudia al banc en busca d'un producte que rendís per damunt del que era l'interès fix d'aquell tipus de dipòsits (aleshores sobre el 3%) i de fet el contractat estava més proper al 7%.

Per altra banda, i respecte del desenvolupament de les converses i de les relacions entre parts prèvies, coetànies i posteriors a la subscripció dels productes (no solament l'ara impugnant sinó també els altres tres no impugnants), el jutge a quo n'efectua una acuradíssima i extensíssima valoració, tant del que és la prova documental com del que és la prova testifical i àdhuc la pericial acompanyada per la part actora i arriba a la conclusió de que no existeix cap vici en el consentiment i que el legal representant de la part actora va decidir amb un consentiment no viciat. Escau recordar aquí que pretendre modificar en aquesta segona alçada les conclusions a les que arriba el jutge en la valoració de la prova no és possible sinó en els supòsits en que aquesta resulti, il·lògica o irracional o quan el jutge hagi deixat d'observar alguna prova objectiva que les contradigui, essent també doctrina reiterada i uniforme ( S.S.T.S. 13-3-99, 6-3 i 11-10-2000, entre altres) la que senyala que els resultats de la prova testifical són de lliure apreciació pel jutgador d'instància segons les regles de la sana crítica, no regulades en cap norma legal tota vegada que els arts. 659 L.E.C EDL 2000/77463 i 1.248 C.C. EDL 1889/1 (actualment derogats però mantenint-se idèntica regulació en l' art. 376 L.E.C. 1/2000 EDL 2000/77463 ) només contenen una norma admonitiva, no preceptiva ni valorativa de prova, raó per la que la valoració que es faci del resultat de la dita prova, només serà revisable quan l'apreciació dels testimonis es presenti com il·lògica, arbitrària o disbaratada, cosa que aquí no succeeix en absolut.

En definitiva, les premisses de les que parteix la part actora i que són el fonament de la seva pètica, no han quedat en absolut acreditades ans al contrari ja que tot porta a pensar que la part actora estava buscant un producte que tingués una rendibilitat alta, que era perfectament conegedor del que era una participació preferent ja que ja n'havia contractat abans i el legal representant de l'actora, el Sr Geronimo àdhuc en posseïa personalment; estava perfectament informat tant per l'entitat bancària ja que es van realitzar diverses reunions amb personal directiu i amb presència del seu advocat i el seu assessor financer; aquests rebien els extractes mensuals dels productes contractats; no va signar amb la demandada cap contracte de gestió de cartera sinó solament d'administració; no va demanar la part actora cap informació addicional ni va plantejar cap queixa respecte de la inversió sinó fins a la fallida del banc islandès; la inversió és anterior a la entrada en vigor de les normes MIFID i per tant, cap obligació hi havia de cobrir les exigències que aquella legislació implementa sinó solament les vigents en el moment i representades pel RD 629/93 EDL 1993/16198 , que ni tan sols exigia el lliurament de fullet informatiu a no ser que fos demanat pel client; que abans d'acudir a la demandada la part actora havia intentat negociar amb altres entitats la contractació de productes inclús més riscosos, com ara una "private equity" amb Santander Consumer. Així doncs, tots ells són arguments suficients per tal de desestimar el present recurs i confirmar en tots els seus extrems la sentència de primera instància.

TERCER. Atès el que disposa l' article 394 de la LEC EDL 2000/77463 i a l'haver-se desestimat el recurs escau imposar les costes d'aquesta alçada a la part apel·lant.

## FALLO

DESESTIMEM el recurs d'apel·lació interposat pel procurador Guarro contra la sentència de data 20 d'octubre de 2010 del jutjat de primera instància número 2 de Lleida que CONFIRMEM en tots els seus extrems i amb imposició de les costes d'aquesta alçada a la part apel·lant.

Torneu les actuacions al Jutjat de procedència amb certificació de la sentència als efectes que s'escaiguin.

Així per aquesta la nostra sentència, ho pronunciem, ho manem i ho signem,

PUBLICACIÓ. El/La magistrat/ada jutge/essa ha llegit i publicat la Sentència anterior, en audiència pública, en el dia d'avui. En dono fe.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 25120370022012100241