

**AUDIENCIA PROVINCIAL  
DE BARCELONA  
SECCIÓN CUARTA**

**ROLLO N° 914/2012-M**

Procedencia: Juicio Ordinario n° 1198/2010 del Juzgado de Primera Instancia n° 8 de Rubí

**S E N T E N C I A N° 117/2014**

Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as:

D. VICENTE CONCA PÉREZ

D<sup>a</sup>. AMPARO RIERA FIOLE

D<sup>a</sup>. MIREIA RÍOS ENRICH

En la ciudad de Barcelona, a dieciocho de marzo de dos mil catorce.

VISTOS en grado de apelación, ante la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona, los presentes autos de Juicio Ordinario n° 1198/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n° 8 de Rubí, a instancia de D<sup>a</sup>. [REDACTED] representada por el Procurador de los Tribunales D. IVO RANERA CAHIS y asistida por el Letrado D. JUAN IGNACIO NAVAS MARQUÉS, contra BANKINTER, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales D. RICARD SIMÓ PASCUAL y asistida por el Letrado D. BORJA FERNÁNDEZ DE TROCÓNIZ, los cuales penden ante esta

Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la Sentencia dictada en los mencionados autos el día 12 de septiembre de 2012.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente: "FALLO:

Estimo la excepción de caducidad formulada por la representación de BANKINTER SA respecto a acción instada por el Procurador Sr Manuel Aguilar de la Rosa, en nombre y representación de D<sup>a</sup> [REDACTED] de nulidad de las órdenes de compra de fecha catorce de julio de 2006 por vicio en el consentimiento.

Asimismo, desestimo la demandada interpuesta por el Procurador Sr Manuel Aguilar de la Rosa, en la representación que ostenta, contra BANKINTER SA tanto en la acción principal como en la alternativa, concretadas en el cuerpo de esta resolución..

Se hace expresa imposición de costas a la demandante."

**SEGUNDO.-** Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte actora mediante su escrito motivado, del que se dio traslado a la contraria, que se opuso al mismo. Seguidamente se elevaron las actuaciones a esta Audiencia Provincial, correspondiendo por turno de reparto a esta Sección.

**TERCERO.-** Se señaló para votación y fallo el día 04 de marzo de 2014.

**CUARTO.-** En el presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

VISTO, siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D<sup>a</sup>. MIREIA RÍOS ENRICH.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.**- La demandante DOÑA [REDACTED] presenta demanda de juicio ordinario contra la entidad BANKINTER S.A. en la que solicita se declare la nulidad del contrato de depósito suscrito entre las partes, por carecer de consentimiento el contrato cuya nulidad se postula al haber sido prestado el consentimiento por error y engaño, y constituir el contrato un abuso de derecho, por lo que solicita una indemnización a cargo de la entidad bancaria de 290.000 euros más intereses.

DOÑA [REDACTED] expone que invirtió en la entidad BANKINTER S.A., a través del agente de BANKINTER S.A. ALONSO AUDITORES CONSULTORES S.A., la cantidad de 475.000 euros que se desglosan en los siguientes productos financieros:

- 100.000 euros en el BANCO ISLANDÉS LANDSBANKI.
- 190.000 euros en BON MAIN CAPITAL.
- 17.000 euros en CLIP IBEX.
- 100.000 euros en BRIC II PLUS GARANTIZADO.
- 50.000 euros de reserva para invertir en bolsa o

otras posibilidades.

Para ello, en fecha 14 de julio de 2006, DOÑA [REDACTED] suscribió una orden de compraventa de participaciones preferentes LANDSBANKI ISLANDS que ofrecía una rentabilidad fija del 6,25% anual, y otra de participaciones preferentes de HELABA LANDESBANK (BON MAIN CAPITAL); que BANKINTER S.A. garantizó la solvencia del producto mediante el contrato de depósito que la demandante se supone debió suscribir, a pesar de que ella no recuerda haber firmado nada al respecto; tampoco se le dijo que el depósito era a plazo indefinido o perpetuo, ya que la intención de la demandante era recuperar el capital en el plazo de dos años para adquirir una vivienda, por lo que en el momento de la contratación no se le informó de una de las condiciones esenciales del contrato como es la duración del mismo; a la [REDACTED] no se le facilitó folleto informativo alguno ni siquiera explicación alguna de la operación bancaria compleja que estaba llevando a cabo y ni siquiera de los riesgos inherentes del mismo;

por lo que BANKINTER S.A. vulneró las normas imperativas en materia bancaria como es la LEY DE MERCADO DE VALORES; cuando la SRA. GRAU intentó cancelar los depósitos de LANDSBANKI ISLANDS y de BON MAIN CAPITAL, BANKINTER S.A. le comunica que el valor de sus depósitos ha experimentado una pérdida de 600.000 euros pero que en el futuro lo recuperaría; a finales del año 2008, la demandante descubre a través de los medios de comunicación que las entidades financieras LANDSBANKI ISLANDS y HELABA LANDESBANK fueron adquiridas por el Estado islandés ese mismo año; como consecuencia, debido a la quiebra técnica de LANDSBANKI, la demandante ha perdido todo el capital invertido por importe de 290.000 euros.

En base a lo anterior, solicita se dicte sentencia por la que alternativamente:

a) Declare la nulidad de pleno derecho del contrato de depósito, así como las órdenes de compra de fecha 14 de julio de 2006, concertado por la demandante con BANKINTER S.A., condenando a la entidad demandada a la devolución del importe depositado en la entidad demandada, esto es, 290.000 euros, más los intereses legales desde la reclamación judicial, y con expresa imposición de costas a la demandada en caso de oposición.

O alternativamente:

b) Declare la obligación de BANKINTER S.A. de indemnizar a la demandante por los daños y perjuicios causados y condenándole a pagar a DOÑA

la cantidad de 290.000 euros, más los intereses legales desde la interpelación judicial, y con expresa condena al pago de las costas procesales.

La entidad BANKINTER S.A. se opone a la demanda presentada alegando en síntesis: 1) la caducidad de la acción de nulidad; 2) que la quiebra del banco islandés y de todo el sistema financiero de dicho país fue un hecho absolutamente imprevisible, que desde el año 2006 hasta la fecha de su quiebra, tanto Islandia como sus bancos eran un ejemplo económico para otros países; por tanto, cuando BANKINTER S.A. entre todos los productos que ofrecía a sus clientes, incluyó participaciones preferentes de dicho banco no actuó negligentemente, por lo que en todo

momento, la demandada actuó respetando escrupulosamente la normativa del mercado de valores y que no es hasta febrero de 2009, cuatro meses después de la quiebra de LANDSBANKI cuando la actora alega por primera vez que consideraba que las preferentes eran un producto garantizado y sin riesgo; 3) que la entidad HELABA LANDESBANK, BON MAIN CAPITAL, no es un banco islandés ni ha quebrado, sino que es un banco alemán de una alta solvencia, las participaciones preferentes siguen pagando intereses y siguen cotizando sin problema alguno.

La sentencia de primera instancia desestima la demanda deducida por [REDACTED] contra la entidad BANKINTER S.A. al apreciar la excepción procesal de caducidad, imponiendo a la parte demandada las costas del procedimiento.

Frente a dicha resolución, la representación procesal de DOÑA [REDACTED] interpone recurso de apelación en el que alega, en síntesis: 1) que la apreciación por parte del juzgador de primera instancia de declarar la caducidad de la acción para instar la nulidad de los contratos de autos carece de fundamentación jurídica y es del todo errónea: primero, porque es numerosa la Jurisprudencia que declara la imprescriptibilidad de la acción para instar la nulidad radical de un contrato; en segundo término, porque es numerosa la Jurisprudencia que establece que el día a partir del cual debe empezar a computarse el plazo de cuatro años del artículo 1.301 del Código Civil, es a partir del momento en que el contrato se da por consumado y no cuando se perfecciona (al ser contratos a vencimiento perpetuo, no existe momento de consumación); que en el caso de autos, los contratos de participaciones preferentes no se pueden entender como vencidos, y por ende, consumados, por lo que el plazo de caducidad ni tan siquiera ha empezado a contarse; además el juzgador de primera instancia no ha tenido en cuenta que la actora instó una demanda de Diligencias Preliminares en fecha 17 de febrero de 2010 por lo que el cómputo del plazo de caducidad al que hace referencia el Código Civil debió paralizarse en el momento de la interposición de la

demanda de Diligencias Preliminares, por lo que la demanda de nulidad de los contratos sí entra dentro del plazo regulado en el artículo 1.301 del Código Civil; 2) Existencia de vicio de consentimiento en la demandante. Valoración de la prueba practicada en el acto de la vista, respecto del perfil de la actora y contexto en el que se desarrolló la comercialización de los contratos objeto de litigio.

En base a lo anterior, solicita se dicte sentencia por la que se estime el recurso de apelación, se revoque la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia y se dicte otra por la que se estimen las pretensiones recogidas en la demanda, todo ello, con expresa imposición de costas de ambas instancias a la demandada.

La parte demandada impugna el recurso y solicita la confirmación íntegra de la resolución recurrida, con imposición de costas a la parte apelante.

**SEGUNDO.-** La Sentencia apelada concluye que la acción ejercitada es la de anulabilidad de los artículos 1.300 y siguientes del Código Civil, que dicha acción está sometida al plazo de caducidad de cuatro años contemplado en el artículo 1.301, que el "*dies a quo*" para el cómputo del plazo es el de la consumación del contrato, que la consumación se produce cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes, y que, en éste caso, la consumación del contrato tuvo lugar el día 14 de julio de 2.006, una vez que la compradora pagó el precio de las participaciones adquiridas y las comisiones pactadas, y el Banco puso a disposición de la compradora tales participaciones, por lo que al haber presentado la demanda el día 16 de noviembre de 2010, procede estimar la alegación de caducidad hecha por la demandada y declarar caducada la acción ejercitada por la demandante en este procedimiento.

El artículo 1.301 del Código Civil establece que la acción de nulidad durará cuatro años y que el tiempo comienza a contar desde la consumación del contrato en el caso de error en el consentimiento.

En este sentido, la Sala Primera del Tribunal

Supremo ha indicado que la acción de nulidad por vicios del consentimiento del artículo 1.301 del Código Civil está sujeta a un plazo de ejercicio de caducidad y no de prescripción (sentencias del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2006, 23 de septiembre de 2010 y 18 de junio de 2012) por lo que el plazo de cuatro años no quedó interrumpido por la presentación de las diligencias preliminares en el mes de febrero de 2010.

Ahora bien, el Tribunal Supremo también se ha encargado de precisar, así en sentencias de 5 de Mayo de 1983, 11 de Julio de 1984, 27 de Marzo de 1989 y 11 de Junio de 2003, que el 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.

La cuestión queda entonces centrada en el "*dies a quo*" para el cómputo del plazo prevenido en el artículo 1.301 del Código Civil.

En el caso que nos ocupa, adquisición de participaciones preferentes de LANDSBANKI ISLANDS (y adquisición de participaciones preferentes de LANDESBANK HELABA) existen dos criterios entre las distintas Audiencias Provinciales según se considere que nos hallamos ante un contrato de tracto único o de tracto sucesivo.

Así, algunas secciones de Audiencias Provinciales consideran que se trata de un contrato de tracto único, por lo que la acción ejercitada queda consumada en el momento de la adquisición de las participaciones preferentes.

Consideran que no puede hablarse de un contrato de tracto sucesivo, por cuanto en este tipo de operaciones, el Banco recibe la orden de compra del cliente, y se limita a adquirir para el cliente las participaciones que emite un tercero (en éste caso, el Banco islandés LANDSBANKI o el banco alemán), por lo que el contrato se consume cuando el cliente entrega el dinero al comisionista para la compra de las acciones y le paga la comisión pactada, y éste adquiere las participaciones.

Consideran que el depósito de las participaciones y

la apertura o conservación de la cuenta en que se ingresan las liquidaciones periódicas que realiza el banco emisor no constituyen prestaciones derivadas del contrato de comisión, sino que dicen que se trata de prestaciones derivadas de los servicios bancarios que presta la entidad al cliente para la administración de sus activos.

Razonan que únicamente pervive para el Banco una obligación de carácter residual, como es la de mantener abierta una cuenta de titularidad de la demandante, donde ingresar los rendimientos de las participaciones y, en su caso, ser depositaria de las mismas, mediante el mantenimiento de la inscripción realizada en el momento de la compra.

Por ello, consideran que el plazo de cuatro años ha de computarse desde que se ejecutan las órdenes de compra y venta pues en ese momento se consume el encargo.

En este sentido, se pronuncian las sentencias de la A.P. de Asturias, sección séptima de Gijón, de fecha 29 de julio de 2013, 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, de la A.P. de Valencia, sección 9ª, de 3 de abril de 2013, y de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 4ª, de 31 de enero del 2.013.

Por el contrario, otro grupo de secciones considera que el contrato objeto de esta litis es un contrato de ejecución diferida en cuanto que el mismo implica el pago de prestaciones periódicas al contratante, en tanto en cuanto sea poseedor de las participaciones y, en consecuencia, el plazo de caducidad no puede ser aplicado, hasta el momento que aquellas dejan de tener virtualidad.

En este sentido, cabe citar las sentencias dictadas por la A.P. de Salamanca, sección primera, de fecha 19 de junio de 2013, por la A.P. de Córdoba, sección tercera, de fecha 12 de julio de 2013, por la A.P. de Granada, sección cuarta, de fecha 4 de octubre de 2013, por la A.P. de Teruel, sección primera, de fecha 3 de diciembre de 2013, y por la A.P. de Valladolid, sección tercera, de fecha 17 de febrero de 2014.

Esta sección, con las anteriores secciones citadas, considera que, en este caso, nos encontramos ante un



contrato de inversión que no se consuma en el momento de la orden de compra de los valores, pues tal inversión tiene un plazo perpetuo, a lo largo del cual la entidad demandada tiene que cumplir sus obligaciones informativas sobre su evolución y desarrollo, y se mantienen obligaciones y derechos de gestión (abono de cupones, custodia, etc.), como consta en los extractos aportados de los que se desprende que se han venido cobrando comisiones en concepto de custodia y administración.

Así, por ejemplo, obsérvese que en fecha 8 de julio de 2008 se cobra una comisión de 501,76 euros, en concepto de "cargo de custodia", al folio 119, y el día 8 de octubre de 2008, otra comisión de 351,18 euros, como consta al folio 123, por lo que persisten obligaciones para ambas partes (obligación de información y pago de cupones así como cobro de comisiones por parte de BANKINTER S.A., no del banco emisor islandés o alemán) por lo que no puede entenderse que cuando se interpuso la demanda la acción estaba caducada.

Por ello, debemos estimar el primer motivo de recurso.

**TERCERO.-** Entrando en el fondo de la cuestión debatida, vamos a hacer referencia, en primer término, a la compra de participaciones del BANCO ISLANDÉS LANDSBANKI que fue nacionalizado del que la demandante compró participaciones preferentes por importe de 100.000 euros aunque todo lo manifestado respecto a este producto (salvo el tema relativo a la quiebra de la entidad y pérdida del capital) es aplicable al segundo producto, participaciones preferentes del banco alemán HELABA LANDESBANK (BON MAIN CAPITAL) por importe de 190.000 euros.

Para ello, vamos tener en cuenta la doctrina sentada por la sentencia del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de fecha 18 de abril de 2013 que señala: "*el suministro de una deficiente información por parte de la empresa que presta servicios de inversión al cliente puede suponer una negligencia determinante de la indemnización de los daños y perjuicios causados*".

La aludida sentencia, aunque referida a un contrato

de gestión de carteras de inversión, es plenamente aplicable a las cuestiones suscitadas en esta alzada, pues así lo ha dicho el propio Tribunal Supremo en su Auto de la Sala Primera, de veintiocho de enero de dos mil catorce, en el que no admite el recurso de casación por no existir interés casacional basado en la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, en el caso de la pérdida de valor de los títulos preferentes por la intervención del banco islandés LANDSBANKI.

Y ello por cuanto, dice el Tribunal Supremo que, desde un punto de vista formal, no resulta adecuado invocar el interés casacional por jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, cuando existe jurisprudencia de la Sala Primera y que la cuestión planteada ya ha sido resuelta por la sentencia del Pleno del T.S. de 18 de abril de 2013, RCIP 1979/2011, (adquisición de participaciones preferentes del Banco norteamericano Lehman Brothers, inversión que se perdió como consecuencia de la quiebra de la entidad).

Así pues, basado el recurso en que, en ningún caso, el Banco cumplió con su deber de diligencia en el momento de la comercialización de las participaciones preferentes del Banco islandés LANDSBANKI y así como que tampoco explicó los riesgos a los que se exponía la demandante al suscribir participaciones preferentes de entidades extranjeras y en el perfil de la actora, lo que hizo que DOÑA [REDACTED] fuera inducida a error sobre la esencia de los contratos objeto de litigio, es indudable la aplicación al presente supuesto de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en la sentencia del Pleno de 18 de abril de 2013.

En el Fundamento de Derecho Séptimo "in fine" de aquella sentencia se dice: *"este incumplimiento grave de los deberes exigibles al profesional que opera en el mercado de valores en su relación con clientes potenciales o actuales constituye el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por tales clientes como consecuencia de la pérdida casi absoluta de valor de las participaciones preferentes de Lehman*

*Brothers adquiridas."*

Y en el mismo Fundamento de Derecho Séptimo se indica: *"que BBVA informara a los demandantes de haber adquirido para ellos las participaciones preferentes y les remitiera informaciones periódicas sobre la evolución de la inversión tampoco supone el cumplimiento del estándar de información exigible, pues tal información no contiene los datos necesarios para que los demandantes pudieran saber que los productos no se ajustaban al perfil de riesgo muy bajo por el que habían optado"*.

En el presente caso, fue un agente de crédito de BANKINTER S.A., DON DANIEL FRANCISCO ALONSO MARÍ, de ALONSO AUDITORES Y CONSULTORES, AGENTE número 3.695, quien aconsejó la adquisición de las participaciones preferentes de LANDSBANKI ISLAND y de HELABA LANDESBANK, lo que dio lugar a las correspondientes órdenes de compra y posterior depósito y administración de los valores.

No hay duda de la función de asesoramiento que venía efectuando el agente de crédito de BANKINTER S.A., DON DANIEL FRANCISCO ALONSO MARÍN.

Así, DON DANIEL FRANCISCO ALONSO MARÍ afirmó en el acto de la vista que es AGENTE DE CRÉDITO DE BANKINTER, y que sólo puede comercializar productos de BANKINTER, en exclusiva, desde 1995; que él formalizó la contratación en su oficina, que es la Agencia 3.695; que el documento de Depósito y Administración de valores, (documento 11 de la parte demandada aportado en fecha 26 de abril de 2011, en las diligencias preliminares y documento 11 de la contestación al folio 385) no está firmado porque BANKINTER S.A. no obligaba y que en el mismo no se indica un lugar donde firmar.

Manifestó que *"él pone encima de la mesa los productos y los clientes eligen el tipo de valor, que él sinceramente, quizás no hubiera contratado esos pero que ellos estaban convencidos, contrastaron opiniones y que al final contrataron 290.000 euros"*.

Afirmó que *"su actividad no es de gestión sino que ellos asesoran al cliente en base a sus necesidades; que a la actora, por volumen, la segmentaron en BANCA PRIVADA y que no es minorista"*.

Esta actividad asesora se halla comprendida dentro de los servicios de inversión que contempla el artículo 63 de la Ley de Mercado de Valores, entre ellos la recepción y transmisión de órdenes por cuenta de terceros, y como actividades complementarias, el depósito y administración de los instrumentos representados mediante anotaciones en cuenta y "el asesoramiento sobre inversión en uno o varios instrumentos de los previstos en el número 4 de este artículo".

**CUARTO.-** Sentado lo anterior, debemos atender a la normativa aplicable en la fecha de contratación de las órdenes de compra de las participaciones preferentes objeto de esta litis, el día 14 de julio de 2006.

Las órdenes de compra de las participaciones preferentes de LANDSBANKI ISLAND y de HELABA LANDESBANK se formalizaron el día 14 de julio de 2006, antes de la entrada en vigor de la Ley 47/2007 de 19 de diciembre, por la que se modificó la Ley del Mercado de Valores, que introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2004/39 CE, sobre Mercados de Instrumentos Financieros, conocida como MiFID (Markets in Financial Instruments Directive).

En aquel momento, las normas reguladoras del mercado de valores exigían un especial deber de información a las empresas autorizadas para actuar en ese ámbito, como resulta del artículo 79.1.e) de la Ley del Mercado de Valores en la redacción vigente cuando se concertó el contrato así como en la normativa reglamentaria que lo desarrolla, artículo 16 y anexo sobre código general de conducta del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, artículo 9 de la Orden Ministerial de 25 de octubre de 1995, y artículos 2 a 4 de la Orden Ministerial de 7 de octubre de 1999.

Así, la normativa aplicable acerca de la obligación de informar a los clientes que compete a las entidades de crédito y demás empresas de servicios de inversión venía recogida en las siguientes disposiciones:

En primer lugar, en el artículo 79 de la Ley de Mercado de Valores que las obliga a comportarse con

diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerles adecuadamente informados.

En aquella fecha, el artículo 79 de la Ley de Mercado de Valores, en su redacción primitiva, establecía como regla fundamental del comportamiento de las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente, la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses del cliente como propios.

En segundo lugar, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los Mercados de Valores, concretaba la diligencia y transparencia exigidas, desarrollando en su anexo un código de conducta presidida por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que aquí importa, adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (artículo 4 del Anexo 1), como frente al cliente (artículo 5), proporcionándole toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquél de la decisión de inversión "haciendo hincapié en los riesgos que toda operación conlleva" (artículo 5.3).

En tercer lugar, la Orden Ministerial de 25 de octubre de 1995 disponía en su artículo 9 que *"las entidades deberán informar a sus clientes con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones. Dicha información deberá ser clara, concreta y de fácil comprensión para los mismos"*.

También eran de aplicación las Directivas 1993/22/CE y 2004/39/CEE, aunque al tiempo de la contratación no se hubiera producido aún la transposición al derecho del Estado.

Así, les reconoce eficacia interpretativa de la normativa vigente la aludida Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2013:

*"Dicha previsión normativa desarrolla la Directiva 1993/22/CEE, de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de valores negociables, cuyos artículos 10 a*

12 exigen un elevado estándar en las obligaciones de actuación de buena fe, prudencia e información por parte de las empresas de servicios de inversión respecto de sus clientes. Las normas de Derecho interno han de ser interpretadas a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, como establece la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ... Por otra parte, la progresión en la protección del inversor que supone la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril, MiFID (Markets in Financial Instruments Directive), ha de ser tomada también en consideración en la interpretación de las obligaciones de la empresa que prestaba los servicios de inversión aunque cuando las partes concertaron el contrato no hubiera transcurrido el plazo de transposición pues el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha afirmado expresamente que la obligación de interpretación del Derecho interno a la luz de la letra y la finalidad de la Directiva vincula a los jueces con independencia de que haya transcurrido o no el plazo para la transposición (Sentencia de 8 de octubre de 1987, caso "Kolpinghuis Nijmegen", asunto 80/86 ). En tal sentido, esta Sala ha utilizado Directivas cuyo plazo de transposición no había finalizado, y que no habían sido efectivamente transpuestas a nuestro Derecho interno, como criterios de interpretación del mismo. Así ocurrió en la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1996".

Finalmente, la citada sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2013 señala que "el régimen jurídico resultante de la Ley del mercado de Valores y de la normativa reglamentaria que la desarrolla, interpretadas a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva 1993/22/CEE de la que son desarrollo, impone a las empresas que actúan en el mercado de valores, y en concreto a las que prestan servicios de gestión discrecional de carteras de inversión, la obligación de recabar información a sus clientes sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión, y la de suministrar con la debida diligencia a los clientes cuyas carteras de inversión gestionan una

*información clara y transparente, completa, concreta y de fácil comprensión para los mismos, que evite su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Deben observar criterios de conducta basados en la imparcialidad, la buena fe, la diligencia, el orden, la prudencia y, en definitiva, cuidar de los intereses de los clientes como si fuesen propios, dedicando a cada cliente el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos, respondiendo de este modo a la confianza que el inversor deposita en el profesional en un campo tan complejo como es el de la inversión en valores mobiliarios”.*

**QUINTO.**- Expuesto lo anterior, no hay duda de que las participaciones preferentes de bancos extranjeros, objeto de esta litis, son títulos complejos y de alto riesgo que sólo pueden ser ofertados a inversores experimentados, dadas sus características de rentabilidad condicionada, perpetuidad, dificultad en la liquidación de los títulos en un mercado secundario no nacional, dificultad de seguimiento del valor que ostente en el mismo, inversión no garantizada y opción call de recompra por el emisor.

Así se hace constar en el propio extracto de inversiones, al folio 100, donde figura “riesgo muy alto”.

Todo esto hacía exigible una superior información y transparencia para evitar al cliente confusión en lo realmente adquirido.

Dicho lo anterior, debemos analizar el perfil de la demandante.

Se trata de una señora de 56 años, al tiempo de la contratación, que trabaja como dependienta en una tienda del centro de Barcelona, de lunes a sábado, con un salario neto de 943,53 euros al mes, al folio 89, que había obtenido un dinero con la venta de un piso y que deseaba invertirlo para, inicialmente, obtener un rendimiento, y posteriormente, tras recuperar su dinero, adquirir una



nueva vivienda.

Es obvio el carácter conservador o moderado de la demandante y no albergamos duda alguna sobre la inadecuación de ofrecerle un producto de estas características.

No podemos admitir las declaraciones del testigo DON DANIEL FRANCISCO ALONSO MARÍ que afirmó en el acto de la vista que la actora era una candidata de BANCA PRIVADA y que no era minorista.

La circunstancia de que en una operación de estas características fuera, como es lógico, asesorada por sus hijos, no contradice lo anterior, pues en modo alguno se ha probado que éstos sean especialistas en asesoramiento financiero o expertos inversores.

Así, no se ha probado que ni la demandante ni sus dos hijos sean inversores con dilatada experiencia. Ninguno de ellos puede ser calificado de inversor cualificado.

Un cliente cualificado según el artículo 39 del Real Decreto 1.310/2005 son las entidades profesionales de los mercados, Gobiernos y grandes corporaciones.

Y tanto la actora como sus hijos han declarado que la buscaba productos seguros y conservadores, y ello no queda desvirtuado por el hecho de que la deseara obtener una rentabilidad de su dinero, pues, en todo caso, siempre buscaba seguridad y disponibilidad de la inversión.

**SEXTO.-** Enlazando con lo anterior, debemos analizar si, en el presente caso, se facilitó a DOÑA [REDACTED] [REDACTED] la información suficiente sobre los productos que se le recomendaban.

Ya hemos indicado que la contaba con 56 años al tiempo de la contratación, que trabaja como dependienta con un salario de 943,53 euros al mes, al folio 89, y que en el año 2.006 deseaba invertir la suma de 475.000 euros, producto de la venta de un piso.

Sus hijos trabajan y son socios en la sociedad DECOPAK EUROP S.L., de la que es administrador único su exmarido, del que la demandante se halla separada



judicialmente desde hace veinte años.

Como la sociedad ALONSO AUDITORES Y CONSULTORES, agente de crédito de BANKINTER S.A., realiza labores de auditoría de la sociedad DECOPAK EUROPA S.L., los hijos de la demandante le aconsejaron dirigirse a dicha agencia para que la asesorara sobre los productos en los que invertir aquella cantidad de 475.000 euros.

Además, se da la circunstancia de que las oficinas de ALONSO AUDITORES Y CONSULTORES se hallan muy cercanas a la tienda en la que la actora trabaja como dependiente, lo que hacía cómodas las gestiones.

Asimismo, de la prueba practicada en el acto de la vista, ha quedado probado que los hijos de la demandante acompañaron a su madre al despacho de ALONSO AUDITORES Y CONSULTORES, en dos ocasiones, la primera para presentar a su madre y explicar que quería invertir un dinero y la segunda para que les explicaran los productos que les ofertaban; es posible que la demandante acudiera posteriormente sola para la firma de las órdenes de compra.

Ahora bien, lo que es evidente, es que antes de la suscripción de las órdenes de compra de las participaciones preferentes objeto de este pleito, no se facilitó a la demandante la información que era exigible acerca de los riesgos del producto, ni de la evolución de la solvencia del emisor hasta que se produjo la quiebra del banco islandés.

En el supuesto de autos, sólo consta acreditado que se le dio una cierta información verbal, pero desconociéndose los términos y el contenido de la misma.

Ello se desprende de las declaraciones de los hijos de la actora y de la documental que obra en autos (y de la que no obra porque no existe).

Así, en las órdenes de compra, aportadas como documentos 8 y 9 de la demanda a los folios 91 y 93, y como 9 y 10 de la contestación, a los folios 381 y 383, no se hace mención a las características de lo que se adquiriría, apareciendo solamente una referencia a *“que presenta orden de compraventa de valores se rige por las condiciones generales y específicas del contrato de*

*compraventa y depositaria de valores que el cliente conoce y acepta”.*

La parte demandada aporta como documento 11, a los folios 385 al 391, las CONDICIONES GENERALES DE DEPÓSITO Y ADMINISTRACIÓN DE VALORES, desde luego, no firmadas por la demandante.

Dicho documento, atendida la falta de firma de la demandante, carece de valor alguno para justificar que se le entregó y explicó dicho contrato.

La propia directora de la oficina de BANKINTER en SANT CUGAT, DOÑA ELENA BURDALLO PULIDO, manifestó, en el acto de la vista, que sólo se firmaban las órdenes de compra venta y el agente de crédito SR. ALONSO aseguró que este documento no está firmado porque BANKINTER no obligaba y no indica un lugar donde firmar.

Además, los folletos y presentaciones que se aportan con la contestación a la demanda son genéricos y en ellos no consta ni mención alguna de la demandante, es decir, no se trata de presentaciones personalizadas para explicar los productos, ni en los referidos folletos publicitarios o presentaciones aparece mención alguna a las participaciones preferentes de LANSBANKI ni de MAIN CAPITAL.

Estos documentos consisten en una guía de productos financieros, una presentación de Power Point impresa sobre productos de inversión a corto, medio y largo plazo de BANKINTER S.A., otra presentación impresa del año 2004 sobre el concepto de participaciones preferentes, un folleto de ALONSO AUDITORES sobre el concepto de participaciones preferentes sin fecha alguna y recortes de prensa y publicidad sobre otros productos.

Nada de ello acredita que a DOÑA [REDACTED]

[REDACTED] se la informara de forma adecuada.

Pero es que durante el desarrollo de la administración y depósito de los valores tampoco se ha acreditado que se informara de la evolución de los mercados y del alto riesgo de insolvencia que presentaba el banco islandés emisor a fin de minimizar los daños.

No puede sostenerse que BANKINTER S.A. no tenía obligación de informar sobre tales hechos, pues el

artículo 5 del anexo del RD 629/1993 señala que "*las entidades deberán informar a sus clientes con la máxima celeridad de todas las incidencias relativas a las operaciones contratadas por ellos, recabando de inmediato nuevas instrucciones en caso de ser necesario al interés del cliente*".

Así lo indica también la referida sentencia de 18 de abril de 2.013, que dice que la remisión de las informaciones periódicas sobre la evolución de la inversión "*tampoco supone el estándar de la información exigible*".

En definitiva, DOÑA [REDACTED] acudió al agente de crédito de BANKINTER S.A. para que le asesorara.

Esta agencia se presenta, según declaró en el acto de la vista DON DANIEL FRANCISCO ALONSO MARÍ, como una asesoría de inversiones cuando afirmó que "*ellos asesoran al cliente en base a sus necesidades*".

Consideramos que no cabía exigir a la [REDACTED] una conducta distinta a la que tuvo, pues al conocer, a través de sus hijos, al SR. ALONSO, depositó en esta persona su confianza y asumió de buena fe los consejos que le dio en cuanto a las inversiones a realizar.

Para finalizar, sólo nos queda referirnos a la presencia del nexo de causalidad, cuya existencia da lugar a establecer la responsabilidad del Banco por la pérdida de la inversión.

La relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño producido no significa hacer responsable a la entidad prestadora de los servicios de inversión de la posterior insolvencia del emisor, sino que la deficiente información proporcionada le ha ocasionado un daño al inversor que, de haber sabido las características y riesgo del producto, no la hubiera adquirido.

De forma que si el Banco hubiera dado cumplimiento a esta obligación en debida forma, ningún perjuicio le podría haber sido reclamado por la sobrevenida pérdida de la inversión.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2.013 indica: "*este incumplimiento grave*

*de los deberes exigibles al profesional que opera en el mercado de valores en su relación con clientes potenciales o actuales constituye "el título jurídico de imputación" de la responsabilidad por los daños sufridos por tales clientes como consecuencia de la pérdida casi absoluta de valor de las participaciones preferentes".*

**SÉPTIMO.**- Como ya hemos indicado en el fundamento de derecho tercero de la presente resolución, todo lo anterior hay que darlo por reproducido respecto de las preferentes perpetuas del banco alemán HELABA LANDESBANK BON MAIN CAPITAL, del cual la demandante adquirió participaciones preferentes por importe de 190.000 euros, a excepción de la pérdida total del capital (porque este Banco no ha quebrado y el capital sigue invertido, si bien, según la propia parte apelante, el valor de las preferentes, en octubre de 2008, había quedado reducido de 190.000 euros a 66.500 euros), porque el proceso de contratación de dicho producto ha sido idéntico que el relatado en los fundamentos de derecho anteriores respecto de las participaciones preferentes de LANDSBANKI.

En base a lo expuesto, siendo el error padecido por DOÑA [REDACTED] esencial, al recaer sobre la naturaleza y características de las participaciones preferentes cuya orden de compra dio, y siendo tal error inexcusable, debemos estimar el recurso de apelación y declarar la nulidad de los contratos (órdenes de compra de Participaciones Preferentes de LANDSBANKI ISLANDS por importe de 100.000 euros y de HELABA LANDESBANK por importe de 190.000 euros) de fecha 14 de julio de 2006, entre ellas convenidos.

Declarada la nulidad de los contratos que vinculan a las partes en litigio, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubieran sido objeto del mismo, teniendo como finalidad las previsiones al efecto contenidas en el artículo 1.303 del Código Civil, conseguir que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento anulado, para evitar el enriquecimiento de una parte a costa de la otra.

Así, cuando el contrato se ha ejecutado en todo o en parte, procede la reposición de las cosas al estado que tenían al momento de la celebración, debiendo los implicados devolverse lo que hubieran recibido por razón del contrato.

Por todo ello, BANKINTER S.A. viene obligado a reintegrar a DOÑA [REDACTED] la suma de 290.000 euros, teniendo en cuenta el importe de las cantidades por la misma invertidas en las participaciones preferentes litigiosas, pero de dicha cifra debe descontarse el importe de las cantidades recibidas como cupones con causa única y exclusivamente en las órdenes de compra objeto de litigio, que la parte demandada acredita ascienden a 34.070,78 euros, la suma abonada en concepto de cupones de HELABA LANDESBANK BON MAIN CAPITAL, documento 13 de la contestación a la demanda y la suma de 10.273,18 euros, en concepto de cupones del banco islandés LANDSBANKI ISLANDS, documento 14, lo que hace un total de 44.343,96 euros.

Dicha cantidad deberá detraerse de la suma de 290.000 euros, lo que supone la cifra final a restituir de 245.656,04 euros.

Lo anterior supone la estimación parcial de la demanda y del recurso.

**OCTAVO.-** Estimando parcialmente la demanda, no procede realizar pronunciamiento alguno en cuanto a las costas procesales devengadas en primera instancia, conforme al artículo 394.1 de la LEC.

Al estimar parcialmente el recurso, tampoco procede efectuar pronunciamiento en cuanto a las costas procesales devengadas en esta alzada, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 398.2 de la LEC.

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

**F A L L A M O S**

Estimando el recurso de apelación formulado por la

representación procesal de DOÑA [REDACTED] contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 8 de RUBÍ, en los autos de juicio ordinario 1198/2010, con fecha 12 de septiembre de dos mil doce, debemos **REVOCAR Y REVOCAMOS** dicha resolución, y en su lugar, estimando parcialmente la demanda formulada por la representación procesal de DOÑA [REDACTED] contra la mercantil BANKINTER S.A., declaramos nulos los contratos (órdenes de compra de Participaciones Preferentes de LANDSBANKI ISLANDS y de HELABA LANDESBANK) de fecha 14 de julio de 2006, entre ellas convenidos, condenando a la entidad BANKINTER S.A. a reintegrar a DOÑA [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] la suma **245.656,04** euros, más los intereses legales de dicha cantidad desde la fecha de la presentación de la demanda.

No se hace pronunciamiento alguno en cuanto a las costas procesales devengadas en ambas instancias.

Devuélvase a la parte apelante el depósito constituido para recurrir en apelación.

Esta resolución es susceptible de recurso extraordinario por infracción procesal y de recurso de casación por interés casacional, mediante escrito presentado ante este Tribunal en el plazo de veinte días desde su notificación, siempre que concurren los requisitos legales para su admisión, de acuerdo con la Disposición Final Decimosexta de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Notifíquese, y firme que sea esta resolución devuélvase los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** En este día, y una vez firmada por todos los Magistrados que la han dictado, se da a la anterior sentencia la publicidad ordenada por la Constitución y las Leyes. DOY FE.