

Jurisprudencia

Resoluciones jurisprudenciales

Por María Luisa Sánchez Paredes, profesora de Derecho Mercantil. Universidad Antonio de Nebrija

1. Tribunal Supremo

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 289/13] DE 8 DE OCTUBRE DE 2014 [Ponente: Eduardo Baena Ruiz]

Contratos bancarios: contrato de custodia y administración de valores.- Procede retrocesión del importe de la amortización efectuada y posteriormente anulada en base a la cláusula «salvo buen fin» inserta en el contrato.- Reembolso por compensación convencional.

«1. Los antecedentes relevantes para la resolución del recurso, tal como han sido fijados en la instancia, son los que a continuación se exponen.

El 13 de febrero de 2003 la entidad mercantil Niumo, SA, actora del litigio, suscribió contrato de Administración y/o Custodia de Valores con el Banco Sabadell, Banca Privada, con las siguientes cláusulas de interés: i) en la condición general segunda se indica que "el banco gestionará el cobro de intereses y dividendos de los valores y la amortización en sus vencimientos, siempre y cuando su liquidación haya sido anunciada con antelación suficiente. En el caso de valores extranjeros, el banco queda facultado para subcontratar la administración y/o custodia de los mismos con entidades financieras extranjeras que actúen como subcustodios utilizándose cuentas individualizadas abiertas a nombre de los titulares. No obstante, en determinados casos, dichos valores podrán estar incluidos en una cuenta global abierta por el banco en las citadas entidades. El banco responderá frente a los titulares de la subcontratación realizada. Los titulares quedan informados expresamente de los riesgos que asumen al operar en mercados extranjeros, así como de que estos valores puedan ser depositados en una cuenta global abierta por el banco, para lo cual prestan su autorización expresa"; ii) en la cuarta que "los titulares autorizan irrevocablemente al banco para que...pueda 2. - Compensar los créditos del banco con los de la parte deudora, incluso si no se hallasen vencidos....". iii) en la condición séptima, relativa a la puesta a disposición de valores y fondos se prevé expresamente que "El banco abonará, salvo buen fin, a los titulares de los valores los

importes amortizados por los valores que se hallen bajo su administración, cuando dichos importes resulten exigibles por parte de sus titulares. En caso de insolvencia por parte del emisor de los valores que comporte el impago de cualquier cantidad debida, serán responsabilidad de los titulares de los valores las acciones encaminadas a la exigencia incluso judicial, de cobro de las cantidades que hubiesen quedado pendientes".

2. Dicho contrato fue sustituido por otro de similares características suscrito con Banco Urquijo Sabadell Banca Privada SA, el día 26 de octubre de 2007 en el que la condición general 11ª reproduce la condición general 7ª del anterior, cuyo contenido hemos transcrito.

3. El 21 de junio de 2006, y al amparo del contrato referenciado de 13 de febrero de 2003, la entidad mercantil Niumo, SA, con la mediación del Banco Sabadell Banca Privada, SA, suscribió bonos emitidos por el Banco irlandés Glitnir denominados en moneda norteamericana con vencimiento el 15 de octubre de 2008 y con pago de cupones trimestrales a tipo variable, por importe de 3.865.000 dólares USA.

4. La entidad demandante fue cobrando ordinariamente los intereses en la cuenta corriente abierta en la entidad demandada.

El día 7 de octubre de 2008, una semana antes del vencimiento de los bonos, previsto para el día 15 de octubre de ese año, la Autoridad Financiera Supervisora de Islandia (FME) intervino el banco emisor de los bonos (Glitnir Banki Hf). El 14 de octubre de 2008 la Autoridad financiera Supervisora decidió transmitir activos y pasivos de Glitnir Banki a una entidad de nueva creación entre los que no se encontraban los bonos adquiridos por Niumo.

A la fecha del vencimiento el 15 de octubre de 2008 Glitnir Banki no atendió su obligación de amortización de los bonos ni abono del cupón correspondiente.

El 20 de octubre de 2008 la entidad que actuaba como custodio global de los valores, BNP Paribas, notificó a Banco Urquijo Sabadell Banca Privada, SA que le había confirmado la entidad liquidadora Clearstream la amortización de los bonos por la cantidad de 3.865.000 USD,

por lo que Banco Urquijo abonó esa suma en la cuenta de Niumo, SA. al día siguiente.

El 27 de octubre de ese año la entidad Niumo, SA decidió invertir la entidad reembolsada en una imposición a plazo fijo en dólares USA (en lo sucesivo "IPF dólares USA"), suscribiendo a tal fin la imposición con el Banco Urquijo, con fecha valor de ese día y vencimiento el 27 de abril de 2009, como complemento del contrato principal de Cuentas de Imposiciones Plazo Fijo en Divisas, firmado el 8 de enero de 2004.

La cláusula Novena de este contrato, relativa a Compensación, prevé que "El Banco quedará expresamente autorizado para compensar con cargo a las imposiciones de esta cuenta los saldos deudores que pudiesen existir en otras cuentas corrientes, de ahorro o de cualquier otra naturaleza, en que conste como titular cualquiera de los Titulares de esta cuenta y aunque estén en diferentes oficinas, anticipando de ser menester el plazo que tuviesen establecido".

5. Este mismo día BNP Paribas comunicó a Banco Urquijo que Clearstream había anulado la amortización final de los valores Glitnir por un importe de 3.865.000 USD, iniciándose la retrocesión de los abonos procesados.

El 3 de noviembre de 2008 el Banco Urquijo Sabadell Banca Privada SA procedió a la retrocesión de los apuntes de 3.865.000 USD y 29.142,10 USD, a través de compensar con las cantidades impuestas a plazo fijo procedentes de la amortización de los bonos y pago de cupón, operación ésta a la que se opuso expresamente la entidad actora.

6. La crisis económica islandesa provocó que el banco emisor del bono no hiciera frente a la amortización de este y al abono del correspondiente cupón; de cuyo peligro había informado puntualmente un directivo del Banco Urquijo a la entidad actora antes de la fecha del vencimiento de los bonos.

7. La entidad mercantil Niumo, SA formuló demanda de juicio declarativo contra Banco Urquijo Sabadell Banca Privada, SA en la que, sobre la base de considerar improcedente la decisión de retrocesión mencionada y posterior cancelación de la imposición a plazo fijo por compensación, postulaba que i) se declarase improcedente y no ajustada a Derecho la retrocesión del abono de la amortización del bono, del cupón de intereses y de la comisión hecha por Banco Urquijo Sabadell Banca Privada, SA, el día 3 de noviembre de 2008 por importe conjunto de 3.894.142,10 dólares USA con cargo en la cuenta de Niumo,

SA, ii) se declarase improcedente y no ajustada a Derecho la unilateral cancelación anticipada hecha el 4 de noviembre de 2008 por Banco Urquijo Sabadell Banca Privada, SA de la imposición de plazo fijo por importe de 3.885,525 en dólares USA de la titularidad y propiedad de Niumo, SA condenando al banco demandado a estar y pasar por dicha declaración, así como al pago de los intereses al tipo pactado de 4,3% desde la fecha de suscripción de la imposición hasta su efectiva amortización. iii) Subsidiariamente, y para el supuesto de que se desestime el pedimento de la retrocesión, se declare no ajustada a Derecho la unilateral compensación y cancelación anticipada hecha el 4 de noviembre de 2008 por Banco Urquijo Sabadell Banca Privada, SA de la imposición de plazo fijo por importe de 3.885.525 en dólares Usa y por tanto, el derecho de Niumo, SA a percibir los intereses al tipo pactado de 4,3% desde que se produjo la formalización de la IPF dólares USA hasta la fecha de su vencimiento, y declare también, que desde el siguiente día de liquidación de intereses ésta devenga intereses al tipo pactado de 4,3% hasta su efectivo pago condenando al banco demandado a esta y pasar y cumplir con dicha declaración.

El Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Madrid, que conoció del procedimiento, dictó sentencia desestimatoria de la pretensión actora, apoyándose, en esencia, en las cláusulas contractuales que permitían la retrocesión, condición general 11ª del contrato de Administración y /o Custodia de Valores, y la consiguiente compensación, condición general novena del Contrato de Imposiciones a Plazo Fijo en Divisas.

8. La representación procesal de la parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia recurrida en la primera instancia, articulando, como motivo procesal, la incongruencia de la sentencia y, como motivos de fondo, en esencia, la inadecuada interpretación que el Juzgador lleva a cabo del término "salvo buen fin" y de la condición general sobre la compensación. A su entender el abono que se le hizo pasó a ser de su titularidad y no cabría disponer de él de forma unilateral.

La Audiencia Provincial de Madrid (Sección Décima) conoció el recurso de apelación, dictando sentencia el 12 de diciembre de 2012 (JUR 2013, 32277) en la que desestimaba el motivo articulado de naturaleza procesal, por entender que la sentencia de instancia resolvía todas las cuestiones sometidas a juicio, cumpliendo los necesarios cánones de motivación, y también los motivos atinentes al fondo, porque razonaban que las condiciones generales, fundamento de la sentencia de primera instancia, estaban correctamente interpretadas y aplicadas.

Contra meritada sentencia interpuso recurso de casación la representación de Niumo, SA, fundado en cuatro motivos.

RECURSO DE CASACIÓN

9. Enumeración y planteamiento

Se desarrolla el recurso de casación interpuesto en cuatro motivos:

En el motivo primero se invoca la aplicación indebida del artículo 1.281 del C.C., en relación con los artículos 1.285 y 1.288 [del mismo texto legal]. Considera la parte recurrente que la sentencia recurrida interpreta de forma literal la cláusula "salvo buen fin", exonerando de toda responsabilidad frente a ella a la entidad recurrida en atención a que la fecha de amortización de los bonos es coincidente con la crisis del estado islandés, que dio lugar a que el banco emisor desatendiese sus obligaciones. En opinión de ella tal interpretación es incorrecta, atendiendo a la consolidada doctrina legal sobre la cláusula "salvo buen fin", referida siempre a los contratos de descuento, de cesión de crédito y de afianzamiento mercantil.

En el motivo segundo se invoca la inaplicación del artículo 1.156.2 del C.C., en relación con el artículo 1.158 del mismo Texto legal. Indica la recurrente que la sentencia recurrida establece que la anulación del abono que el banco hace a Niumo, SA y la compensación de la imposición a plazo fijo es consecuencia de la retrocesión realizada a su vez por la entidad BNP Paribas, custodio global de los valores, constando el incumplimiento del pago por la entidad emisora de Islandia, siendo evidente una situación subsumible en la cláusula "salvo buen fin". Sin embargo, entiende [la] meritada parte que el pago se había realizado conforme a lo pactado y de modo liberatorio y, por tanto, sería nulo el cargo hecho por el banco y todas las actuaciones que traen causa de la nulidad anterior, cual es, el vencimiento anticipado de la imposición a plazo fijo y la compensación.

En el motivo tercero se invoca la aplicación indebida del artículo 1.195.1 en relación con el artículo 1.196.1, ambos del C.C. Entiende la recurrente Niumo, SA que no es deudora de Banca Privada, SA, por lo que no cabe aplicar la compensación al contrato de imposición a plazo fijo y hacer suyas todas las cantidades de la amortización de los bonos y del abono del cupón, pues a juicio de ella, no concurrían los requisitos exigidos por los artículos 1.196 y siguientes del C.C. para que tuviese lugar la citada compensación.

En el motivo cuarto se denuncia la inaplicación del artículo 1.125 en relación con el artículo 1.256 del C.C. Señala la recurrente que, subsidiariamente, solicitó que, en

todo caso, no cabría el vencimiento anticipado de la imposición a plazo fijo en dólares y que habría que esperar al vencimiento, el 27 de abril de 2009, para cualquier regularización a que el banco contratante pudiera creer tener derecho. Por contra el banco no respetó el pacto contractual y procedió a resolver unilateralmente la imposición con objeto de aplicar una compensación.

10. La parte recurrida en su oposición al recurso de casación planteaba la inadmisión del mismo y, en un adecuado orden metodológico, la Sala habrá de dar respuesta a dicha cuestión.

Invoca la meritada parte que la recurrente, bajo la apariencia de denunciar infracción de determinados preceptos, pretende en realidad una nueva valoración de la prueba practicada, o lo que es lo mismo, extraer de dicha prueba consecuencias jurídicas distintas de las que obtiene la sentencia recurrida, postulando, en definitiva, una interesada interpretación de las cláusulas de los contratos suscritos entre los litigantes, distinta a los fijados en la primera instancia y en apelación, que resulta del tenor literal de dichos pactos.

La causa de inadmisión no puede prosperar, por cuanto lo que subyace en los motivos en que se funda el recurso de casación no es un error en la valoración de la prueba o una errónea interpretación de los contratos sino la determinación y alcance de términos jurídicos, insertos en el contenido de los contratos, con evidente relevancia sustantiva y material.

11. Como se ha recogido en los antecedentes relevantes para la resolución del recurso el Banco Glitnir Banki Hf, Banco islandés, fue intervenido por la Autoridad Financiera Supervisora de Islandia (FME) y, a consecuencia de ello, dejó de atender a la fecha de su vencimiento, la amortización de bonos emitidos por él y adquiridos por la recurrente con la mediación del Banco Sabadell, Banca Privada, con la que tenía concertado ésta el contrato de Administración y/o Custodia de Valores. Existía un custodio global que era BNP Paribas.

No obstante, días después del vencimiento la entidad liquidadora Clearstream confirma a BNP Paribas la amortización, ésta a Banco Urquijo Sabadell Banca Privada y ésta a Niumo, SA que decidió invertir la cantidad reembolsada en una imposición a plazo fijo en dólares USA.

El mismo día de la imposición la cadena se invierte y lo que fue amortización se convierte en retrocesión. Clearstream anula la amortización de los valores y así lo

comunica a BNP Paribas, ésta a Banco Urquijo Sabadell, Banca Privada y esta se dirige a Niumo, SA, titular de los valores que niega la retrocesión.

La primera interrogante es si cabe esa retrocesión. Para ello se ha de estar a la determinación del alcance de la cláusula "salvo buen fin".

Si la respuesta fuese afirmativa surge la siguiente interrogante, cual es si el banco, que sería acreedor de la recurrente merced a tal retrocesión, puede hacerse pago con la imposición a plazo fijo en dólares USA que contrató con la entidad mercantil Niumo, SA. Para ello se ha de interpretar la compensación en que funda el banco la cancelación anticipada de la imposición a plazo fijo, coincidente con la retrocesión, para dar cumplimiento a esta.

Puede considerarse un exceso repetir, aunque en síntesis, los hechos que ya se recogieron en el Resumen de Antecedentes, pero hemos creído oportuno hacerlo así para llegar a la conclusión de que deben enjuiciarse en su conjunto los motivos de casación por existir un enlace preciso entre ellos, que es la interpretación concatenada de las expresiones o conceptos jurídicos a que hemos hecho mención.

No cabe la estimación de todos ellos por las razones que pasamos a exponer.

12. Es cierto que la cláusula "salvo buen fin" ha venido referida y aplicada en origen a los contratos de descuento, de cesión de crédito y de afianzamiento mercantil, habiéndose pronunciado sobre ella esta Sala en numerosas ocasiones. En la sentencia 920/2011, de 19 de diciembre (RJ 2012, 49), se afirma que "la cláusula salvo buen fin, implícita en el descuento, supone que si el descontante no puede cobrar los créditos representados por los efectos descontados, es decir, resultan impagados, puede exigir el reintegro de la entidad descontataria. Este es, precisamente el significado de la consideración de la transmisión como una *cessio pro solvendo*, cuyo efecto desaparece, y se transforma en *cessio pro soluto*, cuando se produce alguna de las circunstancias determinantes al respecto (pacto, prescripción de la acción de regreso, no devolución al descontatario de los títulos o efectos descontados, o cuando se dejan a estos perjudicarse -SS, entre otras, 21 de septiembre de 2006 (RJ 2006, 6652), 4 de julio de 2007 (RJ 2007, 3794)-).

En la sentencia más reciente de la Sala de 26 de mayo de 2014, 238/2014 (RJ 2014, 2831), referida también a

un contrato de descuento, se afirma que "el hecho de que esta cesión se efectúe salvo buen fin impide atribuirle la eficacia extintiva de la deuda que sería propia de un pago o de una dación pro soluto". Añade que "consecuentemente, el cedente o descontatario sigue siendo deudor del cesionario descontante en tanto no se produzca la satisfacción del crédito cedido -al margen de los supuestos previstos en el artículo 1.170 del Código Civil-. Y si resulta insatisfecho el crédito incorporado al título cambiario descontado, será exigible al cedente la devolución de la suma anticipada -sentencia 1335/2007, de 10 de diciembre (RJ 2007, 8912)-".

En la sentencia 997/2008, de 5 de noviembre (RJ 2008, 6046), relativa a un contrato de factoring, se recoge que "más recientemente la sentencia de 6 de noviembre de 2006 (RJ 2006, 9246) declara que la "reserva salvo buen fin" no significa que el crédito no haya sido transmitido sino que lo ha sido condicionado resolutorialmente, por una parte, a su existencia y validez, y por otra, a su destino al pago de los préstamos que la cesión tiene por objeto".

Pero que tenga tal cláusula origen y aplicación en los contratos mencionados no significa que sea exclusiva de ellos sino que, por el contrario, se ha trasladado a otro tipo de relaciones contractuales en las que la entrega se realiza "pro solvendo" y no "pro soluto", que es el caso previsto en los contratos de Administración y/o Custodia de Valores en los que el Banco Administrador y Custodio contrae una serie de obligaciones para con el titular de los valores, que es con el que tiene la relación negocial. Entre tales obligaciones se encuentran las entregas de las amortizaciones de los valores y el abono de los cupones, que suele efectuarse en una cuenta vinculada, pero, en previsión de circunstancias que obedezcan a error o a cualquier otra, se pacta que la entrega se haga condicionada, "salvo buen fin", hasta el momento del abono efectivo de los valores ingresados. Consecuencia de ello es que la titularidad de lo entregado es transmitida al titular de los valores pero condicionada resolutoriamente a la validez de la misma, merced a la cláusula "salvo buen fin", fruto de la libertad de pacto de las partes, conforme al artículo 1.255 del C.C. sin que se haya instado la nulidad de la cláusula y sí su interpretación.

[La] Meritada cláusula es constante en contratos de Administración y Custodia de Valores en los que el titular de los valores faculta al banco custodio a retroceder cualquier tipo de abono que se haya ingresado errónea o indebidamente en un depósito a nombre de aquel, así como a retener el importe de los abonos efectuados condicionalmente "salvo buen fin" hasta el momento del abono definitivo de los valores ingresados.

Por tanto, la respuesta a la primera interrogante, cual es si fue correcta la retrocesión, ha de ser afirmativa, siendo su fundamento, según lo razonado, la cláusula "salvo buen fin" inserta en la condición general séptima del contrato de 13 de febrero de 2003 y reproducida en la décimo primera del contrato de 26 de octubre de 2007, a que hacemos mención en el resumen de antecedentes de la presente resolución, atinentes a Administración y/o Custodia de Valores.

13. Una vez que hemos considerado válida la retrocesión, la consecuencia anudada a ella es que el Banco Urquijo Sabadell, Banca Privada, SA, era acreedor de la titular de los valores Niumo, SA, al haberle reembolsado a esta la amortización y el abono del cupón y poder exigirle la retrocesión.

Como lo recibido lo invirtió Niumo, SA, en una imposición a plazo fijo en dólares Usa, suscribiendo tal imposición con el Banco Urquijo, surge la segunda interrogante, cual es si el banco podría realizar la retrocesión con cargo a la mencionada imposición.

La respuesta viene dada por la interpretación de la cláusula "compensación", que se incluye como novena en el contrato principal de Cuenta de Imposiciones a Plazo Fijo en Divisas, firmado el 8 de febrero de 2004.

14. La recurrente niega, en esencia, tal compensación, denunciando que la sentencia hace una aplicación indebida del artículo 1.195 del Código Civil en relación con el número 1 del artículo 1.196 del mismo Texto legal y, añadiendo de modo subsidiario, que para la regularización, si es que procedía, habría de esperar al vencimiento de la imposición a plazo fijo, citando al efecto los artículos 1.125 en relación con el 1.256, ambos del Código Civil.

Existen diferentes clases de compensación: (i) la legal, prevista en el artículo 1.156 C.C. como una forma de extinción de las obligaciones, que debe reunir los requisitos que prevén los artículos 1.195 y 1.196, ambos del Código Civil; (ii) la convencional, con apoyo y fundamento en el artículo 1.255 C.C., esto es, en la autonomía de la voluntad de las partes y (iii) la compensación judicial. Así viene a reconocerlo, entre otras, la STS de 7 de junio de 1983 (RJ 1983, 7000) que afirma la existencia de la compensación legal (regida por los artículos 1.195 a 1.202 del Código Civil), que se realiza por ministerio de la Ley cuando en las obligaciones de cuya compensación se trate concurren todos y cada uno de los requisitos que se enumeran en los artículos 1.195 y 1.196 y con los efectos del 1.202; la

convencional, claramente diferenciable de la anterior, y la judicial que se produce cuando falta alguno de los requisitos de la legal, siendo el cauce ordinario de esta la demanda reconventional, en la que bastaría la homogeneidad de las deudas existentes "iure proprio" y con signo opuesto entre los titulares que los compensan dentro del juicio. En el supuesto que enjuicamos la compensación invocada por la parte demandada es la convencional que, según la sentencia citada del Tribunal Supremo es una compensación contractual acogida al amparo de la autonomía de la voluntad y de la libertad de contratación del artículo 1.255 C.C., sin otros límites que los fijados en dicho precepto: las leyes necesarias, la moral y el orden público, y con efectos que habrá que buscar en el contenido de la voluntad de las partes que fijar[á] los límites del acuerdo compensatorio, el cual funcionará como negocio jurídico en el que los efectos se adaptarán exactamente al contenido de la voluntad de las partes que lo pacten.

Tal modalidad de compensación [la convencional] es la que existe en el presente supuesto, habiendo sido pactada de modo claro por las partes tanto en el contrato de 13 de febrero de 2003 (condición cuarta) como en el de 26 de octubre de 2007 que reproduce el condicionado del anterior y, singularmente, que es el de más clara aplicación al caso presente en el contrato de Cuenta de Imposiciones a Plazo Fijo en Divisas, firmado el 8 de enero de 2004, en cuya cláusula novena se autoriza al banco a la compensación que la recurrente niega, cualquiera que sea la naturaleza de la que derive el crédito (la retrocesión del previo reembolso), anticipando de ser menester "el plazo que tuvieren establecido" las imposiciones o saldos contra los que se dirige la compensación. De ahí, que desde el respeto a la voluntad de las partes, que fija los límites de la compensación acordada, sea correcta la cancelación anticipada del plazo fijo de la cantidad sujeta a retrocesión por adaptarse tal operación al exacto contenido de lo pactado».

TRIBUNAL DE CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN [Conflicto 9/2014] DE 6 DE OCTUBRE DE 2014 [Ponente: José Díaz Delgado]

Concurso de acreedores.- El juez mercantil no es competente para requerir de inhibición a la Administración tributaria respecto de actuaciones realizadas en un procedimiento de

apremio iniciado después de la aprobación del convenio concursal a consecuencia del incumplimiento de obligaciones no sujetas al convenio.

«El Juzgado de 1 Instancia e Instrucción de Teruel, por auto de fecha 19 de enero de 2012, declaró en concurso a la mercantil «Construcciones Adán Martín, S.L.», tramitándose como procedimiento concursal 8/2012 de dicho Juzgado. En dicho concurso, previa comunicación de créditos en tiempo y forma, el informe de la Administración concursal reconoció a la AEAT créditos con las siguientes cuantías y clasificación, aunque existen pequeñas discordancias en los créditos privilegiados y ordinarios entre el «resumen de este acreedor» y la «ficha desglosada» del informe:

«Ficha desglosada:

– Crédito con Privilegio General (art. 91.2 LC y 91.4): 43.440,52 euros.

– Crédito ordinario: 34.165,16 euros.

– Crédito subordinado: 19.309,09 euros.

Resumen de este acreedor:

– Crédito con Privilegio General (art. 91.2 LC y 91.4): 43.378,56 euros.

– Crédito ordinario: 34.103,20 euros.

– Crédito subordinado: 19.309,09 euros.

2. Por sentencia de fecha 30 de julio de 2012 se aprobó la propuesta anticipada de convenio presentada por la concursada. Según el tenor literal de dicha sentencia «Se pone fin a la fase común del concurso, y habiendo sido aprobada la propuesta de convenio quedará sujeta a los efectos prevenidos en los arts. 133 a 136 LC». Asimismo, dicha sentencia declara que «Cesan en su cargo los administradores concursales sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 133.4 LC y de las funciones que el convenio pudiese encomendar

a todos o alguno de ellos hasta su último cumplimiento y de lo previsto en el capítulo I del citado título». Dicha sentencia fue publicada en el BOE de 24 de septiembre de 2012, no siendo objeto de recurso alguno por lo que la misma es firme, constando inscrita en el Registro mercantil el 10 de octubre de 2012 y publicada en el BORME de 13 de noviembre de 2012.

3. La propuesta anticipada de convenio aprobada por la referida sentencia establece:

«Respecto de los acreedores con privilegio general que: «Los acreedores a quienes se hubiere reconocido privilegio general, no quedarán vinculados por el presente Convenio respecto del crédito a que dicho reconocimiento se refiera a menos que se adhieran voluntariamente al mismo.

Respecto de los acreedores ordinarios, una quita, quedando reducidos los créditos a un 60 % de su importe, y una espera de un año con pagos fraccionados en los tres siguientes desde la aprobación por sentencia del convenio en los siguientes términos:

– Espera de un año sin pago alguno.

– El primer año posterior y dentro de este periodo abono de un 30 %.

– El segundo año posterior y dentro de este periodo abono de un 40 %.

– El tercer año posterior y dentro de este periodo abono de un 30 %.

Respecto de los acreedores subordinados, una quita del 40 % quedando reducidos los créditos a un 60 % de su importe y una espera de tres años desde la aprobación por sentencia del convenio en los siguientes términos:

– Transcurrida la espera anterior en el cuarto año y dentro de este periodo, después de abonar todos los créditos privilegiados y ordinarios abonará un 70 % de los créditos.

– En el quinto año y dentro de ese periodo el 30 % restante».

4. La liquidación A4460012536003156, a la que se refiere el requerimiento de inhibición corresponde a la autoliquidación presentada por «Construcciones Adán Martín, S.L.» por IVA 4T-2011 por importe de 30.783,57 euros el 30 de enero de 2012.

Declarado el concurso por Auto de 1 de enero de 2012, siendo dicha deuda de un periodo anterior a la declaración de concurso, figuraba como crédito n.º 16, por cuantía de 30.783,57 euros de principal, con 000 de intereses y 0,00 de recargo.

5. Una vez aprobado el convenio, la AEAT no se adhirió al convenio.

6. No habiendo procedido «Construcciones Adán Martín, S.L.» a efectuar el pago de la deuda privilegiada no sujeta a convenio después de su aprobación, se procedió a continuar las actuaciones administrativas tendentes al cobro. Respecto de la liquidación A4460012536003156, estando en periodo voluntario de ingreso, cesados los efectos del concurso tras la aprobación del convenio el 30 de julio de 2012, y transcurrido el plazo legal de ingreso establecido en el art. 161.1.b) LGT sin realizarlo, computado desde la aprobación del convenio, se procedió a dictar providencia de apremio con fecha 29 de agosto de 2013 sobre la mitad del importe de liquidación, ya que siendo crédito concursal, ex art. 91.4 de la L.C., estaba clasificado en el concurso como privilegiado y por tanto no sujeto a convenio. La providencia se emite por un importe de deuda principal de 15.391,79 euros es decir, el 50 % del total de la deuda liquidada, exclusivamente por la parte de dicha deuda reconocida como crédito privilegiado, devengándose en ese momento por primera vez, el recargo de apremio correspondiente a dicha cuantía, por importe de 3.078,36 euros. Dicha providencia de apremio se notificó a la mercantil con fecha 30 de agosto de 2013, siendo firme.

Ante el impago de dicha deuda de 18.470,15 euros (principal 15.391,79 euros) y recargo de apremio la misma fue incluida en las diligencias de embargo de cuentas bancarias y de el 25 de octubre de 2013, sin que se haya obtenido traba alguna aplicada a dicha deuda.

7. Con fecha 28 de febrero de 2014, la Delegada Especial de la AEAT fue sido notificada de oficio de inhibición por el Juzgado de Instancia e Instrucción n.º 1 de Teruel, para que dejara sin efecto todas las medidas acordadas en el procedimiento de apremio seguido contra la concursada, con relación al recargo de apremio ordinario con clave de liquidación, A4460012536003156, debiendo comunicar a este Juzgado si declina su jurisdicción o por el contrario la mantiene.

Segundo.

Como sostiene el Abogado del Estado, la cuestión que se plantea es la posibilidad de imponer recargos por impago de un crédito privilegiado una vez aprobado el convenio.

El Juez considera que amparar la pretensión de la AEAT sería tanto como admitir la posibilidad de recargar doblemente el mismo importe, una misma cantidad que ya ha sido fiscalizada y que ya fue objeto de recargo, que tuvo su propia calificación.

Como sostiene el Abogado del Estado dicho recargo no es un crédito declarado o reconocido en el concurso como crédito subordinado ni se está recargando doblemente un mismo importe. Como pone de manifiesto dicha representación la providencia de apremio que impone el recargo, es de fecha 29 de agosto de 2013, es decir más de un año posterior a la sentencia que aprueba el convenio correspondiendo el recargo impuesto sólo a la parte privilegiada de dicha deuda que no está sujeta a convenio y devengado por el impago posterior al convenio de dicha deuda. Por tanto dicho recargo se impone por el incumplimiento por la sociedad de la obligación de pago que nace con posterioridad a la aprobación del convenio, que no está sujeta al mismo. Cuando se declara el concurso en fecha 19 de enero de 2012 no había transcurrido el periodo voluntario del pago de la deuda, como lo prueba el hecho de que autoliquidara con posterioridad (en enero de 2013), por lo que era imposible que dicha deuda fuera apremiada antes de la declaración del concurso, y una vez declarado quedaban suspendidos los procedimientos administrativos de ejecución.

Tercero.

A tenor de lo que dispone el art. 133.2 LC «Desde la eficacia del convenio cesarán todos los efectos de la declaración de concurso, quedando sustituidos por los que, en su caso, se establezcan en el propio convenio...».

Dispone el art. 134.2 LC que «Los acreedores privilegiados solo quedaran vinculados al contenido del convenio si hubieren votado a favor de la propuesta o si su firma o adhesión a aquélla se hubiere computado como voto favorable. Además podrán vincularse al convenio ya aceptado...»

En el presente caso, el convenio se aprobó por sentencia de 30 de julio de 2012 y ha adquirido firmeza y según el tenor literal del mismo: «Los acreedores a quienes se hubiere reconocido privilegio general, no quedarán vinculados por el presente Convenio respecto del crédito a que dicho reconocimiento se refiera a menos que se adhieran voluntariamente al mismo...».

De acuerdo con ello, aprobado el Convenio por sentencia firme cesa la competencia del juez de lo mercantil respecto de los créditos no sujetos a convenio y por tanto respecto de los créditos privilegiados, y consiguientemente, el juez mercantil carece también de competencia respecto de las actuaciones dirigidas al cobro de los créditos no sujetos a convenio realizadas tras la aprobación de éste.

En consecuencia, como sostiene el Abogado del Estado, transcurrido el periodo voluntario de ingreso de dicha deuda tras la aprobación del convenio, más de un año, la AEAT procedió a iniciar el procedimiento ejecutivo de pago de dicha deuda que, por imperativo de la Ley General Tributaria comienza mediante la emisión de la providencia de apremio, que devenga, también «ex lege», el recargo de apremio objeto de requerimiento, que por tanto, es posterior a la aprobación del convenio y dicho recargo ni figuraba ni podía figurar reconocido en el concurso como crédito subordinado ni existe duplicidad con recargos reconocidos en el concurso.

En consecuencia comparte este Tribunal el criterio de la Abogacía del Estado de que

el juez mercantil carece de competencia para requerir de inhibición a la Administración tributaria respecto de actuaciones realizadas en un procedimiento de apremio administrativo iniciado después de aprobado el convenio, como consecuencia de incumplimiento de las obligaciones de pago de la sociedad no sujetas al convenio, por incumplimientos posteriores a la aprobación del mismo.

Recuerda el Abogado del Estado que este criterio es el sostenido por el Tribunal Supremo en auto de 30 de octubre de 2012, confirmando el criterio sentado en autos de 24 de enero (rec. 164/2011) y 10 de julio (rec. 5/2012), ambos de 2012, al resolver el conflicto de competencia objetiva planteado entre un juzgado de primera instancia y un juzgado de lo mercantil para conocer de una acción civil frente a la empresa concursada con convenio de acreedores aprobado por sentencia, pronunciándose a favor de la competencia del juez civil frente al mercantil».

AUDIENCIAS PROVINCIALES

SENTENCIA DE LA SECCIÓN 4ª DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ZARAGOZA [Recurso 201/14] DE 18 DE SEPTIEMBRE DE 2014 [Ponente: Juan Ignacio Medrano Sánchez]

Sociedad unipersonal.- No procede aplicar la doctrina del levantamiento del velo porque no se aprecia abuso en la autocontratación de la socia única con la sociedad ni se aprecia fraude de las legítimas expectativas puestas sobre la seriedad comercial y la solvencia de la sociedad.

«Objeto de esta segunda instancia es la reclamación contra la socia de la sociedad unipersonal, fundándose la

pretensión en la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica y, en su aspecto factual o soporte de la aplicación de esa doctrina el que se incurrió en una situación de infracapitalización que trae causa de una operación que se entiende abusiva, el que en el año 2007 y a poco de iniciarse la relación comercial entre las partes, la codemandada y socia, incurriendo en un supuesto de autocontratación, se transmitió a su favor y por un precio netamente inferior a su verdadero valor de mercado, el único activo inmobiliario de la sociedad, incurriendo en un supuesto de infracapitalización.

SEGUNDO

Contra la sentencia de signo desestimatorio se alzaré la mercantil demandante para denunciar lo que se considera tres errores en la valoración de los hechos en los que se consideraría había incurrido la sentencia de primera instancia.

El primero no tiene relevancia en la cuestión pues resalta la propia parte recurrente que no sustenta su pretensión. Se denuncia la afirmación contenida en la sentencia de que la sociedad demandada ha cumplido todas sus obligaciones societarias, cuando desde 1995 hasta 2001 funcionó con el cargo de administrador caducado y sin cumplir la obligación de adoptar los estatutos a la Ley 2/1995.

Se adicionan en la denuncia otros dos errores, uno que se afirma que en el año 2007 la demandada no tenía deudas con ningún proveedor, lo que se entiende no tiene base probatoria alguna. Y otro que según resulta del documento nº 26 aportado a su demanda ya resultaba que a 30/09 tenía un impagado con la demandante.

Los hechos no son relevantes y si lo fueran, al margen de las reglas distributivas de la prueba, su alegación correspondía a la demandante, que no solo no alegó que existiera una situación generalizada de impagos sino que prescindió de ese vencimiento que se afirma del ejercicio 2009. Pues dejando de lado la confusión y debate sobre los impagos que se produjo durante el interrogatorio de la demandante, en la demanda, en su hecho tercero, sitúa en el ejercicio del año 2012 los impagos: "a comienzos del año 2012 comenzó a desatender el pago de las facturas que mi representada le había emitido". Lo que no deja de hacer verosímil lo que afirma la sentencia, que no existía ninguna situación ni generalizada ni particularizada de impagos sino hasta el ejercicio 2012.

TERCERO

La segunda alegación se centra en lo que se considera una equivocada percepción del fundamento de la pretensión ejercitada, pues no se atiende a lo que se pretende con la invocación de esa autoventa, esto es, la infracapitalización sobrevenida y no una mera venta simulada que hubiera operado en perjuicio de los acreedores. Venta no justificada, por precio muy inferior al real, en provecho propio y descapitalizando la sociedad unipersonal. La alegación ha de resolverse inexorablemente con la tercera de las alegaciones en la que se hace una extensa exposición sobre los criterios jurisprudenciales sobre la doctrina del levantamiento del velo.

CUARTO

La jurisprudencia justifica la técnica y práctica de penetrar en el substrato personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que el socaire de esa ficción o forma legal se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino del fraude ([art. 6.4 CC](#)), admitiéndose que los jueces puedan penetrar (levantar el velo jurídico) en el interior de esas personas para evitar el abuso de esa independencia ([art. 7.2 CC](#)) en daño ajeno o de los derechos de los demás ([art. 10 CE](#)) o contra interés de los socios, es decir, de un mal uso de su personalidad, de un ejercicio antisocial de su derecho ([art. 7.2 CC](#)).

El hecho de que nuestro ordenamiento jurídico reconozca personalidad a las sociedades de capital, como centro de imputación de relaciones jurídicas, y sea la sociedad la que deba responder de su propio actuar, aunque instrumentalmente lo haga por medio de sus administradores, no impide que, "excepcionalmente, cuando concurren determinadas circunstancias -son clásicos los supuestos de infracapitalización, confusión de personalidades, dirección externa y fraude o abuso- sea procedente el «levantamiento del velo» a fin de evitar que el respeto absoluto a la personalidad provoque de forma injustificada el desconocimiento de legítimos derechos e intereses de terceros" (Sentencia 718/2011, de 13 de octubre, con cita de la anterior Sentencia 670/2010, de 4 de noviembre).

Pero la jurisprudencia insiste en que este remedio tiene carácter excepcional y por ello debe aplicarse de forma restrictiva (Sentencias 475/2008, de 26 de mayo, y 422/2011, de 7 de junio). La norma general ha de respetar la personalidad de las sociedades de capital y las reglas sobre el alcance de la responsabilidad de las obligaciones asumidas por dichas entidades, que no afecta a sus socios ni

administradores, salvo en los supuestos expresamente previstos en la Ley. Este carácter excepcional del levantamiento del velo exige que se acrediten aquellas circunstancias que ponen en evidencia de forma clara el abuso de la personalidad de la sociedad. Estas circunstancias pueden ser muy variadas, lo que ha dado lugar en la práctica a una tipología de supuestos muy amplia que justificaría el levantamiento del velo, sin que tampoco constituyan *numerus clausus*. En cualquier caso, no pueden mezclarse un tipo de supuestos con otro, pues en la práctica cada una de ellos requiere sus propios presupuestos y, además, pueden conllevar distintas consecuencias. Por ejemplo, no es lo mismo la confusión de patrimonio y de personalidades, habitualmente entre sociedades de un mismo grupo o entre la sociedad y sus socios, que los casos de sucesión empresarial o de empleo abusivo de la personalidad jurídica de la sociedad por quien la controla para defraudar a terceros.

QUINTO

La sociedad unipersonal está admitida en nuestro ordenamiento jurídico ([art. 14 TR LSC](#)). Con ello se permite que una persona opere en el tráfico jurídico limitando su responsabilidad al patrimonio incorporado en la sociedad, efecto que se consigue si se da publicidad registral a la unipersonalidad ([art. 14.1 y 2 LSC](#)).

La mera unipersonalidad no justifica el que, en contra de la previsión legal, el socio único responda de las deudas sociales.

Lo que ampararía, en la consideración del recurrente, esa pretensión es que ha existido una actuación abusiva de esa socia que despatrimonializó la sociedad trasvasando el mismo al suyo propio, y que lo hizo con un negocio de autocontratación en unas condiciones de grave perjuicio económico de la sociedad.

La Sala considera que en el supuesto de autos no puede apreciarse la doctrina invocada. No lo puede ser porque la sociedad realizó esa operación al poco de iniciarse la relación comercial entre las partes, en el año 2007, en unos términos en los que, como se explica en la demanda, la salida del activo patrimonial resultaba ya de las cuentas anuales y quedaba publicitada en Registros. Y no lo puede ser en el caso concreto porque sociedad demandante y demandada no solo establecieron una relación comercial de prestación de servicios, origen de la deuda, sino que entraron en un ámbito de colaboración mercantil, con el que sobre todo pujar a concursos públicos, generándose una intensa colaboración hasta el extremo de que, como se llegó

a reconocer en el acto del juicio, la demandada era su representante en Zaragoza. Si esto es así, la confianza que puede haber generado a la actora la situación patrimonial de la demandada no se puede fundar en un acto societario ejecutado en el año 2007, sino que resultará de la misma relación y de lo que publicaran las cuentas de la sociedad unipersonal en los ejercicios 2007 a 2011, de las que se han aportado las del ejercicio inicial, periodo además durante el que la relación comercial fue beneficiosa para ambas partes. En definitiva que no se aprecia que la demandada haya burlado, utilizando la sociedad unipersonal, las legítimas expectativas que la demandante pudo crearse sobre su seriedad comercial y sobre su solvencia».

SENTENCIA DE LA SECCIÓN 3ª DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE LA CORUÑA [Recurso 189/14] DE 10 DE OCTUBRE DE 2014 [Ponente: Rafael Jesús Fernández-Porto García]

Contratos bancarios: cuenta corriente.- El solo hecho de abrir una cuenta en forma conjunta o indistinta no produce el efecto de atribuir los depósitos por partes iguales a quienes figuran como titulares.

«En el segundo motivo del recurso se plantea que el mero hecho de ser cotitular de una cuenta bancaria no atribuye la cotitularidad del dinero, ni permite presumir una intención de donar el saldo existente.

El motivo debe ser estimado:

1º.- Es muy reiterada la doctrina jurisprudencial que establece que, en los supuestos de cuentas corrientes bancarias, la titularidad indistinta se limita a expresar una facultad de disposición de los fondos a favor de cualquiera de los titulares de las mismas, que pueden exigirle al Banco que los retiene; pero el mero hecho de su apertura con titulares plurales, no implica forzosamente un necesario condominio sobre los saldos; sino que la propiedad de los fondos vendrá determinada por las relaciones internas que median entre los titulares bancarios conjuntos, y más concretamente por la originaria pertenencia del dinero; ya que el solo hecho de abrir una cuenta en forma conjunta o indistinta no produce el efecto de atribuir los depósitos por partes igualitarias a quienes figuran como titulares [sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2001 (RJ Aranzadi 3872), 29 de mayo de 2000 (RJ Aranzadi 3922), 5 de julio de 1999 (RJ Aranzadi 5966); 29 de septiembre de 1997 (RJ Aranzadi 6825); 7 de junio de 1996 (RJ Aranzadi 4826); 19 de diciembre de 1995 (RJ Aranzadi 9425); 21 de noviembre de 1994 (RJ Aranzadi 8541); 15 de

julio de 1993 (RJ Aranzadi 5805); 15 de diciembre de 1993 (RJ Aranzadi 9987); 23 de mayo de 1992 (RJ Aranzadi 4280); 8 de febrero de 1991 (RJ Aranzadi 1156), y las que en ellas se citan].

La sentencia de la Sala Primera de 25 de noviembre de 2011 (Roj: STS 8016/2011, recurso 576/2008) no es una excepción a dicha doctrina, pues contempla un supuesto muy específico y fácticamente distinto: Una pareja, que tenía proyectado contraer matrimonio, abre unas cuentas bancarias conjuntas «en las que se confundían las cantidades ingresadas por uno y otro», y de las que van disponiendo conforme a sus necesidades. En este caso, sí existe la presunción de copropiedad por iguales partes salvo prueba en contrario (artículo 393.2 del Código Civil), y el superviviente no está obligado a rendir cuentas a los herederos del difunto, porque se supone que este prestó consentimiento a esas disposiciones en cuanto era la mecánica de su actuar.

Pero en este caso está admitido por ambas partes que la totalidad del dinero existente en las cuentas era de la propiedad exclusiva de don Edmundo, no habiendo aportado cantidad alguna doña Julia. Por lo que en modo alguno puede presumirse que la mitad del saldo era propiedad de esta por el mero hecho de ser cotitular. Y menos concluir que lo era la totalidad de los saldos en base a unas donaciones que le iba a hacer don Edmundo según tres testigos.

2º.- Es cierto que el dinero es un mueble, y su donación exige solamente la concurrencia de los requisitos previstos en el artículo 632 del Código Civil, por lo que puede hacerse verbalmente con entrega simultánea del numerario [Ts. 31 de enero de 2012 (Roj: STS 388/2012, recurso 1953/2009)].

Ahora bien, como recuerda la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2013 (Roj: STS 505/2013, recurso 1693/2010) la apertura de las cuentas bancarias de cotitularidad conjunta y disposición indistinta, con dinero aportado en exclusiva por don Edmundo, no supone ni significa un acto de donación del dinero aportado. Ni en su mitad, ni menos en su totalidad. Esta forma de abrir cuentas bancarias simplemente faculta a doña Julia a retirar dinero, a que las entidades bancarias no puedan negarle las disposiciones. Pero ni le atribuyen propiedad alguna, ni permite presumir la supuesta donación de la totalidad. Y la prueba contraria esa donación o traspaso de propiedad del dinero serían:

(a) Está admitido que doña Julia no aportó dinero a esa cuenta. Y tampoco realizó disposiciones. Pese a ser cotitular de la cuenta del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria desde 1998, no afirma (ni intentó probar) que fuese habitual que realizase disposiciones de los saldos con el consentimiento expreso o tácito de don Edmundo. Luego era una cotitularidad formal, pero reconociéndose expresamente la propiedad exclusiva.

(b) No puede compartirse que abrir una cuenta bancaria conjunta tuviese como finalidad que doña Julia hiciese suya la indemnización. La cuenta en el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria se abrió en 1998, y la indemnización no se ingresa hasta el 26 de marzo de 2009. Todo indica que la cuenta se abrió de forma conjunta, como es habitual, con el fin de que un familiar pudiese retirar dinero en supuestos de enfermedad del titular o supuestos similares.

(c) Tampoco se acepta que se encuentre arraigada en gran parte de la población la idea de que las cuentas conjuntas transfieren el dominio del dinero tras la muerte de uno de los titulares. Dejando al margen de que aquí se está juzgado una donación inter vivos, no mortis causa o una disposición testamentaria, la gente sabe perfectamente el dinero es de su verdadero dueño, en su caso de sus herederos. Es habitual que en las cuentas de los padres - sobre todo cuando quedan viudos- figure algún hijo, y estos jamás se plantean que son dueños de los saldos de esas cuentas en perjuicio de sus hermanos. Como mucho intentarán no tributar por ese dinero en el Impuesto de Sucesiones alegando una cotitularidad fiscal.

(d) Por otra parte ¿cuándo datamos la donación? Porque las disposiciones empiezan en el mes de marzo de 2011 y finalizan en julio de 2011. Incluso después de fallecido en supuesto donante seguiría realizando donaciones. En la contestación a la demanda no se menciona una única donación, sino sucesivas donaciones que le iba haciendo. Se estaría dando por válido que don Edmundo fue realizando toda una cadena de donaciones, y que doña Julia aceptaba desde el momento en que retiraba el dinero. Porque la otra postura es afirmar que como el dinero estaba en la cuenta conjunta, ya se lo había donado todo. Pero es que basta observar que desde 1998 ya eran cotitulares indistintos; que en el año 2009 le abonan la indemnización; y no es hasta que enferma don Edmundo, y especialmente tras su ingreso en el hospital, cuando doña Julia empieza a realizar disposiciones de la cuenta por vez primera; e incluso con posterioridad al fallecimiento.

En consecuencia, descartado que existiese un "animus donandi", ni que se efectivamente se llegase a

donar el dinero, la mera cotitularidad de la cuenta no permite presumir la existencia de la donación. Por lo que el recurso debe prosperar, revocándose la sentencia apelada y estimando íntegramente la demanda.

QUINTO.- Intereses.-

Entre los principales efectos de derecho material de la demanda se encuentra la constitución en mora del deudor, conforme a lo establecido en el artículo 1.100 del Código Civil, por lo que el inicio de la mora debe situarse a la presentación de la demanda, y no al emplazamiento o citación para juicio, interpretación sobre el momento en que debe entenderse producida la reclamación judicial, debe ser mantenida y completada con lo que dispone el artículo 410 de la Ley de Enjuiciamiento Civil con respecto al comienzo de la litispendencia, que tiene lugar con la interposición de la demanda, siempre que la misma sea después admitida [Ts. 14 de julio de 2014 (Roj: STS 3556/2014, recurso 2416/2012), 24 de noviembre de 2010 (Roj: STS 6366/2010, recurso 94/2007), 20 de enero de 2009 (Roj: STS 157/2009, recurso 2693/2003) del Pleno de la Sala]. La prestación de intereses, los convencionales y los legales, tienen por objeto la corrección del principio del nominalismo, que determina la prestación pecuniaria haciendo abstracción de que la cantidad debida tenga hoy un valor adquisitivo menor al que tenía cuando debió cumplirse la obligación. El dinero es un bien productivo y si el cumplimiento de la obligación pecuniaria se ha dilatado en el tiempo, el acreedor debe ser indemnizado mediante la prestación de intereses. Los cuales son los pactado[s] por las partes (convencionales) o bien son fijados por la ley (legales) que son los moratorios (artículos 1.000, 1.101 y 1.108 del Código civil), desde que el deudor incurre en mora; y ejecutorios o procesales desde que se dicta en sentencia la condena al pago de una cantidad de dinero líquida (artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) [Ts. 15 de diciembre de 2011 (Roj: STS 8593/2011, recurso 1850/2008)]. Por lo que la cantidad retirada devengará el interés legal a contar desde la presentación de la demanda; y desde la presenta resolución el interés procesal.

JUZGADOS

SENTENCIA DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 97 DE MADRID [Autos 1402/13] DE 1 DE SEPTIEMBRE DE 2014 [Magistrado: David Pérez García-Patrón]

Contratación.- Nulidad del negocio de suscripción de acciones por error en el consentimiento, ya que la imagen

que proyectó la sociedad emisora no se correspondía con su verdadera situación financiera.

«La parte actora ejercita la acción de nulidad o anulabilidad contractual por error en el consentimiento prestado y por dolo, utilizado por la demandada, en la suscripción de Acciones Bankia Subtramo Minorista, de fecha 30 de junio de 2011, con número de orden NUM000, por importe de 10000 euros, número de orden NUM001, por importe de 10000 euros, con número de orden NUM002, por importe de 10000 euros, y la adquisición de fecha 6 de julio de 2011, número de orden NUM003, por importe de 5000 euros. Afirma que la demandada incumplió con sus obligaciones legales de información de los riesgos que entrañaba la suscripción, además de entender que en la oferta de las acciones no se reflejaba la situación real de la compañía, lo que produjo el error en la actora, que le llevó a suscribir las acciones. Por último, manifiesta que en realidad lo que pretendía contratar era un depósito y no suscribir acciones. Invoca las disposiciones del Código Civil en cuanto a los contratos, así como la específica de los mercados financieros, como es el caso de la Directiva 2004/39/CE MIFID, Ley 47/2007 que modificaba la Ley del Mercado de Valores (artículos 78 bis y 79 bis), además el Real Decreto 629/1993 de 3 de Mayo, en su artículo 15, y las normas de protección de consumidores y usuarios (Texto Refundido).

Por su parte, la demandada alega, como cuestión previa, la prejudicialidad penal, al seguirse en el Juzgado Central de Instrucción número 4 de la Audiencia Nacional las Diligencias Previas 59 / 2012. En cuanto al fondo se opone afirmando el cumplimiento de la normativa y deberes de información. También discrepa del perfil de la actora, sosteniendo la existencia de inversiones previas, fondos de inversión, que la hacen conocedora de los riesgos que entrañan la suscripción de acciones. También niega la existencia de engaño o utilización de dolo por su parte, puesto que el folleto y demás documentación de la emisión de acciones reflejaba la imagen fiel de la entidad. En definitiva afirma que, en caso de no apreciarse la prejudicialidad, no puede estimarse la demanda porque se cumplió con las obligaciones de información, la imagen que reflejaba la compañía era fiel y no manipulada a fecha de la emisión de acciones, y además, la actora tenía un perfil adecuado para suscribir las acciones.

SEGUNDO

En primer lugar es necesario resolver sobre la prejudicialidad penal que invoca la demandada. Tal cuestión, al amparo de lo previsto en el artículo 40.3 de la Ley de

Enjuiciamiento Civil, quedó pendiente de resolverse, según providencia de fecha 24 de marzo de 2014, en este momento procesal.

Con carácter previo, es preciso realizar un análisis de la prejudicialidad penal en el procedimiento Civil.

La prejudicialidad penal aparece regulada en el artículo 40 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según el citado artículo y sin perjuicio de lo previsto para la falsedad de documentos aportados, la cual no ha sido apreciada en este procedimiento (según providencia de 24 de marzo de 2014, que es firme), para poder apreciarla y acordar la suspensión es preciso que concurren los siguientes requisitos: 1ª.) Que se acredite la existencia de causa criminal en la que se estén investigando, como hechos de apariencia delictiva, alguno o algunos de los que fundamenten las pretensiones de las partes en el proceso civil; 2ª.) Que la decisión del tribunal penal acerca del hecho por el que se procede en causa criminal pueda tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil. Tal como sostiene la Audiencia Provincial de Madrid, sección 18ª, Sentencia 286/2013 de 24 de junio (JUR 2013, 262804), la suspensión procede "bien porque el objeto del pleito civil esté inserto en el proceso penal, bien porque la decisión que ha de adoptarse en el proceso civil depende directamente de la decisión que adopte la jurisdicción penal sobre un determinado hecho que, sin ser el debatido en aquél, tiene una influencia determinante en el fallo".

Asimismo, el artículo 10.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, establece que la existencia de una cuestión prejudicial penal, de la que no pueda prescindirse para decidir o condicione directamente el contenido de la resolución en otro orden jurisdiccional, determinará la suspensión hasta que no sea resuelta la cuestión penal, salvo las excepciones previstas en la ley. Por otra parte, el artículo 44 de la misma Ley Orgánica, establece que el orden jurisdiccional penal es siempre preferente a los demás.

Por último, el artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que promovido juicio criminal, en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho; suspendiéndole, si le hubiese, en el estado en que se hallare, hasta que recaiga sentencia firme en la causa criminal, sin que sea necesario para el ejercicio de la acción penal que haya precedido el de la civil originada del mismo delito o falta.

Por otro lado, tal como recoge la Audiencia Provincial de Madrid, sección 19ª, Sentencia 341/2013, de 7 de Octubre (JUR 2014, 5423) "La regla general es que la

suspensión por prejudicialidad penal debe acordarse una vez que el procedimiento civil esté pendiente sólo de sentencia, como establece el artículo 40.3 de la Ley de Enjuiciamiento civil y la regla especial es, según resulta de lo previsto en el artículo 40.4 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que cuando la suspensión traiga causa de la posible existencia de un delito de falsedad [se acordará, sin esperar a la conclusión del procedimiento, tan pronto como se acredite que se sigue causa criminal... cuando, a juicio del tribunal, el documento pudiera ser decisivo para resolver sobre el fondo del asunto]".

Además, como recuerda el Auto de la sección 21ª, de la Audiencia Provincial de Madrid, de 30 de marzo de 2011 (JUR 2011, 188450): "Con carácter general debemos indicar que, conforme a constante y reiterada jurisprudencia, la existencia de una cuestión prejudicial penal debe ser interpretada de forma restrictiva con el fin de evitar la suspensión abusiva de los procedimientos civiles en curso, de forma que solo habrá lugar a apreciar la prejudicialidad penal cuando el proceso civil no pueda ser resuelto sin la previa resolución del proceso penal, sin que haya lugar por ello a apreciar la prejudicialidad cuando la acción ejercitada en el proceso civil puede resolverse por no encontrarse condicionado o supeditado el fallo a dictarse por el del procedimiento penal entablado, en tanto que no haya de fundamentarse aquél en documento respecto de cuya falsedad se dude o en la existencia de cualesquiera otros hechos que pudieran ser constitutivos de delito".

En resumidas cuentas, para apreciar la prejudicialidad en este momento procesal es preciso que exista un procedimiento penal en el que se investiguen hechos con apariencia de delito y que, estos hechos, sean los que fundamenten las pretensiones de las partes en el pleito civil, y además, que la decisión penal tenga influencia decisiva en el pleito civil. Por último, no debe olvidarse que la apreciación de prejudicialidad se debe interpretar siempre con carácter restrictivo, de tal manera que solo se estima cuando el proceso civil no pueda ser resuelto sin la previa resolución del proceso penal, sin que haya lugar a apreciar la prejudicialidad cuando la acción ejercitada en el proceso civil puede resolverse por no encontrarse condicionado o supeditado el fallo por la resolución penal.

Pues bien, en el presente caso no se discute, y se ha acreditado, la existencia de procedimiento penal en el Juzgado Central de Instrucción número 4 de la Audiencia Nacional, concretamente las Diligencias Previas número 59/2012, seguidas en virtud de querrela del partido político Unión Progreso y Democracia (UPyD), frente a la mercantil Bankia S.A. y al Banco Financiero de Ahorros S.A. (BFA), y los

consejeros de dichas entidades, tal como acredita la demandada con el escrito de querrela y auto de incoación, aportado en lo que denomina bloque documental 1.

La demandada sostiene que al ejercitarse la acción de nulidad, tanto por la existencia de error esencial como por la existencia de dolo o fraude provocado por la demandada, existe prejudicialidad, puesto que la actora afirma que la situación patrimonial de la entidad, reflejada en el folleto de emisión y en la que se ofrecía una imagen de solvencia, no se correspondía con la realidad financiera de junio de 2011. Entiende la demandada que existe identidad de hecho y objeto entre el procedimiento civil, seguido en este Juzgado, y el penal, seguido en el Juzgado Central de Instrucción 4 de la Audiencia Nacional (Diligencias Previas 59 / 2012), dado que en el pleito penal se investiga un delito de falsificación de cuentas anuales, previsto en el artículo 290 del Código Penal, en el que la conducta punible consiste en alterar o no reflejar la verdadera situación económica de la entidad, tanto omitiendo datos verdaderos como plasmando falsos, todo ello referido a las cuentas del año 2010 y 2011, por lo que la declaración en el ámbito penal de la falsedad de las cuentas y de la información contable supone un presupuesto ineludible para la viabilidad de la acción de nulidad que invoca la actora, toda vez que alega engaño de la demandada al haber alterado la imagen fiel, y por lo tanto, provocado el error en la actora, que no habría adquirido las acciones de haber conocido la verdadera situación patrimonial de la entidad demandada, situación que ha de ser analizada en el ámbito penal.

En resumen, según la demandada, en la vía penal se está investigando un delito de falsedad (artículo 290 del Código Penal), de unos documentos (cuentas e información contable de los años 2010 y 2011) que resultan decisivos para resolver este pleito civil, puesto que la actora afirma que, debido al folleto de emisión y demás información suministrada por la demandada, se emitió una imagen que no era fiel de la entidad lo que indujo a error al contratar. Concluye la demandada que se dan los requisitos para apreciar la prejudicialidad: a) identidad de hechos en ambos procedimientos (tratamiento contable de las cuentas de ejercicios 2010 y 2011 y el avance de las cuentas formulado en marzo de 2012) lo cual supone un antecedente necesario para poder resolver la vía civil y; b) la resolución que se adopte en el pleito penal tiene efecto directo sobre los hechos en los que la actora funda su demanda, produciendo efectos de cosa juzgada material en el pleito civil.

El Ministerio Fiscal se pronunció a favor de la estimación de la prejudicialidad penal alegada.

Por otra parte, la actora se opuso [a] la cuestión de prejudicialidad, alegó que no existe vinculación entre ambos procedimientos puesto que el objeto es distinto y, por tanto, nada impide pronunciarse en este procedimiento sobre si ha existido o no engaño.

Para resolver la cuestión es preciso realizar un análisis de la forma en la que se han desarrollado los acontecimientos desde la oferta pública de suscripción de acciones (OPS), acordada el día 28 de junio de 2011 por la Junta General del Banco Financiero y de Ahorros (BFA) y posteriormente por la Junta General de Accionistas y Consejo de Administración de Bankia, parte de las cuales ha suscrito la actora y dan lugar a la presente demanda, hasta la interposición de la querrela, objeto del procedimiento penal, en el Juzgado Central de Instrucción número 4 de la Audiencia Nacional (Diligencias Previas 59/2012).

Para poder tener una fundada idea de la forma en que se desarrollaron los acontecimientos hay que analizar la documental aportada por el actor (documento 11 de la demanda, evolución de las acciones), así como por la demandada, particularmente la querrela interpuesta por el partido político UPyD, así como el auto de incoación y la providencia acordando periciales (bloque documental número 1 de la contestación), el folleto de emisión de las acciones, el hecho relevante sobre el valor de las acciones y el informe de auditoría Deloitte S.L., este último de fecha 25 de mayo de 2012 (bloque documental 2 de la contestación).

Además de la información que se refleja en la citada documental, hay que añadir la que resulte de la aplicación de la doctrina de los hechos notorios, invocada por la demandante en su hecho quinto de demanda y contemplados en el artículo 281.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Según éste precepto, no será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general, es decir, la determinación de hechos sin necesidad de prueba, como cualidad relativa, según el tiempo y el lugar, de un conocimiento general que, razonablemente, es conocido por todos, incluyendo los que son parte en el proceso, tal como sostiene el Tribunal Supremo en su Sentencia 309/2013 de 26 de abril (RJ 2013, 3268). Esta doctrina es aplicable al caso de autos, habida cuenta de la repercusión social (innumerables reclamaciones de clientes), mediática (prensa, radio y televisión han difundido multitud de noticias) y política (al encontrarse implicadas distintas cajas de ahorro), que han tenido los acontecimientos relacionados con la mercantil demandada, Bankia, desde la salida a bolsa de las acciones hasta la actualidad, dando lugar a reclamaciones masivas de clientes ante los tribunales (preferentes y subordinadas) y a la existencia de

procedimiento penal ante el Juzgado Central de Instrucción número 4 de la Audiencia Nacional (Diligencia Previas 59/2012), cuya prejudicialidad se invoca en este pleito.

Pues bien, a la vista de la documental aportada y de la doctrina del hecho notorio podemos reflejar, cronológicamente, los acontecimientos relativos a la entidad demandada, Bankia, del siguiente modo:

1º) El día 28 de junio de 2011, la Junta General de Accionistas y el Consejo de Administración de BFA, y posteriormente la Junta General de Accionistas y Consejo de Administración de Bankia, adoptaron acuerdos para la salida a bolsa de Bankia, mediante la emisión de una Oferta Pública de Suscripción y Admisión de Negociación de Acciones (OPS).

2º) Para la realización de la OPS, la demandada emitió un Folleto de Emisión (documento que se refleja en el contenido del bloque documental 2 de la contestación), registrado en la CNMV el 29 de junio de 2011, en el que se indicaba que el motivo de la oferta era reforzar los Recursos Propios, para realizar una aplicación adelantada de nuevos estándares internacionales y cumplir las exigencias de la legislación bancaria. En el mismo folleto se indicaba que la única información consolidada y auditada disponible eran los estados financieros intermedios del Grupo Bankia, correspondiente al trimestre cerrado de 31 de marzo, y para compensar esta falta de información se aportaban una serie de "información financiera consolidada pro forma" partiendo de bases e hipótesis, concluyendo que la entidad tenía bastante solvencia y proyectaba beneficios.

3º) Sobre la base del citado folleto, Bankia salió a bolsa el día 20 de julio de 2011, emitiendo 824572253 nuevas acciones de 2 euros de valor nominal y una prima de emisión por acción de 1,75 euros (en total 3,75 euros por acción), siendo la inversión mínima exigida de 1000 euros, que significaba la ampliación del capital por importe de 1649 millones de euros con una prima de emisión de 1442 millones de euros. Ese mismo día de salida a bolsa, el entonces presidente de Bankia, Santiago, en su discurso ante la Bolsa de Madrid afirmó que Bankia tenía unas premisas de gestión claras basadas en la "solvencia, gestión rigurosa de riesgos...".

4º) El mes de noviembre de ese mismo año, 2011, Banco de Valencia S.A., filial de Bankia, fue intervenida, descubriéndose activos problemáticos de 3995 millones de euros, haciéndose cargo de la situación el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB). A pesar de este acontecimiento, Bankia manifestaba que no tenía problemas

de solvencia (comunicado a la CNMV de 27 de octubre de 2011).

5º) El día 8 de diciembre de 2011, la European Banking Authority (EBA), hizo públicos requerimientos a Bankia para que alcanzase un 9 % de Recursos propios mínimos netos deducidos de activos problemáticos, cifrando la necesidad de Bankia en la suma de 1329 millones de euros, que suponía una provisión por la entidad de 763 millones de euros, a cubrir antes de julio de 2012. Ante tal requerimiento, la propia entidad Bankia comunicó a la CNMV, como hecho relevante de 8 de diciembre de 2011, que se encontraba en una cómoda situación de solvencia.

6º) El día 30 de abril de 2012 expiraba el plazo que disponía Bankia para la presentación de las cuentas anuales y auditadas del ejercicio 2011. Habiendo transcurrido el plazo fueron remitidas a la CNMV, el día 4 de Mayo de 2012, sin auditar y a través de un Hecho Relevante. En la cuenta de resultados consolidada, se reflejaba un beneficio de 304.748.000 euros (o de 309 millones de euros considerando las cuentas pro forma).

7º) El día 7 de Mayo de 2012, el entonces presidente de la entidad, Santiago, presentó su dimisión. Dos días después, el día 9 de mayo, la entidad es intervenida a través del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB), adquiriendo el 100% de BFA y el 45 % de Bankia, comenzando un descenso continuado del valor de las acciones, hasta que el día 25 de mayo de 2012, la CNMV acordó la suspensión de la cotización de las acciones de Bankia.

8º) El mismo día, 25 de mayo de 2012, Bankia comunicó a la CNMV la aprobación de unas nuevas cuentas Anuales del ejercicio 2011, esta vez auditadas, en las cuales se reflejaban unas pérdidas de 2979 millones de euros, frente a los 309 millones de beneficio declarados, y sin auditar, apenas 20 días antes. Y ese mismo día, Bankia solicita una inyección de 19000 millones de euros para recapitalizar la entidad. La necesidad de dicho importe los justificaba la demandada en cuatro partidas (la letra cursiva es literal del comunicado emitido por la demandada): A) Consecuencia de los Reales Decretos 2/2012 y 18/2012, por lo que era necesario provisionar la suma de 8745 euros; B) Análisis "profundo y prudente" de la cartera inmobiliaria, dando lugar necesidades "adicionales" de 4000 millones de euros; C) "Revisión en profundidad del resto de la cartera crediticia para adecuarla a un eventual escenario económico adverso" lo que dio lugar a dotación de 5500 millones; D) "Revisión del resto de los activos en los balances de BFA y Bankia con el objetivo de valorar la existencia de potenciales

minusvalías latentes en los mismos", lo que da lugar a unos provisionamientos de 6700 millones.

9º) El día 4 de julio de 2012 se dictó, por el Juzgado Central de Instrucción número 4 de la Audiencia Nacional, Auto de Incoación de las Diligencias Previas número 59/2012, admitiendo a trámite la querrela interpuesta por el partido político UPyD frente a Bankia S.A. y otros, por la presunta comisión de diversos delitos entre los que se encuentra el delito previsto en el artículo 290 del Código Penal, relativo a falsedad de cuentas anuales y de los balances.

A la vista de estos hechos, centrándonos en la cuestión prejudicial, resulta que, tal como se ha dicho anteriormente, la demandada sostiene que al seguirse contra la misma el mencionado procedimiento penal en el Juzgado Central de Instrucción número 4, por delito de falsedad de cuentas anuales del artículo 290 del Código Penal, se produce la prejudicialidad pretendida y debe acordarse la suspensión.

Resulta que el tipo penal del artículo 290 del Código Penal castiga a "los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero", siendo un elemento del tipo el falseamiento de las cuentas anuales de la entidad, lo cual evidentemente deberá acreditarse en el pleito penal.

Ahora bien, para resolver la prejudicialidad alegada es preciso analizar en primer lugar si, a la vista de los hechos que han sido expuestos anteriormente, este Juzgado tiene suficientemente acreditado que la imagen que proyectaba la entidad demandada en la fecha de emisión de las acciones (junio de 2011), reflejaba la verdadera situación de solvencia de la entidad o, por el contrario, no se correspondía la imagen con la situación de la entidad. Pues bien, resulta de los hechos expuestos que la emisión se realizó por la demandada, al no tener todavía los datos del año 2011, conforme una información pro forma consolidada, en la que se proyectaba solvencia y beneficios en el folleto de emisión, lo cual fue posteriormente reiterado en distintos comunicados de la entidad reafirmando la situación solvente y ventajosa de la misma (comunicado en virtud del requerimiento del EBA). No obstante, existen hechos que nos llevan a discrepar de la situación de solvencia que proyectaba la entidad, tales como la propia intervención del Banco de Valencia S.A. (perteneciente al grupo Bankia) y sobre todo, con las cuentas presentadas del año 2011. En

efecto, primero se aportaron unas cuentas, el día 4 de mayo de 2012, que reflejaban beneficios de 309 millones de euros, sin auditar, y tan solo 20 días después otras cuentas con unas pérdidas de 2979 millones de euros, auditadas, solicitando ese mismo día, 25 de mayo, 19000 millones para recapitalizar la entidad. La necesidad de ese capital lo justificaba la demandada debido a los desajustes de cuatro partidas, entre las que se incluían las del mercado inmobiliario basado en un "profundo y prudente" análisis de dicha cartera inmobiliaria, dando lugar a necesidades "adicionales" de 4000 millones de euros, o bien en una "Revisión en profundidad del resto de la cartera crediticia para adecuarla a un eventual escenario económico adverso" lo que dio lugar a dotación de 5500 millones, e incluso en la "Revisión del resto de los activos en los balances de BFA y Bankia con el objetivo de valorar la existencia de potenciales minusvalías latentes en los mismos", lo que da lugar a unos provisionamientos de 6700 millones.

Por lo tanto, a la vista de estos hechos descritos en el párrafo anterior, queda suficientemente acreditado la existencia de unos desajustes financieros reflejados en las segundas cuentas presentadas del año 2011, en relación con las primeras cuentas que ni siquiera estaban auditadas, lo que da lugar a entender que la imagen de solvencia que se transmitió el día de la comercialización de las acciones, tanto a través del folleto como de las declaraciones y campañas publicitarias, no se correspondía con la realidad financiera y contable, conclusión a la que se llega por la nueva reformulación de cuentas realizada por la propia entidad, modificando la anterior, y por la intervención del FROB y la necesidad de recapitalización (19000 millones de euros) con dinero público apenas pocos meses después de la emisión de las acciones.

Una vez acreditado que la imagen de solvencia de la entidad demandada no se correspondía con la verdadera situación económica de la misma, es preciso determinar si el procedimiento penal abierto tiene influencia en este pleito civil. Pues bien, la respuesta es negativa, dado que este juzgado tiene suficientemente acreditada que la situación que reflejaba la entidad demandada, en cuanto a su solvencia, no se corresponde con la realidad, todo ello sin perjuicio de las posibles irregularidades contables o falsificaciones de cuentas que hayan podido dar lugar a esa imagen de solvencia que se proyectó, así como quienes son responsables de dichos hechos y cuáles son sus responsabilidades penales o de otra índole, en todo caso fuera del ámbito civil.

En resumidas cuentas, teniendo este juzgado acreditado que la imagen de solvencia, que reflejaba la demandada a fecha de emisión de acciones (junio de 2011), no se correspondía con la realidad, es decir, no era una imagen fiel de su situación, no es preciso pronunciamiento penal previo sobre si dicha imagen se debe a falseamiento de cuentas o datos contables, ni sobre quién debe responder por estos hechos, que es objeto del procedimiento penal.

Por lo tanto, en virtud de todo lo expuesto procede desestimar la prejudicialidad penal alegada por la demandada y, por tanto, debe dictarse sentencia en el presente procedimiento.

TERCERO

Antes de proceder al análisis de la acción ejercitada conviene recordar el régimen al que se encuentran sujetas las acciones cuya nulidad se insta.

A este respecto, el artículo 79 bis 8.a) de la Ley del Mercado de Valores considera valores no complejos a dos categorías de valores. En primer lugar, a los valores típicamente desprovistos de riesgo y a las acciones cotizadas como valores ordinarios cuyo riesgo es de general conocimiento. Así, la norma considera no complejos de forma explícita a las: (i) acciones admitidas a negociación en un mercado regulado o en un mercado equivalente de un tercer país; (ii) a los instrumentos del mercado monetario; (iii) a las obligaciones u otras formas de deuda titulizada, salvo que incorporen un derivado implícito; y (iv) a las participaciones en instituciones de inversión colectiva armonizadas a nivel europeo. En segundo lugar, como categoría genérica, el referido precepto considera valores no complejos a aquellos en los que concurran las siguientes tres condiciones: (i) Que existan posibilidades frecuentes de venta, reembolso u otro tipo de liquidación de dicho instrumento financiero a precios públicamente disponibles para los miembros en el mercado y que sean precios de mercado o precios ofrecidos, o validados, por sistemas de evaluación independientes del emisor; (ii) que no impliquen pérdidas reales o potenciales para el cliente que excedan del coste de adquisición del instrumento; (iii) que exista a disposición del público información suficiente sobre sus características. Esta información deberá ser comprensible de modo que permita a un cliente minorista medio emitir un juicio fundado para decidir si realiza una operación en ese instrumento.

En resumidas cuentas, según los criterios establecidos en la Directiva 2006/73/CE (que introdujo el artículo 79 bis de la LMV), la complejidad de un

instrumento financiero vendrá determinada por dos elementos: por un lado, el mayor o menor riesgo de liquidación del instrumento (posibilidad de una liquidación rápida y del registro de pérdidas que excedan del principal de la inversión con dicha liquidación); por otro lado, la mayor o menor dificultad de comprensión del comportamiento financiero del instrumento (básicamente, la rentabilidad, valoración y liquidación de la inversión).

Por lo tanto, las acciones objeto de este procedimiento no pueden ser catalogadas por valores complejos. La consecuencia jurídica de ello es que el nivel de protección y los requisitos de conveniencia se aplican de distinta forma si el instrumento se considera complejo o no complejo. No obstante resulta de aplicación el régimen previsto en el artículo 79 bis de la Ley del Mercado de Valores, según el cual:

1. Las entidades que presten servicios de inversión deberán mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes.

2. Toda información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario, deberá ser imparcial, clara y no engañosa. Las comunicaciones publicitarias deberán ser identificables con claridad como tales.

3. A los clientes, incluidos los clientes potenciales, se les proporcionará, de manera comprensible, información adecuada sobre la entidad y los servicios que presta; sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión; sobre los centros de ejecución de órdenes y sobre los gastos y costes asociados de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa. A tales efectos se considerará cliente potencial a aquella persona que haya tenido un contacto directo con la entidad para la prestación de un servicio de inversión, a iniciativa de cualquiera de las partes.

La información referente a los instrumentos financieros y a las estrategias de inversión deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias. La Comisión Nacional del Mercado de Valores podrá requerir que en la información que se entregue a los inversores con carácter previo a la adquisición de un producto, se incluyan cuantas advertencias estime necesarias relativas al instrumento financiero y, en particular, aquellas que destaquen que se trata de un producto no adecuado para inversores no profesionales debido a su complejidad. Igualmente, podrá

requerir que estas advertencias se incluyan en los elementos publicitarios.

4. El cliente deberá recibir de la entidad informes adecuados sobre el servicio prestado. Cuando proceda dichos informes incluirán los costes de las operaciones y servicios realizados por cuenta del cliente.

5. Las entidades que presten servicios de inversión deberán asegurarse en todo momento de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes, con arreglo a lo que establecen los apartados siguientes.

6. Cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, la entidad obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate; y sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquel, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan. Cuando la entidad no obtenga esta información, no recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente. En el caso de clientes profesionales la entidad no tendrá que obtener información sobre los conocimientos y experiencia del cliente. La entidad proporcionará al cliente por escrito o mediante otro soporte duradero una descripción de cómo se ajusta la recomendación realizada a las características y objetivos del inversor.

7. Cuando se presten servicios distintos de los previstos en el apartado anterior, la empresa de servicios de inversión deberá solicitar al cliente, incluido en su caso los clientes potenciales, que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente. La entidad entregará una copia al cliente del documento que recoja la evaluación realizada.

Cuando, en base a esa información, la entidad considere que el producto o el servicio de inversión no es adecuado para el cliente, se lo advertirá. Asimismo, cuando el cliente no proporcione la información indicada en este apartado o esta sea insuficiente, la entidad le advertirá de que dicha decisión le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él.

En relación con los efectos del incumplimiento de las obligaciones derivadas de la legislación del mercado de valores, al entenderse que al encontrarnos ante una norma administrativa y no jurídico privada no conlleva la nulidad del contrato, dicho incumplimiento también puede dar lugar a la nulidad, pues como se deriva de la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre del 2011 (RJ 2011, 6836), la infracción directa de una norma administrativa, siendo norma imperativa o prohibitiva, acarrea la sanción de nulidad que contempla el artículo 6.3 del Código civil.

En todo caso, como señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid Sección 13ª del 14 de febrero del 2012 (JUR 2012, 126947) recurso 527/2011 "Es cierto que el incumplimiento de esta normativa administrativa no produce por sí mismo y sin más la nulidad del contrato financiero concertado, pero sí tiene sustancial trascendencia para determinar si el cliente, en función de su preparación financiera, nivel de formación y experiencia, era plenamente consciente de las obligaciones y riesgos que asumía y, en definitiva, si pudo o no incurrir en un error grave y esencial sobre lo que contrataba y sobre sus condiciones, en otros términos, si el consentimiento prestado estaba o no suficientemente formado" o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca Sección 1ª del 2 de marzo del 2012 (AC 2012, 412) indicando que la aplicación de las "normativas del mercado de valores será sujeta a una inacabada polémica sobre su naturaleza administrativa o jurídica privada (integrando o no, por tanto, el contenido del contrato suscrito por las partes), pero que, en todo caso, no puede ser ignorada en cuanto puede y debe integrarse como supuesto de hecho de la norma privada aplicable".

Por último, hemos de tener en cuenta que las obligaciones de información se acrecientan cuando en la posición de adquirente de productos de inversión se encuentra un particular o un pequeño inversor con escasos conocimientos económico-financieros, respecto de los que la Ley 1/2007 de Consumidores y Usuarios pretende reforzar al máximo su protección, señalando específicos deberes de información de los empresarios para con los consumidores tanto en fase contractual como precontractual (así artículos 8 y 60 entre otros); máxime respecto de contratos de adhesión, como el que nos ocupa, en el que el consumidor contratante simplemente estampa su firma en un documento, sometiéndose a un clausulado unilateralmente creado por la entidad demandada, que en muchos casos le resulta difícil de comprender en atención a su formación.

CUARTO

Tal y como se deriva del suplico de la demanda y como quedó establecido en el acto de la audiencia previa, la acción principal ejercitada viene dada por la petición de nulidad (si bien hemos de entenderla como anulabilidad) de los contratos formalizados por la actora con la demandada para la adquisición de Acciones Bankia Subtramo Minorista, de fecha 30 de junio de 2011, con número de orden NUM000, por importe de 10000 euros, número de orden NUM001, por importe de 10000 euros, con número de orden NUM002, por importe de 10000 euros, y la adquisición de fecha 6 de julio de 2011, número de orden NUM003, por importe de 5000 euros, reclamando en total la suma de 35000 euros (documentos 3, 4, 5 y 6 de la demanda).

Al respecto, en primer lugar, con relación a la nulidad de los contratos, hemos de traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 Abril 2001 (RJ 2001, 2027), recurso 335/1996 "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 1.261 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 1.300, 1.301 y 1.302 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 concurran los requisitos que expresa el artículo 1261». c) Los artículos 1.305 y 1.306, por su parte, aluden sin duda alguna a casos de nulidad de pleno derecho o absoluta. d) Finalmente, otros preceptos, como el 1.307 y 1.308 son de común aplicación a ambas especies de nulidad. Puede señalarse, como resumen de lo expuesto, que cuando el artículo 1.302 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 1.265".

La parte actora alega la existencia de error, en la suscripción de las acciones, al respecto, en primer lugar hemos de distinguir entre el error obstativo y el error como vicio de consentimiento, pues aquél sí produce la inexistencia (o nulidad radical o absoluta) del negocio jurídico, al respecto Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 10 Abril 2001 (RJ 2001, 2027), recurso 335/1996 "Ha de añadirse a lo dicho, que según ya tuvo ocasión de declarar esta Sala en Sentencia de 22 diciembre 1999 (RJ 1999, 9369), es preciso establecer una sustancial diferencia entre el error-vicio de la voluntad, regulado en el artículo 1.266 del Código Civil, el cual provoca la anulabilidad de los contratos, que únicamente puede ser instada por los obligados principal o subsidiariamente en virtud de ellos --salvo que sean quienes han producido dicho error-- 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". En cuanto al error como vicio del consentimiento a los efectos del artículo 1.266 Código Civil, respecto del mismo se ha de exigir que sea esencial y a su vez no imputable a quien lo padece, en la interpretación reiterada por la jurisprudencia, así la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio 2009 (RJ 2009, 4230), recurso 230/2005 según la cual "Debemos precisar que, para anular el contrato por error de uno de los contratantes, no exige expresamente el artículo 1.266 del Código Civil que aquel sea excusable, pero sí lo hace la jurisprudencia -sentencias de 7 de abril de 1.976, 21 de junio de 1978, 7 de julio de 1981, 4 de enero de 1982 (RJ 1982, 179), 12 de junio de 1982 (RJ 1982, 3416), 15 de marzo de 1984, 7 de noviembre de 1986, 27 de enero de 1988, 14 de febrero de 1994, 6 de noviembre de 1996, 30 de septiembre de 1999, 12 de julio de 2002 (RJ 2002, 7145), 24 de enero de 2003 (RJ 2003, 1995), 12 de noviembre de 2004 (RJ 2004, 6900), entre otras muchas -al examinar el vicio no sólo en el plano de la voluntad, sino también en el de la responsabilidad y la buena fe en su manifestación objetiva- y al tomar en consideración la conducta de quien lo sufre. Por ello, se niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto producida, se concede dicho amparo a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida".

De igual modo, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2009 (RJ 2010, 409) también es posible apreciar la concurrencia de error como vicio de consentimiento "en relación con una actuación omisiva de ocultación o falta de información a la otra parte de determinadas circunstancias que hubieran podido llevarle a no celebrar el contrato en caso de haberlas conocido".

Nuestra jurisprudencia también sostiene que debe existir un nexo de causalidad entre el error sufrido y la finalidad perseguida por el contratante. Y, en este sentido, es habitual encontrar sentencias que condicionan el reconocimiento del error a "que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en negocio jurídico concertado", de esta manera SSTS6-2-1998 (RJ 1998, 408), 14-7-1995 (RJ 1995, 6010), 29-3-1994 (RJ 1994, 2304). Lo que, evidentemente, se sigue por nuestras Audiencias, así, a modo de ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 20ª) de 20 de septiembre de 2011 o de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 13ª) de 14 de febrero de 2012 (JUR 2012, 116403), entre otras.

Y, en fin, también es preciso que el error se haya producido o se proyecte en el momento en que se forma y emite la voluntad; es decir, en el momento de la celebración del contrato y no en épocas posteriores. Al respecto la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2004 (RJ 2004, 6900) reconociendo que "no puede fundarse el error vicio del consentimiento contractual en el desconocimiento de un hecho acaecido con posterioridad a la prestación del consentimiento".

Otro aspecto conexo con el que estamos examinando es la carga de la prueba de esa deficiencia informativa que, en su caso, puede llegar a provocar el error en el cliente contratante. Y, al respecto, la carga de la prueba de la información facilitada al cliente corresponde a "quien se ampara en la realidad de dicha información" (Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5ª) de 19 de marzo de 2012 (JUR 2012, 126522)), es decir, a la entidad demandada corresponde "acreditar que proporcionó a la (...cliente...) demandante la información necesaria, para que ésta pudiera prestar un consentimiento cabal e informado sobre el producto que iba a contratar" (Sentencia Audiencia Provincial de Asturias (Sección 7ª) de 21 de noviembre de 2011 (JUR 2011, 426346)).

Lo que, en definitiva, viene a unirse al dato de que la diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes, a tales efectos Sentencia de la Audiencia Provincial

de Palma de Mallorca Sección 3ª de 19 de septiembre del 2013 (JUR 2013, 313183) recurso 219/2013 "Por último, y tal como se afirmaba en la ya citada sentencia de esta misma Sala de 16 de febrero de 2012 y en la posterior de 13 de noviembre del mismo año, en relación con la carga de la prueba del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros y sobre todo en el caso de productos de inversión complejos, ha de citarse, en primer lugar, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2005 (RJ 2006, 44), en la que se afirma que la diligencia en el asesoramiento no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes, y, en segundo lugar, la carga probatoria acerca de tal extremo debe pesar sobre el profesional financiero, lo cual por otra parte es lógico por cuanto desde la perspectiva de los clientes se trataría de un hecho negativo como es la ausencia de dicha información".

QUINTO

Si tenemos en cuenta la regulación legal de las acciones, sus características fundamentales, los deberes de la entidad demandada, la condición de cliente minorista de la actora (tal como reconoce la demandada en la contestación), así como la doctrina sobre el error como vicio del consentimiento, hemos de establecer si, trasladados al supuesto de las presentes actuaciones, procede, o no, estimar la anulabilidad del contratos de fecha 30 de junio y 6 de julio de 2011, de adquisición de Acciones Bankia Subtramo Minorista, por importe total de 35000 euros, con los efectos del artículo 1303 Código Civil. Si bien se ha de tener en cuenta que no ha de darse una solución general, sino que, como señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid Sección 18ª del 2 de marzo del 2012 recurso 129/2012, han de examinarse las circunstancias y efectos de la concreta contratación objeto de las presentes actuaciones.

Respecto al perfil de la actora, resulta que Mónica, tenía 68 años cuando formalizó el contrato de adquisición, sin que conste formación económica o financiera.

En cuanto a las inversiones previas ella misma reconoce que tenía un fondo de inversión, aportando la demandada (documento 3 de contestación) documental en la que se hace referencia a la existencia de dicho producto, siendo considerada la actora por la entidad como cliente minorista.

La actora invoca la existencia de error provocado por la demandada en la información que le suministró, puesto

que faltó a la verdad en el folleto de emisión de acciones, concretamente en la situación financiera de la entidad, reflejando una situación de solvencia que no era real sino ficticia.

El único testigo que declaró en juicio, Ezequiel, empleado de la demandada que comercializó las acciones, declaró que fue él quien llamó por teléfono a la demandada y le ofreció el producto, una vez en la sucursal le informó de la situación y riesgos tal como viene en el folleto de emisión, aunque desconocía que la entidad demandada tuviese problemas financieros.

Lo cierto es que el folleto de emisión aportado (bloque documental 2 de la contestación), ni si quiera consta firmado por la demandada ni con la fecha de recepción por ésta.

También se aporta un test de conveniencia (bloque documental 4 de contestación), en el cual se concluye que la actora es Conveniente para contratar Renta Variable cotizada en mercados organizados, aunque la actora niega que le hiciesen el test, sin embargo, consta su firma, y el testigo declaró que se lo hizo según las respuestas que ofrecía la demandante.

Por tanto, del examen de estos documentos, lo que cabe destacar (además de las precisiones que venimos realizando), en primer lugar, es que no existen dudas que los mismos constituyen un supuesto de contrato de adhesión por cuanto el cliente no ha intervenido en forma alguna en su redacción, pues han sido elaborados, de forma unilateral, por la entidad bancaria.

Además, la actora tiene la condición de consumidora, a los efectos de [la] LGDCU (RD Leg. 1/2007) y en su artículo 60 dispone "1. Antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo".

En el caso de autos no se está discutiendo la omisión de información relevante en relación a las características o naturaleza del producto adquirido (acciones), dado que el mismo es sobradamente conocido, desde el punto de vista del ciudadano medio (sin que éste catalogado como producto complejo), el hecho de que, una acción de una sociedad cotizada en bolsa, puede experimentar, incluso de un día para otro, fluctuaciones en los mercados que cotizan,

lo cual influye en su valor y, por tanto, en los beneficios o pérdidas del accionista. Dicho accionista, mediante la adquisición, acepta el riesgo inherente de su cotización variable, por lo que hace complicado, mediante alegación de omisión de la información transmitida, la existencia de vicio en el consentimiento por desconocimiento de la naturaleza del producto o error en la identificación de las características esenciales del mismo, justo lo contrario que sucedía en las participaciones preferentes y obligaciones subordinadas que están catalogados como productos complejos.

Lo que se ha de valorar es si la traslación de la información contractual sobre la solvencia de la entidad titular de las acciones (demandada), se correspondía con la realidad, puesto que, según la actora, no reflejaba una imagen fiel, en tanto que los datos contables de la entidad no se correspondían con su verdadera situación económica, lo que indujo a la demandante a suscribir las acciones bajo la aparente solvencia que mostraba la entidad.

Pues bien, tal como se ha indicado en el fundamento de derecho segundo de la presente resolución, que resuelve la prejudicialidad, la imagen que proyectó la demandada no se correspondía con la verdadera situación financiera, tal como se puso de manifiesto en los meses posteriores a la emisión de las acciones, sin que sea preciso reproducir de nuevo los argumentos allí reflejados a los cuales me remito.

Llegados a este punto, la cuestión a dilucidar versa sobre si esta imagen de solvencia transmitida por la entidad, que no se correspondía con la realidad, es suficiente para provocar error en el consentimiento de la actora. Pues bien, resulta que la demandada publicitó por los medios de comunicación social su salida a bolsa (OPS), siendo ofrecido el producto por los empleados de Bankia a sus clientes, como si de una empresa absolutamente solvente se tratase, valiéndose de una imagen de fuerza y solvencia amparada por la fusión de 7 Cajas de Ahorros (entre ellas Caja Madrid y Banco de Valencia S.A.), con unas cifras de estabilidad y solvencia que no se correspondían con la realidad, pero que hacían muy atractiva la adquisición de acciones, con un valor nominal de compra de la acción por 2 euros, más la prima de emisión de 1,75 euros, lo que comportaría al adquirente un beneficio mínimo e inmediato. Por lo tanto, la demandada facilitó tanto personal (a través de sus empleados) como mediáticamente (campaña publicitaria a través de medios de comunicación social), una información no acorde con la realidad, de aparente solvencia, que sin lugar a dudas influye en la voluntad de compra del adquirente de las acciones hasta el punto de que, sin esa imagen de solvencia, el negocio no se hubiera realizado. Es evidente que si a un ciudadano medio se le indica que una entidad que va a salir

a bolsa es solvente y además constituye uno de los principales grupos económicos y financieros del país (fusión de varias Cajas), trasladándole información contable de solvencia, se está afectando a la esencia misma de la causa por la que se adquiere el producto, en este caso, la solvencia de la entidad en la que se confía, toda vez que una acción es una parte alícuota de la sociedad y, como tal, a mayor solvencia de la misma, mayor capacidad de influir en la voluntad de los suscriptores para su adquisición en tanto mayores dividendos (beneficios) se espera de la misma.

El error padecido por la actora sobre la solvencia de BANKIA SA, constituye la causa de la suscripción de las acciones, ya que la representación sobre su estabilidad patrimonial, inducida por la conducta de la demandada, es la causa de la compra de una parte de la misma a través de la suscripción de las acciones.

En segundo lugar, el error no debe ser imputable a quién lo padece y, en el caso de autos, no puede imputarse a la actora la imagen de solvencia que proyectó la demandada.

Por último, el error no debe ser excusable, en el sentido de que sea inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular, valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, tanto del que ha padecido el error, como las del otro contratante, pues la función básica del requisito es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente. Pues bien, difícilmente puede exigirse a la actora otra conducta de comprobación o verificación de la solvencia de BANKIA SA, cuando dicha situación no fue detectada por los organismos de control y reguladores especialmente dedicados a dichas funciones.

Por lo tanto, hemos de apreciar la existencia de un error en el consentimiento, con los requisitos enunciados de tratarse de esencial, pues tiene su reflejo en las características esenciales de las acciones, y a su vez, se ha de entender como excusable, es decir, que no pudo ser salvado por la actora empleando una diligencia media o regular, máxime cuando también puede apreciarse el error como vicio del consentimiento por una actuación omisiva de ocultación o falta de información a la otra parte de determinadas circunstancias que hubieran podido llevarle a no celebrar el contrato en caso de haberlas conocido, pues hemos de derivar que de haberse dado una información fiel de la situación financiera de la entidad, no se hubieran suscrito las acciones objeto de las presentes actuaciones.

No puede ser de recibo que nos encontremos ante un error sobre la solvencia de la demandada que pudo ser salvado con la diligencia debida, toda vez que, tal como se ha expuesto, ni siquiera los organismos reguladores fueron capaces de detectarlo, dando lugar, meses después, a la intervención de la demandada y una inyección de capital público de miles de millones de euros. También se ha de tener en cuenta la confianza de la actora en la entidad con la que llevaba bastantes años como cliente y en la que había contratado otros productos.

Por lo tanto, concurren los requisitos exigidos legal y jurisprudencialmente para apreciar error, como vicio del consentimiento, en la adquisición de acciones objeto de la demanda.

SEXTO

De conformidad con lo establecido en los anteriores fundamentos, procederá declarar la nulidad relativa (anulabilidad) por error como vicio del consentimiento, respecto de la adquisición de Acciones Bankia Subtramo Minorista, de fecha 30 de junio de 2011, con número de orden NUM000, por importe de 10000 euros, número de orden NUM001, por importe de 10000 euros, con número de orden NUM002, por importe de 10000 euros, y la adquisición de fecha 6 de julio de 2011, número de orden NUM003, por importe de 5000 euros, lo que suma un total invertido de 35000 euros.

La anulabilidad que se acuerda conlleva los efectos del artículo 1303 Código Civil, así Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril 2009, recurso 1365/2005 SIC (RJ 2009, 3338) "y opera sin necesidad de petición expresa, por cuanto nace de la ley (sentencias de 10 de junio de 1952, 22 de noviembre de 1983 (RJ 1983, 6492), 24 de febrero de 1992 (RJ 1992, 1513), 6 de octubre de 1994, 9 de noviembre de 1999). Por consiguiente cuando el contrato hubiese sido ejecutado en todo o en parte procede la reposición de las cosas al estado que tenían al tiempo de la celebración (sentencias de 29 de octubre de 1956, 22 de septiembre de 1989 SIC (RJ 1989, 6351), 28 de septiembre de 1996 (RJ 1996, 6820), 26 de julio de 2000 (RJ 2000, 9177)), debiendo los implicados devolver lo que hubieren recibido por razón del contrato (sentencias de 7 de octubre de 1957 (RJ 1957, 2854), 7 de enero de 1964 (RJ 1964, 118), 23 de octubre de 1973 (RJ 1973, 3805)). El art. 1.303 del Código Civil se refiere a la devolución de la cosa con sus frutos (sentencias de 9 de febrero de 1949 (RJ 1949, 99) y 18 de febrero de 1994 (RJ 1994, 1096)) y el precio con sus intereses (sentencia de 18 de febrero de 1994 (RJ 1994, 1096), 12 de noviembre de 1996 (RJ 1996, 7919), 23 de junio de 1997 (RJ 1997, 4890)),

norma que parece ideada en la perspectiva de la compraventa, pero que no obsta su aplicación a otros tipos contractuales".

Por lo tanto, procede la estimación de la demanda, con la consiguiente restitución recíproca entre las partes de las prestaciones que fueron objeto de la suscripción de las acciones, con los intereses legales devengados, en ambos casos, es decir, que por la demandada Bankia se deberá abonar a la actora la suma de 35000 euros que supuso el coste de la adquisición de todas las acciones, con los intereses desde la fecha 30 de junio de 2011, para 30000 euros, y desde el 6 de julio de 2011, para los 5000 restantes. De igual modo, la actora deberá abonar a Bankia los rendimientos percibidos por las citadas acciones, por la cantidad que se determine en ejecución de sentencia, con los correspondientes intereses. Los rendimientos percibidos por la actora han de ser los brutos, pues éstos son los abonados por la demandada Bankia, con independencia de las cuestiones fiscales ajenas al presente procedimiento y a los efectos del artículo 1.303 Código Civil. Y en estos términos se ha de entender lo solicitado en el suplico de la demanda, en cuanto a la anulabilidad de la orden de suscripción de las acciones.

Tales consecuencias se derivan del artículo 1.303 Código Civil, que conlleva que las partes vuelvan a tener la situación patrimonial anterior al efecto invalidante, al respecto Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 4ª, fecha 13 de noviembre del 2013 (JUR 2013, 369770) recurso 333/2013, según la cual "En lo que sí debe acogerse el recurso es en tanto solicita que el demandante le reintegre las acciones que recibió en virtud del canje forzoso impuesto por el FROB. La doctrina expuesta en el anterior fundamento, que deriva de la necesidad de evitar el enriquecimiento injusto de una de las partes a costa de la otra, así lo impone, bien entendido que si el demandante hubiera ya vendido esas acciones, lo que deberá restituir es el importe obtenido por esa venta, también con los intereses legales desde el momento en que se hubiera producido"».