



Roj: **SAP VA 465/2015 - ECLI:ES:APVA:2015:465**

Id Cendoj: **47186370032015100087**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Valladolid**

Sección: **3**

Fecha: **07/05/2015**

Nº de Recurso: **19/2015**

Nº de Resolución: **89/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MIGUEL ANGEL SENDINO ARENAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3**

**VALLADOLID**

**SENTENCIA: 00089/2015**

RECURSO DE APELACION (LECN)19/2015

**SENTENCIA Nº 89**

ILMO. SR. PRESIDENTE

D. JOSE JAIME SANZ CID

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS

D. MIGUEL ANGEL SENDINO ARENAS

D. ANGEL MUÑIZ DELGADO

En Valladolid a, siete de Mayo de dos mil quince.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 003, de la Audiencia Provincial de VALLADOLID, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000448 /2014, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 1 de VALLADOLID, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000019 /2015, en los que aparece como parte apelante, BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES SALAMANCA Y SORIA S.A.U., representado por el Procurador de los tribunales, D. FERNANDO TORIBIOS FUENTES, asistido por el Letrado D. CARLOS REDONDO DIEZ, y como parte apelada, Genaro , representado por el Procurador de los tribunales, D<sup>a</sup>. ELISA PATRICIA GOMEZ URBAN, asistido por el Letrado D. FRANCISCO ARRANZ CALVO, sobre nulidad de contrato de obligaciones subordinadas, siendo el Magistrado Ponente el Ilmo. D. MIGUEL ANGEL SENDINO ARENAS.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Por el JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 1 de VALLADOLID, se dictó sentencia con fecha 18 de Noviembre de 2014 , en el procedimiento JUICIO ORDINARIO 448/2014 del que dimana este recurso. Se aceptan los Antecedentes de Hecho de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- La expresada sentencia contiene en su fallo el siguiente pronunciamiento: "Que estimando íntegramente la demanda presentada por la Procuradora DOÑA PATRICIA GÓMEZ URBÁN, en nombre y representación de DON Genaro , contra BANCO CEISS, S.A.U., representado por la Procuradora DON FERNANDO TORIBIOS FUENTES, se declara la nulidad del contrato de suscripción de obligaciones subordinadas descrito en los hechos probados de esta resolución, con la obligación de las partes de restituirse lo recíprocamente percibido en virtud de esos contratos, en los términos indicados en el último párrafo del tercer fundamento jurídico de esta resolución, condenando a BANCO CEISS, S.A.U. a reintegrar al demandante la cantidad de 15.000 €, con sus correspondientes intereses legales, devolviendo DON Genaro los bonos



convertibles por valor de 13.500 ? que el BANCO CEISS, S.A.U. le entregó en sustitución de las obligaciones subordinadas, así como los 2.810,38 ? de intereses percibidos compensándose esas sumas en ejecución de sentencia; todo ello con expresa condena en costas para la parte demandada." Que ha sido recurrido por la representación procesal de BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES SALAMANCA Y SORIA S.A.U., habiéndose opuesto la parte contraria.

TERCERO.- Elevadas las actuaciones a esta Audiencia Provincial para la resolución del recurso de apelación interpuesto, se formó el correspondiente Rollo de Sala, y personadas las partes en legal forma, señalándose la audiencia del día 29 de Abril de 2015, para que tuviera lugar la deliberación, votación y fallo.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO - La entidad mercantil BANCO CEISS S.A. interpone recurso de apelación contra la sentencia de instancia que estima la demanda interpuesta contra ella por D. Genaro y declara la nulidad del contrato de suscripción de obligaciones subordinadas suscrito entre las partes con obligación de restituirse lo recíprocamente percibido por su virtud condenando al Banco demandado a reintegrar al demandante la suma de 15.000 Euros con sus correspondientes intereses legales devolviendo el actor los bonos convertibles por valor de 13.500Euros que el Banco Ceiss SAU le entregó en sustitución de las obligaciones subordinadas así como los 2.810,30 de intereses percibidos compensándose las sumas en ejecución de sentencia y expresa condena en costas a la parte demandada. Alega como motivos resumidamente: errónea e incompleta valoración judicial de la prueba practicada en cuento a la información suministrada al actor sobre el producto adquirido y sus riesgos; Injustificada apreciación de vicio de consentimiento según los requisitos fijados por la propia Audiencia Provincial en diversas Sentencias dictadas en análisis de recursos interpuestos por el propio banco recurrente; infracción del artículo 326 y 316 LEC sobre valor probatorio de documentos privados; inexistencia de error excusable según doctrina del Tribunal Supremo y criterio sentado por esta Audiencia de Valladolid en sentencia de 21 /10/2014( Secc1<sup>a</sup>) que señala que cuando la documentación no hubiera sido leída la responsabilidad es del propio actor. Pide por todo ello se dicte nueva sentencia que revoque la de instancia y desestime íntegramente la demanda con imposición de costas a la parte demandante..

Se opone a este recurso la parte demandante solicitando su desestimación e íntegra confirmación de la sentencia apelada

SEGUNDO.- Un nuevo y detenido examen del contrato litis denominado de adquisición de obligaciones subordinadas, contenido y circunstancias concurrentes en su comercialización y suscripción a la luz de las pruebas practicadas pronto permita adelantar la total desestimación del presente recurso. No incurre el Juzgador de instancia en ninguno de los errores, de hecho o de derecho que denuncia la recurrente. Muy al contrario, los hechos que en apartado correspondiente de su sentencia, declara probados, son hechos que reflejan con sustancial fidelidad el resultado de la prueba practicada y las ulteriores consideraciones e inferencias jurídicas que al hilo de los mismos plasma y explica a lo largo de los fundamentos segundo sobre las características de este tipo de productos complejos y de alto riesgo, y en el fundamento tercero sobre la existencia de un vicio en el consentimiento prestado por el actor, invalidante del contrato de litis, son todas consideraciones ajustadas a las normas y principios que nuestro ordenamiento disciplinan el consentimiento negocial prestado por error (1261, 1262, 1265, 1266 C Civil) así como a la doctrina jurisprudencial que ha venido siendo elaborada en torno a este tipo de contratos e inversiones, de riesgo y contenido complejo, cuando son suscritos por clientes minoristas, que no son expertos financieros y carecen de un claro perfil de inversor arriesgado, como es precisamente el caso del aquí demandante.

Refrendamos pues y damos aquí por reproducidos dichos fundamentos en aras de la brevedad e integramos los mismos en esta resolución, como técnica jurídica de motivación expresamente admitida por el Tribunal Constitucional ( SSTC 171/2.002, de 30 de septiembre , y 223/2.003, de 15 de diciembre ) y nos limitamos a añadir, saliendo al paso de las dos objeciones sobre las que insiste la mercantil recurrente las siguientes consideraciones:

- Como repetidamente hemos dicho al enjuiciar supuestos similares al presente, correspondía al Banco demandado acreditar, que cumplió correcta y debidamente con este deber de información completa comprensible al cliente **consumidor**, que es consustancial a su actividad comercial y le viene impuesto por la normativa que cita la sentencia apelada incluidas numerosas resoluciones del Servicio de Reclamaciones del Banco de España (normativa "MIFID elaborada en el marco de la Unión Europea y que se desarrollo en España por medio de la ley 47/2997 que entro en vigor el 21 de diciembre de 2007, así como el Reglamento de la Unión Europea 1287/2006 aplicable desde el 1 de noviembre de 2007, artículo 41, también la ley 47/2007de 19 de diciembre por la que se modifica la ley 24/1988 de 28 julio de mercado de valores en su artículos 78 y ss . artículos 60 y ss del Real Decreto 217/2008 de 15 de Febrero sobre el régimen jurídico de las empresas de



servicios de inversión por las que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003 de noviembre de Instituciones de Inversión Colectiva aprobado por Real Decreto 1309/2005 de 4 de noviembre).

Pues bien, este efecto jurídico probatorio, claramente aquí no ha sido conseguido. Al margen de que las fotocopias de los documentos aportados a tal efecto por el Banco no revisten las necesarias garantías de autenticidad al haber sido impugnados de contrario y no haber sido cotejados o averados con sus originales, aun admitiendo su veracidad, resultan claramente insuficientes e inhábiles para poder considerar correctamente cumplido este deber de información pues como bien dice la parte recurrida con cita de una reciente Sentencia del tribunal Supremo ( STS 10-septiembre de 2014 ) no se trata de que simplemente de cumplir la formalidad de cumplimentar los documentos aportados, sino de que se entregue y explique al cliente la información sobre el producto de inversión con la suficiente antelación y claridad, detallando adecuadamente su naturaleza y la naturaleza exacta de los riesgos asociados a dicho producto.

Advierte con razón la parte recurrida, que con respecto al folleto de emisión, no le fue entregado el definitivo o un suplemento en que recogiera el hecho relevante ocurrido durante la comercialización del producto, cual era la baja de calificación crediticia de la emisión de a 3 a Baa1 lo que provocó la modificación del Folleto de Emisión y la apertura de dos días para la revocación de órdenes, no existiendo constancia alguna de que al actor se le hubiera comunicado la apertura de dicho plazo ( doc. 10 demanda).

Y vuelve a tener razón la parte recurrida, cuando señala que el test que según la normativa aplicable se le debió realizar, dado que la entidad bancaria no actuó como mera comercializadora sino como oferente y asesora del producto, no era el de test de conveniencia sino el de test de idoneidad mucho más exhaustivo y adecuado a fin de conocer la idoneidad o adecuación para el cliente de un producto que era complejo y de alto riesgo.

-No yerra por lo tanto la Sentencia apelada cuando afirma que al actor no le fueron realizados los cuestionarios impuestos por la normativa MIFID y Real Decreto 217/2008, y resulta a estos efectos bien ilustrativo el testimonio prestado por la propia empleada del Banco CEISS SA. en el que entre otros extremos y en lo que aquí resulta relevante ha venido a reconocer, que fue ella quien había ofrecido el producto; que lo hizo, como le indicaron en la Caja, como si fuera un plazo fijo garantizado, que el perfil del actor era el de un cliente normal de perfil conservador, que la previsión de la Caja era rescatar el producto, que no se consideró la posibilidad de que el mercado secundario pudiera ser cerrado o que dejaran de pagarse intereses al entrar en pérdidas el banco; que la documentación y la firma se realizó en una unidad de acto, y en fin que no se le advirtió que podía perder el dinero porque no lo sabía.

Quiere con ello decirse que lo único que ha quedado demostrado tras la prueba practicada (documental aportada y testifical), es que la información que el banco suministró al actor, sobre este producto financiero complejo y de riesgo, fue una información, sino inexistente si muy deficitaria incompleta, o simplemente formal, haciéndole creer al cliente que el producto era seguro y de fácil disposición cuando al realidad era bien distinta.

Y ni que decir tiene, la capital importancia que, en orden a conformar un consentimiento libre y sin error, debe darse al hecho de que sobre el producto y sus riesgos, el cliente, con independencia de que hubiera o no leído el contrato, hubiera recibido una información previa veraz, completa y entendible por parte de la entidad bancaria.

-Acierta por lo dicho la sentencia apelada cuando declara la nulidad del contrato litigioso por haber mediado un error invalidante del consentimiento prestado por el demandante en aplicación de lo establecido en los artículos 1265 y 1266 del Código Civil , pues, en contra de lo que argumenta la recurrente, se trata de un error en este caso, debe considerarse esencial y excusable, tanto por quien lo padeció, que como hemos dicho era un minorista conservador y no un experto financiero ni tenía experiencia previa en este tipo de productos, (cuestión indiscutida), como porque recayó sobre elementos del contrato que, lejos de poder ser considerados de secundarios o accesorios, eran esenciales pues, afectaba al precio o coste real del producto y a al resultado económico o rendimiento que podía esperarse del mismo, lo que sin duda constituye uno de los aspectos básicos y fundamentales que determinaron su celebración.

- Cierto es que el error resulta inexcusable cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular, pero esa diligencia, según tiene dicho nuestra jurisprudencia, ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante pues la función básica del requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida en la declaración ( *sentencias, entre otras, de 4 de enero de 1.982 , 6 de febrero de 1.998 , 30 de septiembre de 1.999 , 26 de julio y 20 de diciembre de 2.000 , 12 de julio de 2.002 , 24 de enero de 2.003 y 17 de febrero de 2.005* ). En este caso, el que el actor, guiado por la confianza y las buenas relaciones que tenía con los comercializadores del banco, no hubiera leído el contrato, carece de la trascendencia que interesadamente le confiere la recurrente pues es la entidad bancaria, la que de acuerdo con los principios y normativa reguladora



de su actividad comercial, debe cerciorarse y velar porque su cliente, especialmente si se trata de un minorista, quede debidamente informado y protegido en sus intereses ,antes o al momento de contratar un producto de complejo y de riesgo como es el de litis, y ello con independencia de que el cliente pudiera no haber leído el contrato movido precisamente por la confianza que le inspiraba el banco y el empleado que le atendía y asesoraba.

En resumen, discrepa la recurrente de la valoración y conclusión del juzgador de la instancia, pero sin ofrecer, como debiera, argumentos de peso o datos probatorios objetivos que pudieran desvirtuarla. Reitera sustancialmente las mismas alegaciones adelantadas en la instancia, todas ellas refutadas fundadamente por la sentencia apelada.

TERCERO. Desestimamos por todo lo expuesto el presente recurso de apelación y confirmamos la sentencia de instancia imponiendo a la parte recurrente las costas causadas en esta alzada, en aplicación de lo dispuesto en los Arts. 394 y 398 de la L.E.C .

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

## FALLO

DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada con fecha 18 de Noviembre de 2.014 en el procedimiento de Juicio Ordinario seguido con el número 448/2.014-A ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Valladolid, y CONFIRMAMOS dicha resolución, con expresa imposición a la parte apelante de las costas procesales del recurso.

De conformidad con lo dispuesto en el apartado noveno de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial , según redacción de la Ley Orgánica 1/2009, acordamos, también, la pérdida del depósito constituido al recurrente al haberse confirmado la resolución recurrida, debiéndose dar a aquel el destino previsto en dicha disposición.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber, conforme a los artículos 208 n ° 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 248 n ° 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , que contra ella cabe interponer, en su caso, los recursos de casación, solo si la resolución del recurso presenta interés casacional y extraordinario por infracción procesal si cabe la casación, interposición que deberá hacerse ante esta Sala dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de aquélla para su resolución por el Tribunal Supremo.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.