



Roj: **SAP C 1185/2015 - ECLI:ES:APC:2015:1185**

Id Cendoj: **15030370032015100138**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **3**

Fecha: **05/05/2015**

Nº de Recurso: **8/2015**

Nº de Resolución: **146/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA JOSE PEREZ PENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3**

**A CORUÑA**

**SENTENCIA: 00146/2015**

**ROLLO: RECURSO DE APELACIÓN (LECN) -RPL Nº 8/2015-**

**SENTENCIA**

AUDIENCIA PROVINCIAL, SECCIÓN TERCERA

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

DÑA. MARÍA JOSEFA RUÍZ TOVAR, PTA.

DÑA. MARÍA JOSÉ PÉREZ PENA.

D. RAFAEL JESÚS FERNÁNDEZ PORTO GARCÍA

En A Coruña, a cinco de mayo de dos mil quince.

Vistos en grado de apelación ante esta **Sección 3ª** de la Audiencia Provincial de **A Coruña**, **los autos de juicio ordinario** núm. **705/2013**, procedentes del **juzgado de primera instancia de refuerzo de A Coruña**, a los que ha correspondido el **Rollo RPL núm. 8/2015**, en los que es parte como **apelante**, la demandada, CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA, con número de identificación fiscal A 86289642, domiciliada en Madrid, calle Marqués de Villamagna número 6-8, representada por el procurador don José-Antonio Castro Bugallo, bajo la dirección del abogado don Eduardo Borrego Pérez; y siendo partes **apelados**, los demandantes, DON Mauricio, provisto del documento nacional de identidad nº NUM000 y DOÑA Teresa, provista del documento nacional de identidad nº NUM001, ambos con domicilio en A Coruña, CALLE000, núm. NUM002. NUM003, representados por la procuradora doña María del Carmen Camba Méndez, bajo la dirección del abogado don Xoan-Antón Pérez Lema; versando los autos sobre nulidad de contrato de participaciones preferentes.

Y siendo Magistrada Ponente la Ilma. Dª MARÍA JOSÉ PÉREZ PENA.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**Aceptando** los de la sentencia de fecha trece de octubre de dos mil catorce, dictada por la Ilma. Sra. Jueza del juzgado de primera instancia de refuerzo de A Coruña, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que debo estimar y estimo sustancialmente la demanda presentada por la procuradora Dª Mª del Carmen Camba Méndez, en nombre y representación de D. Mauricio y Dª Teresa, frente a Banco CEISS, declarando la nulidad de la orden de valores nº 1.991.249 de fecha 9 de junio de 2010 y condenando a la demandada a devolver a la actora la suma de 8.000 euros, suma que deberá incrementarse con los intereses legales desde la fecha del cargo en cuenta hasta la fecha de la sentencia; debiéndose deducir los rendimientos



percibidos por los productos adquiridos, con los intereses legales desde la fecha de sus respectivos abonos hasta la fecha de la sentencia; aplicando a la cantidad restante los intereses del artículo 576 de la LEC . La actora, por su parte, deberá restituir a la entidad demandada las acciones y/o bonos contingentes convertibles en acciones obtenidos tras el canje. Todo ello, con imposición de costas a la parte demandada".

**PRIMERO.**- Interpuesta la apelación por Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria, y admitida, se elevaron los autos a este Tribunal, con emplazamiento de las partes, compareciendo en tiempo y forma para sostener dicho recurso el procurador don José-Antonio Castro Bugallo.

**SEGUNDO.**- Registradas las actuaciones en esta Audiencia, fueron turnadas a esta Sección. Por diligencia de ordenación de fecha 20 de enero de 2015, se admite el recurso, mandando formar el correspondiente rollo y designando ponente. Se tiene por personado y parte al procurador Sr. Castro Bugallo , en nombre y representación de Banco de Caja España de Inversiones Salamanca y Soria SAU, en calidad de apelante y se tiene por personada y parte a la procuradora Sra. Camba Méndez, en nombre y representación de doña Teresa y don Mauricio , en calidad de apelada. No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba ni celebración de vista, se dio cuenta a la Sra. Presidenta de la llegada de los autos e incoación del recurso a efectos de señalamiento para votación y fallo cuando por turno correspondiera. Por providencia de fecha 18 de marzo de 2015 se señaló para deliberación, votación y fallo el pasado día 5 de mayo de 2015.

**TERCERO.**- En la sustanciación del presente recurso se han observado todas las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los fundamentos de derecho de la sentencia apelada.

**PRIMERO.** - La resolución dictada en la instancia concluye con la sustancial estimación de la demanda, con imposición de las costas causadas a la demandada; alzándose contra la citada resolución la parte demandante, toda vez que en autos no consta como declara la resolución recurrida que ha habido un incorrecto servicio de asesoramiento financiero; infracción del art. 326 y 316 de la LEC . sobre el valor probatorio de la documental unida a autos y por último las costas han de ser impuestas a la demandada, solicitando sea estimado el recurso y revocada la sentencia apelada se desestime la demanda, a lo que se opone la parte contraria solicitando su confirmación.

**SEGUNDO.**- La normativa aplicable para la contratación de productos financieros como es el caso, no rigen los principios de la contratación civil, habiendo sido sustituidos por una legislación especial, en atención a una de las partes contratantes o en atención a la naturaleza jurídica del contrato, o a ambas situaciones, exige de una de las partes contratantes un determinado comportamiento frente a la actora o le restringen su autonomía de la voluntad, siendo exponentes de dicha legislación la relativa a la protección de **consumidores** y usuarios, la de crédito al consumo, la reguladora de las condiciones generales de la contratación y la del mercado de valores.

Es indiferente la fecha en que se contraten este tipo de productos, pero siempre las entidades financieras deben actuar de forma prudente, diligente y ordenada ( art. 255.2 del Cg. de Comercio) y el Código General de Conducta ( art. 2 del anexo del R.D. 629/1993 de 3 de Mayo , sobre normas de actuación en los mercados de valores) se dice que tales entidades financieras de valores "deben actuar con cuidado y diligencia en sus operaciones, procediendo a su ejecución según las estrictas instrucciones de sus clientes, o en su defecto, en las mejores condiciones para el cliente, observando en todo caso los reglamentos y usos propios de cada mercado".

La directiva 2004/39/CE, relativa a los mercados de instrumentos financieros (Directiva MIFID), si bien entró en vigor a partir del 1 de Mayo de 2004, no exigía de los Estados miembros la plena aplicación de sus disposiciones hasta el 1 de Noviembre de 2007 (La Directiva 2006/31/CE estableció ese plazo). España no cumplió dicho plazo a rajatabla ya que la Ley 47/2007, de 19 de Diciembre, la reforma de la LMV, que traspuso el ordenamiento interno.- las disposiciones de la Directiva MIFID, no entró en vigor hasta el 21 de Diciembre de ese año.

En definitiva, los contratos anteriores al 1 de Noviembre de 2007, se rigen por el contenido del primitivo art. 79 LMV así como por el art. 16 del Decreto 629/1993 . Los contratados entre el 1 de Noviembre y el 21 de Diciembre de 2007, habrán de sujetarse a las normas de la Directiva MIFID, en tanto que los posteriores a esta última fecha, le serán de aplicación los arts. 78 y siguientes de la Ley de Mercado de Valores , en su vigente redacción tras la reforma parcial operada por la Ley 47/2007, y normativa de desarrollo, en particular el Real Decreto 217/2008, en vigor desde el 17 de Febrero de ese año.

Aparte de la sujeción de todos esos contratos a la Ley sobre condiciones generales de contratación y, en caso de que el cliente bancario actuase en calidad de **consumidor**, a la Ley General para la defensa de los **consumidores** y usuarios.



La repercusión por la mala comercialización de estos productos ha dado lugar a la reforma de la Ley 24/98 de mercado de valores operada por el Real-Decreto-Ley de 31 de Agosto de reconstrucción y resolución de entidades de crédito (convalidado por la Ley 9/2012 de 14 de Noviembre), la cual aumenta las medidas de protección al cliente inversor y minorista como así se desprende de su Exposición de Motivos, exigiendo que la información fundamental sea en un lenguaje no técnico (art. 27 ), incluyendo todo tipo de orientaciones y advertencias acerca de los riesgos de esa adquisición conlleva, al tiempo que se les indicará de la existencia de productos financieros no adecuados para inversores no profesionales (art. 79 bis) advirtiendo a las entidades que analicen y valoren los conocimientos y experiencia del cliente y su situación financiera, con el fin de poder determinar si ese producto es el adecuado, incluso exigiendo del cliente manifestaciones escritas por el cliente sobre la conveniencia del producto (art. 79 bis, 6 y 7).

**TERCERO.** - Los requisitos para la existencia del contrato determinado en el art. 1261 del Cg. Civil son: consentimiento de los contratantes, objeto del contrato y la causa de la obligación, estableciendo el art. 1265 del mismo cuerpo legal que "será nulo el consentimiento expreso por error, violencia, intimidación o dolo", y el art. 1266 que para que "el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuera objeto del contrato, o sobre aquéllas condiciones de la misma que principalmente hubieran dado motivo a celebrarlo".

#### *Naturaleza del contrato*

Señala la actora que el 9-julio-2010 suscribió un contrato con la demandada de obligaciones subordinadas, sin haber recibido una veraz información del producto que compraba y mucho menos de los riesgos que conllevaba.

La doctrina señala que en estos contratos financieros como el presente, se trata de un contrato complejo de cuya lectura se deduce que para su comprensión por el inversor exige la posesión de unos conocimientos o experiencia previos, los que no se presumen los primeros, encontrándose las entidades financieras en una situación de superioridad frente a los clientes, lo que determina que en base a la confianza que depositan en los empleados apoyándose a su vez en su profesionalidad, sigan sus recomendaciones en muchas ocasiones; en cualquier caso se realiza el contrato por iniciativa de la propia entidad o del cliente, a la financiera siempre le es exigible un estricto deber de información, la cual debe ser completa sobre la naturaleza, objeto, coste, y riesgos de la operación, además de forma que le resulte comprensible, debiendo asegurarse la entidad financiera de que el cliente entienda perfectamente todos los riesgos que corre con la contratación del producto y este deber de información debe ir dirigido a velar por los intereses del cliente, teniendo en cuenta la condición profesional de la entidad financiera.

La intervención de las entidades financieras en las participaciones subordinadas es diferente, pues en unos casos actúan como meras intermediarias en la comercialización de productos emitidos por otros, y en otras ocasiones son las propias entidades las que comercializan con las suyas, como es el caso.

En el contrato unido a la demanda (doc. Nº 3) suscrito por el actor, se hace referencia expresa a que es la propia entidad demandada la emisora de las participaciones subordinadas, objeto de la compra, se hace referencia a que dicho producto puede sufrir pérdidas y que no constituye un depósito bancario, remitiéndose a un folleto de emisión.

#### *Deber de Información*

Se trata por tanto de un contrato (producto complejo), en el que hay que cumplir el deber de información al que se refiere el art. 79 bis de la Ley de Mercado de Valores , frente a los clientes en especial respecto a los riesgos que asume, de manera que éste puede tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa, para lo cual deberá obtener información sobre sus conocimientos y experiencia financiera, advertir al cliente si el producto es o no adecuado para él, obligaciones que deberá cumplir aún cuando actúe solo de mediadora.

La propia Ley de Mercado de Valores establecer en su art. 79 bis y en relación al tipo de información que deben facilitar las entidades que presten servicios de inversión a sus clientes, que la misma debe ser imparcial, clara y no engañosa, comprensible para los mismos, debiendo ir dirigida la información a los riesgos que el cliente va a asumir.

La existencia por lo tanto de un "folleto informativo" por sí solo no exime de responsabilidad al emisor ni garantiza que la información transmitida haya sido la adecuada, ni su sola existencia otorga capacidad al inversor, cliente minorista no profesional, para evaluar la naturaleza del producto, sus riesgos o la situación financiera del emisor, que en el presente caso no consta que le hubiese sido entregado siendo obligación de la entidad financiera el demostrar haber cumplido el deber de información, lo cual no ha sido realizado pues a tal fin se habían propuesto como testigos los empleados de la oficina que habían ofrecido a los demandantes tal producto, si bien no han comparecido a prestar declaración como se pudo observar con el



visionado de la cinta, por lo que tal extremo ha de entenderse como no probado por la demandada que sí sostiene que por su parte se había cumplido tal deber de información; ello coincide con lo declarado por la actora la que manifiesta que suscribió el contrato en la creencia de que se trataba de un producto similar a un depósito a plazo fijo, y que podía retirar el dinero cuando quisiera, nadie le explicó del funcionamiento del producto ofertado y que suscribió el mismo día del ofrecimiento, y mucho menos del riesgo que corría; no puede por tanto entenderse que la entidad financiera, haya dado cumplimiento al deber de información, no solo porque tratándose de un cliente minorista no sería suficiente una información parcial que en muchos casos se complementa con folletos informativos, sino que en el caso presente, la información dada era referente a las particularidades de un depósito a plazo fijo por lo que la "información" no fue veraz, con lo que los actores no tenían conocimiento de lo que estaban adquiriendo, y no puede presumirse que a pesar de ello, tenían conocimiento de lo que estaban adquiriendo pues se trata de unas personas sin conocimientos financieros suficientes para comprender dicho producto y ello lo sabían los empleados de la oficina cuando se les ofreció pues se trataba de unos clientes del Banco, siendo indiferente que en otra ocasión anterior hubiera la actora como así lo ha reconocido al prestar declaración, suscrito un producto igual o similar, pues ello no garantiza que en tal ocasión se hubiera cumplido con el deber de información por la entidad bancaria.

Es por lo que, aún cuando no se aprecie un dolo específico en la demandada, ha de partirse de que el actor contrató basándose en la confianza de los empleados de la demandada, cuyos conocimientos en esta materia han de considerarse superiores a las de los clientes, tratándose de un contrato complejo y difícil de analizar, (basta con leer el contenido del contrato) y sin capacidad para entender lo que, estaba contratando, sin formación financiera, por lo que procede decretar la nulidad del contrato de depósito y administración de valores suscrito el 9-junio-2010.

**CUARTO.-** El recurso de apelación interpuesto ha de ser desestimado, con imposición de las costas causadas en esta alzada a la parte apelante ( art. 394 y 398 LEC ).

Por lo expuesto,

#### **FALLAMOS:**

Que con desestimación del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en fecha 13-10-2014 por el juzgado de 1ª instancia de refuerzo de A Coruña, al resolver el juicio ordinario nº 705/13, debemos Confirmar y Confirmamos en su integridad la citada resolución; con imposición de las costas causadas en esta alzada a la parte apelante.

Así, por esta nuestra sentencia, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** Dada y pronunciada fue la anterior sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por la Ilma. Magistrada ponente doña MARÍA JOSÉ PÉREZ PENA en el mismo día de su fecha, de lo que yo Secretario. Doy fe.