



Roj: **SAP LE 615/2015 - ECLI:ES:APLE:2015:615**

Id Cendoj: **24089370012015100151**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **León**

Sección: **1**

Fecha: **30/06/2015**

Nº de Recurso: **215/2015**

Nº de Resolución: **160/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ANA DEL SER LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

**LEON**

**SENTENCIA: 00160/2015**

**ROLLO: RECURSO DE APELACIÓN Nº. 215/15.**

**PROCEDIMIENTO: JUICIO ORDINARIO Nº. 229/14, JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº. 2 DE LA BAÑEZA.**

**S E N T E N C I A NÚM. 160/2015**

**Ilmos. Sres.**

**Dª. ANA DEL SER LOPEZ.- Presidenta.**

**Dº. MANUEL GARCÍA PRADA.- Magistrado.**

**Dº. RICARDO RODRIGUEZ LOPEZ.- Magistrado.**

En la ciudad de León, a 30 de junio del año 2015.

**VISTO** ante el tribunal de la Sección Primera de la Audiencia Provincial el recurso de apelación civil Nº. 215/15, correspondiente al Procedimiento Ordinario nº. 229/14 del Juzgado de Primera Instancia Nº. 2 de La Bañeza, en el que ha sido parte apelante la entidad **BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA, SAU (BANCO CEISS)**, representada por la Procuradora Sra. Sevilla Miguelez, siendo parte apelada **DON Silvio y DOÑA Serafina**, representados por el Procurador Sr. Bécares Fuentes, actuando como Magistrada Ponente para este trámite la **Ilma. Sra. Dª. ANA DEL SER LOPEZ**.

#### **I.-ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La Juez del Juzgado de 1ª Instancia Nº. 2 de La Bañeza dictó sentencia en los autos de Procedimiento Ordinario Nº. 229/2014, con fecha 20 de marzo de 2015, cuya parte dispositiva, literalmente copiada dice así: "**FALLO:** Que ESTIMANDO la demanda presentada por el Procurador Sr. Bécares Fuentes, en nombre y representación de DON Silvio y DOÑA Serafina contra la entidad **BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA, CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD, S.A.U (Banco Ceiss o Caja España)** representada por la Procuradora Sra. Sevilla Miguélez, declaro la nulidad de la orden de suscripción de Obligaciones Subordinadas Obl. C. España- 03-Oct (orden de compra de 24 títulos de 3 de noviembre de 2003) y Participaciones Preferentes Caja España-Serie C (orden de compra de 49 títulos de 5 de noviembre de 2004) y Serie I (orden de compra de 10 títulos de 11 de mayo de 2009) y contrato de canje posterior (orden de canje de 24 títulos de Obl C España 03-OCT por 24 títulos de Obl C España 10-JUN de 24 de junio de 2010), y condeno a la demandada a la devolución de 83.000? en concepto de principal, más los intereses devengados desde las fechas de contratación, debiéndose deducir de este importe las cantidades percibidas por la parte actora en concepto de intereses devengados desde las fechas de contratación, debiéndose deducir de este importe las cantidades percibidas por la parte actora en concepto de intereses abonados por la demandada, más los



intereses legales devengados por las correspondientes sumas de estos intereses desde su percepción. Ello con expresa imposición de costas a la parte demandada".

**SEGUNDO.-** Contra la relacionada sentencia, se interpuso recurso de apelación por la entidad bancaria demandada y dado traslado del mismo se presentó escrito de oposición, remitiéndose las actuaciones a esta Sala y señalándose para la deliberación y fallo, el día 16 de junio de 2015.

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

## II.-FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Resumen de la controversia y cuestiones litigiosas planteadas en la alzada.

Por los demandantes se ejercita acción de nulidad por vicio de consentimiento de los contratos de suscripción de obligaciones subordinadas y preferentes firmados en noviembre de 2003 y 2004, así como en mayo de 2009 y contrato de canje de los inicialmente adquiridos por nuevos títulos el 24 de junio de 2010.

La Sentencia dictada en Primera Instancia examina en primer lugar el tipo de relación jurídica que unía a las partes en relación con la existencia de asesoramiento personalizado en la comercialización por la entidad bancaria de los títulos adquiridos por los demandantes. Seguidamente se analiza en el fundamento jurídico tercero la normativa vigente en cada contratación y el incumplimiento de la obligación de información que incumbía a la demandada en relación con la clase de productos que contrataron los litigantes (participaciones preferentes y obligaciones subordinadas). Concluye la sentencia resaltando que los actores no eran expertos inversores ni conocedores del mundo financiero con perfil especulador por el hecho de tener contratos a plazo denominados acción bolsa y destaca la insuficiencia de la información ofrecida por la entidad bancaria en la compra de productos complejos y de alto riesgo. En consecuencia, estima la pretensión de declaración de nulidad de los contratos por error en el consentimiento, con imposición de las costas a la entidad demandada.

Contra esta resolución se interpone recurso de apelación por la entidad bancaria que contradice los argumentos expuestos en la resolución recurrida en cuanto a la existencia de error en el consentimiento y en concreto por el perfil inversor de los demandantes, solicitando se dicte sentencia desestimatoria de la demanda formulada.

En el escrito de recurso se dice reproducir la totalidad de los argumentos vertidos en el escrito de contestación y al respecto nos centraremos en la argumentación del recurso sobre el perfil inversor de los demandantes, aceptando por completo los fundamentos de la sentencia recurrida en los que se resume la normativa que resulta aplicable, tanto respecto de los títulos adquiridos en los años 2003 y 2004, como en los correspondientes al año 2009 y canje del año 2010. Así pues, resulta aplicable la Ley de Mercado de Valores y el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el Régimen Jurídico de las empresas de servicios de inversión, sobre los deberes de información a los que se encontraba obligada la entidad bancaria cuando contrató en los años 2009 y 2010. Y la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores en su redacción entonces en vigor, y especialmente el RD 629/1993 (vigente hasta el 17-2-2008), derogado posteriormente por el RD 217/2008, siendo de aplicación su art. 16, relativo a la información de la clientela, que norma en su apartado 2 que: "las entidades deberán informar a sus clientes con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones". Y, en su Anexo intitulado "Código general de conducta de los mercados de valores", integrado por sus arts. 1 a 7, en el que se establecen determinados deberes que se imponen a las entidades financieras, cuales son los de imparcialidad y de buena fe (art. 1), de cuidado y diligencia (art. 2), recabar información de los clientes "para su correcta identificación, así como información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión cuando esta última sea relevante para los servicios que se vayan a proveer" (art. 4). Esta información tiene como finalidad recomendar al cliente los servicios o instrumentos que más le convengan.

Aceptando la exposición de la sentencia recurrida sobre normativa aplicable y existencia de asesoramiento por la entidad bancaria, extremos que ahora no se discuten en este recurso, a pesar de la referencia genérica a los argumentos expuestos en la contestación, nos centraremos en el perfil de los demandantes, aceptando también genéricamente los razonamientos efectuados en Primera Instancia sobre la obligación de información que le correspondía a la entidad bancaria. Únicamente sobre el deber de información citamos la Sentencia de fecha 13 de Enero del 2012 de este mismo Tribunal que señala: "*El derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básica para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad tanto es lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar a los sujetos que intervienen en él (el cliente bancario), principalmente, a través tanto de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación contractual exigible*".



**SEGUNDO.-** Contratación de los productos reclamados. Suficiencia de la información facilitada por el Banco. Valoración probatoria.

Para centrar los términos del debate señalaremos que nos encontramos ante productos complejos y así se califica por la totalidad de las resoluciones que sobre la cuestión se han dictado hasta el momento, afirmación que tiene su apoyo normativo en el artículo 79 bis 8.a) de la Ley de Mercado de Valores. En la Sentencia de Instancia se analiza detalladamente la naturaleza de las obligaciones subordinadas y participaciones preferentes que son objeto de litis, sin que sea preciso añadir nada más al respecto pues tales conclusiones no son cuestionadas en el escrito de recurso.

Los puntos sobre los que discrepa la entidad bancaria demandada en su escrito de recurso se concretan en la validez del consentimiento prestado por los clientes y demandantes, derivado de la correcta información suministrada y en el perfil inversor de los mismos que fueron los que solicitaron este tipo de producto con una gran rentabilidad para sus ahorros, habiendo suscrito otros productos financieros similares, por lo que se dice eran conscientes de los riesgos y de la naturaleza de su inversión. También se argumenta por la entidad demandada que se realizó el test de conveniencia en la contratación de los años 2009 y 2010.

Parte el desarrollo argumental del escrito de recurso del documento 5 de la demanda que muestra la inversión en numerosos títulos comercializados por la entidad Caja España consistentes en Participaciones, Cédulas y Obligaciones, desde el año 2000. Siguiendo esta exposición de la parte recurrente no podemos sino descartar la importancia de estas inversiones previas pues no muestran el conocimiento de este tipo de productos cuando la evolución del mercado transformó radicalmente su funcionamiento sin que en el año 2000 se hubiera ofrecido en modo alguno esta información sobre el comportamiento de los títulos porque ni siquiera los empleados tenían constancia de que la inversión podía no ser recuperada. Lo único que muestra el documento de inversiones de los actores es que eran clientes fieles de la entidad bancaria demandada y que, como en muchos otros casos de los que ha conocido este Tribunal, se fiaban del consejo de sus empleados a la hora de invertir sus ahorros.

Señala igualmente la parte recurrente que el perfil inversor de los demandantes se pone de manifiesto con el documento número 6 de la demanda en el que consta la inversión efectuada el 30 de junio de 2004 de la cantidad de 30.000 euros en un contrato a plazo denominado Acción Bolsa IX en Euros. Se dice que este documento muestra un perfil especulador, con ánimo de obtener los mayores beneficios. Pues bien, la cantidad de la inversión así como las circunstancias y naturaleza de la misma, evitaría hacer mayores argumentaciones a las ya expuestas en la sentencia de primera instancia, pero además la contratación de algún producto concreto de inversión algo más arriesgado y la intención legítima de obtener una alta rentabilidad de los ahorros, no exonera a la entidad bancaria del cumplimiento de sus deberes de información ni convierte al inversor en un experto, por lo que no resulta automáticamente excluida la posibilidad de apreciar el error en el consentimiento.

En la alegación tercera la recurrente expone el cumplimiento de su obligación de información, señalando que se cumplimentó el test de conveniencia referido a la operación firmada el 11 de mayo de 2009 y que el contrato tipo de depósito o administración de valores especifica la información que se facilita por Caja España a los clientes.

En este apartado de valoración de prueba coincidimos con los argumentos extensamente expuestos por la juzgadora de primera instancia en el fundamento jurídico tercero sobre la comercialización de las obligaciones subordinadas y participaciones preferentes. Estimamos correcta la apreciación de falta de prueba de la entrega de información precontractual que no puede ser suplida por el contrato de administración de valores y las explicaciones ofrecidas de forma verbal no resultan suficientes. Todo ello partiendo de que corresponde al Banco la carga de la prueba ( art. 217 LEC ) de que proporcionó al cliente la información necesaria para prestar un consentimiento informado sobre el producto a contratar pues se trata de una obligación legalmente impuesta.

Entendemos además que sin lugar a dudas se prestó un servicio de asesoramiento a los clientes por la entidad bancaria demandada aunque fuera a petición de los demandantes. El hecho de que los interesados confiaran sus ahorros a la entidad bancaria demandada e intentaran obtener la mayor rentabilidad de los mismos no muestra nada más que se prestó este servicio de asesoramiento cuando se recomendó la inversión en obligaciones subordinadas y participaciones preferentes, sin mencionar en ningún momento que tales productos no se ajustaban al perfil de clientes minoristas que claramente calificaba a los actores. La STS de 20 de enero de 2014 argumenta: "el Tribunal de Justicia entiende que tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un swap, realizada por la entidad financiera al cliente inversor, "que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración



de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público".

A la vista de esta interpretación y de lo acreditado en el procedimiento, no cabe duda de que en nuestro caso se llevó a cabo un servicio de asesoramiento financiero, pues la adquisición de las obligaciones subordinadas y preferentes fue ofrecida por la entidad financiera sin hacer constar que no se correspondía con la calificación de clientes minoristas de los actores que solicitaron el servicio de inversión y que fueron asesorados para la adquisición de estos productos en concreto. De la anterior consideración resultan unos deberes de información que recoge la Sentencia de Primera Instancia y entendemos que no se cumplen. Así pues, el enfoque aplicado en la Sentencia sobre el alcance de las obligaciones de información que en el recurso se consideran cumplidas, resulta plenamente conforme con la doctrina del Tribunal Supremo, claramente detallada en la sentencia de Pleno de fecha 20/01/14 .

La entidad bancaria no acredita que los actores sean expertos conocedores de temas financieros y que fuera irrelevante la información a suministrar. Todo lo contrario, se trata de personas mayores de 70 años, con estudios básicos, **consumidores**, usuarios de los servicios bancarios y clientes minoristas. La existencia de contratación de otros productos financieros en este caso no acredita su experiencia en temas bancarios, financieros y bursátiles.

Por último, el test de conveniencia no cubre la necesidad de información clara sobre las obligaciones objeto de controversia pues se realizó como una mera formalidad que no justifica que los actores tuvieran conocimiento del producto que adquirirían. Entendemos que no se suministró información suficiente sobre la clase de productos de que se trataba. Los documentos aportados, incluidos los documentos de depósito y administración de valores con las advertencias en letra pequeña y el Test de Conveniencia firmado por el demandante, no resultan suficientes para entender cumplidos los requisitos de información. El test de conveniencia firmado en este caso no pasa de ser un mero formulario que no cumple con las exigencias de la Directiva. Y prestando un servicio de asesoramiento estas exigencias son mayores pues debe valorarse la idoneidad del producto. La entidad financiera debe realizar un examen completo del cliente, mediante el test de idoneidad, que suma el test de conveniencia (conocimientos y experiencia) a un informe sobre la situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y los objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del cliente, para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan, tal como resume la STS de Pleno de 20 de enero de 2014 . El art. 72 del Real Decreto 217/2008 regula las condiciones para evaluar la idoneidad a los efectos de lo dispuesto en el art. 79 bis. 6 de la Ley 24/1988, de 28 de julio . En el caso presente, no se efectuó el citado test de idoneidad, aportándose únicamente el test de conveniencia firmado en el año 2009 que consiste en un cuestionario en el que el demandante admite haber realizado inversiones durante los tres últimos años en PARTICIPACIONES PREFERENTES, que está familiarizado con este tipo de producto, que nunca ha trabajado en el sector financiero y que la periodicidad de sus inversiones es anual y añadir que no es conveniente la contratación de este producto de forma igualmente formal no convalida toda la operación. Este tribunal estima que no fue el actor quien rellenó los campos del formulario que aparece como un documento tipo previamente impreso y que no fue por tanto suministrada información suficiente y este documento no incluye los requisitos del artículo 74 del Real Decreto 217/2008 , vigente en la fecha en la que se firmó en cuya virtud : *" A los efectos de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, la información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos enumerados a continuación, en la medida en que resulten apropiados a la naturaleza del cliente, a la naturaleza y alcance del servicio a prestar y al tipo de producto o transacción previstos, incluyendo la complejidad y los riesgos inherentes: a) Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que esté familiarizado el cliente. b) La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el período durante el que se hayan realizado. c) El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes "* .

En resumen, consideramos que la información reflejada en los documentos que constan en el procedimiento es insuficiente para conocer las características de los productos contratados y no ha resultado acreditado que fuera suministrada la información necesaria de cualquier otra forma y con tiempo suficiente para permitir el análisis por el cliente minorista. En estas circunstancias entendemos que ha existido un claro vicio en la prestación del consentimiento al no comprender los actores en absoluto los productos contratados. El error concurre sobre un elemento esencial que atiende a la propia finalidad de negocio, la propia inversión contratada y, en concreto, el alcance del riesgo asumido, a lo que condujo la deficiente información suministrada, un error con aptitud suficiente para invalidar su consentimiento y el que se revela claramente como excusable en función del perfil inversor de los demandantes y las consecuencias a las que llega la resolución recurrida son completamente asumidas por este Tribunal de apelación, tanto respecto del incumplimiento de las obligaciones de información que exigía la normativa anterior a la redacción vigente de la LMV como en la contratación a la que se aplica la normativa en su redacción actual.



**TERCERO.-** Criterio impositivo de las costas procesales.

Siendo esta resolución desestimatoria del Recurso de Apelación formulado se imponen las costas procesales de esta alzada a la parte recurrente, art. 394 y 398 de la LEC .

**VISTOS** los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación al caso ,

#### **PARTE DISPOSITIVA**

**DESESTIMAMOS** el recurso de apelación formulado por la representación procesal de la entidad **BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA, SAU**, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de primera instancia Nº. 2 de La Bañeza, de fecha 20 de marzo de 2015 , en los autos de Juicio Ordinario nº. 229/14, y **CONFIRMAMOS** la resolución de Primera Instancia, con imposición de Costas a la parte recurrente.

Se acuerda la pérdida del depósito constituido para recurrir al que se dará el destino legal. Notifíquese a las partes personadas y remítase al SCOP para que continúe la tramitación.

**MODO DE IMPUGNACIÓN** : contra esta resolución cabe interponer recurso de casación ante este tribunal, únicamente por la vía del interés casacional, y, en su caso y en el mismo escrito, recurso extraordinario por infracción procesal, a presentar en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a su **no** tificación.

Así por esta resolución, de la que se unirá certificación al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.