



Roj: **SAP BU 521/2015 - ECLI:ES:APBU:2015:521**

Id Cendoj: **09059370032015100126**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Burgos**

Sección: **3**

Fecha: **13/07/2015**

Nº de Recurso: **174/2015**

Nº de Resolución: **207/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JUAN FRANCISCO SANCHO FRAILE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3**

**BURGOS**

*SENTENCIA: 00207 /2015*

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE**

**BURGOS**

**Sección 003**

-

Domicilio : PASEO DE LA AUDIENCIA Nº 10

Telf : 947259950

Fax : 947259952

N.I.G.: 09059 42 1 2014 0005922

**ROLLO : RECURSO DE APELACION (LECN) 0000174 /2015**

Juzgado procedencia : JDO.DE 1A.INSTANCIA N.5 de BURGOS

Procedimiento de origen : PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000462 /2014

RECURRENTE : BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES SALAMANCA Y SORIA, S.A.

Procurador/a : EUSEBIO GUTIERREZ GOMEZ

Letrado/a : FRANCISCO JAVIER QUINTANILLA FERNANDEZ

RECURRIDO/A : Borja

Procurador/a : ALVARO BENJAMIN MOLINER GUTIERREZ

Letrado/a : FERNANDO CIDAD MURILLO

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados **DON JUAN SANCHO FRAILE**, Presidente, **DON ILDEFONSO BARCALA FERNANDEZ DE PALENCIA** y **DON MAURICIO MUÑOZ FERNANDEZ**, ha dictado la siguiente,

**SENTENCIA Nº 207**

En Burgos a trece de Julio dos mil quince

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 003, de la Audiencia Provincial de BURGOS, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000462 /2014, procedentes del JDO.DE 1A.INSTANCIA N.5 de BURGOS, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) **0000174 /2015**, en los que aparece como parte demandada-apelante, **BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES SALAMANCA Y SORIA, S.A.**,



representada por el Procurador de los tribunales, Don Eusebio Gutiérrez Gómez, asistido por el Letrado Don Francisco Javier Quintanilla Fernández; y como parte demandante-apelada, **DON Borja**, representado por el Procurador de los tribunales, Don Álvaro Benjamín Moliner Gutiérrez, asistido por el Letrado Don Fernando Ciudad Murillo, sobre nulidad de contrato, o subsidiariamente resolución de contrato. Siendo Ponente el ILMO. SR. DON JUAN SANCHO FRAILE, que expresa el parecer de la Sala.

## ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- Los de la resolución recurrida que contiene el siguiente FALLO: "Que estimando la demanda interpuesta por el Procurador DON ALVARO MOLINER GUTIÉRREZ, en nombre y representación de DON Borja, contra el BANCO DE CAJA ESPAÑA INVERSIONES SALAMANCA Y SORIA, S.A.U., representado por el Procurador DON EUSEBIO GUTIÉRREZ GÓMEZ, debo:

-Declarar y declaro nulo el contrato celebrado entre "Caja

España de Inversiones CAMP", hoy "Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria, S.A.U. -Banco CEISS-", y de otra Don Borja, en virtud del cual suscribe mediante Obligaciones Subordinadas Caja España Julio 08, mediante Orden de 5/8/2008, por importe de 28.000 ?.

Debiendo la parte actora restituir los bonos necesaria y contingentemente convertibles en acciones del Banco CEISS; y la parte demandada la cantidad del contrato, así como todas las posibles consecuencias derivadas de la nulidad; con el pago por al entidad demanda de los intereses legales hasta la fecha de la sentencia y desde esa fecha más dos puntos, compensados con los intereses percibidos por la actora.

-Condenar y condeno a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones.

Todo ello con imposición de costas a la parte demandada".

2º.- Notificada la anterior resolución a las partes por la representación procesal de la parte demandada se presentó escrito interponiendo recurso de apelación, que fue admitido en tiempo y forma. Dado traslado a la parte contraria, para que en término de diez días presentase escrito de oposición al recurso o de impugnación de la resolución apelada, presento escrito de oposición al recurso en tiempo y forma, quedando unido a las actuaciones, acordándose por el Juzgado, la remisión de los autos a la Audiencia Provincial de Burgos, habiendo correspondido en el reparto general de asuntos, a esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial.

3º.- Recibidos los autos y formado el correspondiente Rollo de Sala, se turno de ponencia, señalándose para votación y fallo el día dos de julio de dos mil quince, en que tuvo lugar.

4º.- En la tramitación del presente recurso se ha observado las formalidades legales.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

**PRIMERO.-** Por la representación de la parte demandada y apelante, Banco Caja de España de Inversiones, Salamanca y Soria, S.A., se impugna la sentencia de instancia pretendiendo en esta alzada su revocación y se desestime la demanda articulada de adverso; y de forma subsidiaria, "se estime la demanda articulada de contrario, condenando a mi mandante a la devolución de las cantidades entregadas por el actor, así como los intereses legales de la misma, debiendo la parte actora, devolver las cantidades recibidas como pago de cupones, así como los intereses legales por esta devengadas". Subsidiariamente, la revocación en lo que se refiere al pronunciamiento de condena en costas a esta parte, no imponiendo las costas de primera instancia a ninguna de las partes.

La parte apelante alega, como primer motivo de impugnación de la sentencia recurrida, error en la apreciación de la prueba, acerca que, esta parte, ha cumplido con todos y cada uno de los requisitos que le eran inherentes, de acuerdo con la normativa aplicable al caso.

Con esta finalidad argumenta:

1.1. Que la Orden de Valores, de fecha 5 de agosto de 2008, folio 48, suscrita por el actor, deja claro que, el producto solicitado, no es seguro y que su contratación conlleva la aceptación de diversos riesgos.

Ciertamente, en letra pequeña, se recogen determinados factores de riesgo: de mercado, de liquidez o representatividad de los valores en el mercado, de amortización anticipada de los valores y de subordinación y prelación de los inversores ante situaciones concursales.

La expresión del consentimiento, como declaración de voluntad manifestada, no implica el conocimiento cabal de su contenido.



Por otro lado, la descripción no es inequívoca, sino alusiva a posibilidades, como las expresiones "posibles fluctuaciones de sus precios ...", "cuya distribución podría no ser...", "no es posible asegurar que vaya a producirse una negociación activa en el mercado". "Existe la posibilidad del emisor de amortizar ...", "un inversor podría no ser capaz de reinvertir el resultado de dicha amortización ...".

Hay una indeterminación de riesgos, no explicados de forma comprensible, de una manera efectiva para el cliente. Por sí solo, el contenido del documento analizado es insuficiente por no comprensibilidad real de los riesgos que se recogen en el mismo; tratándose de un producto complejo y de un cliente que es una persona que no se corresponde con el perfil de un inversor de tales productos -**consumidor**, ahorrador tradicional, titular de depósitos de ahorro-.

#### 1.2. Test de conveniencia para la contratación de servicios y productos financieros.

A la vista de las respuestas facilitadas -no ha realizado inversiones en obligaciones durante los tres últimos años; afirma estar familiarizado con este tipo de productos (lo que no se comprende, e incluso algo contradictorio, entre estas dos respuestas), como el hecho de no haber trabajado en el sector financiero; tiene estudios superiores, y la periodicidad de sus inversiones es trimestral- "la Caja expresamente le manifiesta que no considera conveniente la contratación de este producto", folio 50.

No obstante, se contrata, con los riesgos que realmente comportaba, por lo que es verosímil que se le ofreciera como un producto menos arriesgado y mas normal, y sobre todo, confiando en la solvencia de la entidad emisora.

1.3 En cuanto a las Condiciones Finales de la 7ª Emisión de Obligaciones Subordinadas Julio 2008, no consta que se entregara al actor. No figura entre la información recibida en el documento Comunicación de Categoría Mifid, folio 192. Se califica como cliente Minorista.

**SEGUNDO.**- La sentencia de instancia califica, pertinentemente, al producto financiero litigioso, obligaciones subordinadas, como complejo -así, la CNMV y art 79 bis 8) a de la Ley del Mercado de Valores -, de manera que, el cliente al que debe ser destinado, es el de un inversor con experiencia financiera, conocedor de los riesgos que comporta, de pérdida de la inversión, falta de liquidez inmediata, entre otros.

La parte apelante alega que ha cumplido con los requisitos inherentes a la normativa aplicable.

Esta normativa viene integrada por la Ley del Mercado de Valores, según redacción de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que incorporó la Directiva MiFID, 39/2004. El art. 79 LMV señala para las entidades que prestan un servicio de inversión la obligación de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes; y más específicamente, el art. 79 bis LMV, respecto a las obligaciones informativas, dispone mantener la información adecuada a los clientes -y es adecuada la información que sea "imparcial, clara y no engañosa" - comprensiva de los instrumentos financieros, su naturaleza y riesgos, para que el cliente tome la decisión de invertir con el conocimiento debido sobre tales aspectos; para lo cual se articulan los test de conveniencia, para evaluar si el cliente comprende la naturaleza y riesgos del producto que pretende contratar -y en su caso el de idoneidad, cuando se añade un asesoramiento financiero, y hay que evaluar, además, la situación financiera del cliente y sus objetivos de inversión-.

En el presente caso se hizo el test de conveniencia, como se ha dejado expuesto, sin que se entienda fuera necesario el de idoneidad.

El Director de la Oficina declaró en el juicio que no comercializó el producto, haciéndose como de renta fija, rentabilidad definida y vencimiento diez años. Bastaba un cliente con perfil de bajo riesgo, pues se consideraba (el producto, se entiende) de bajo riesgo; cliente de perfil conservador.

No sabe si conocían el producto (los clientes). La liquidez se obtenía a través de un mercado secundario, hasta que se cierran. Liquidez que dependía del precio. El riesgo de la entidad y país, no se explicaba. Se proyectaba solvencia, por lo que no se hacía hincapié. Se computaban como recursos propios. No sabe la documentación que se entregaba, la que salía del ordenador. Era como un producto de plazo fijo.

De este resultado probatorio, y lo expuesto precedentemente, no puede concluirse que la entidad demandada cumpliera los requisitos de información inherentes a la normativa aplicable.

Y esta falta de información incidió en una formación viciada, erróneamente, del consentimiento del actor, en el momento de su prestación.

Por último, conviene recordar la doctrina declarada por el T. Supremo, en Sentencia del Pleno, nº 769/2014, de 12 de enero de 2015, aplicable a productos financieros o de inversión complejos, y más concretamente la argumentación siguiente:



"La normativa del mercado de valores, incluso la vigentes antes de la transposición de la Directiva MiFID, que es la aplicable en este caso por la fecha en que se concertó el contrato, da una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones de cálculo, accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza.

No se trata de cuestiones relacionadas con los móviles subjetivos de los inversores (la obtención de beneficios si se producen determinadas circunstancias en el mercado), irrelevantes, como tales, para la apreciación del error vicio. La trascendencia que la normativa reguladora del mercado de valores reconoce a la información sobre los riesgos aparejados a la inversión, al exigir una información completa y comprensible sobre tal cuestión, muestra su relación directa con la función económico-social de los negocios jurídicos que se encuadran en el ámbito de la regulación del mercado de valores".

La consideración final de que "en definitiva" el consentimiento fue viciado por error por la falta de conocimiento adecuado del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente que lo contrata una representación mental equivocada sobre las características esenciales del objeto del contrato, debido al incumplimiento por la empresa de inversión demandada de los deberes de información que le impone la normativa del mercado de valores cuando contrata con clientes respecto de los existe una asimetría informativa".

**TERCERO.**- El siguiente motivo de impugnación se funda en la indebida aplicación del art. 1303 C.Civil , porque, a criterio de la parte apelante, no se condena a la restitución recíproca de cantidades con sus frutos e intereses, ya que se establece el devengo de intereses de la cantidad entregada por el actor, pero no de las cantidades entregadas por la demandada como pago de cupones.

El pronunciamiento recurrido es acorde con el efecto restitutorio del art. 1303 C. Civil , pues lo que la parte actora debe devolver son los intereses cobrados, sin que deban añadirse intereses a estos intereses -no hay que devolver los frutos de los frutos-; independientemente de que sean o no intereses vencidos, ex art. 1.109 C. Civil , o no los devenguen, ex art. 317 C. Comercio, pues no se trata de un anatocismo convencional.

Sobre esta cuestión se ha pronunciado la Sección 2ª de esta Audiencia Provincial, Sentencia nº 184/2015, de 25 de junio, en el sentido expuesto, y con la argumentación siguiente:

"El artículo 1303 CC establece como efectos de la nulidad (en realidad anulabilidad del contrato en los supuestos del artículo 1301 CC ) que: "los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubieren sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con los intereses".

En el presente caso en el que la anulación se realiza respecto de las obligaciones subordinadas antes referidas, "la cosa materia del contrato" viene referida a los títulos correspondientes y "sus frutos" a los intereses percibidos por el actor con base en la titularidad de aquellos.

A lo que no obliga el precepto es a entregar también los intereses de los intereses percibidos, siendo esta una interpretación extensiva de la obligación de devolución derivada del citado precepto.

En el mismo sentido se han pronunciado entre otras la AP Valladolid Sección 3 en S. de 1-6-2015 señalando que: " El que estos rendimientos consistan en una suma de dinero, no desnaturaliza su condición de frutos (frutos civiles ex artículos 354 y 355 C Civil ) ni obliga a incrementar los mismos con el devengo de un interés legal, cual pide el Banco recurrente, pues el artículo 1303 C. Civil , en su literalidad y sentido propio no impone mas que la restitución de los frutos pero no los frutos de los frutos, que es lo que de hecho implica imponer el pago de un interés legal sobre los rendimientos. No cabe, añadíamos, una interpretación amplia y extensiva del citado precepto en perjuicio del contratante **consumidor** y máxime cuanto no fue responsable, sino víctima, del vicio de consentimiento que determinó la nulidad del contrato.

El que las consecuencias establecidas por el artículo 1303 C. Civil parezcan estar ideadas desde la perspectiva de un típico contrato de compraventa, no obsta su aplicación a un tipo contractual análogo como es el presente en el que como antes dijimos, los actores adquieren del banco demandado que les transmite, unos determinados títulos valores con precio y valor propio al margen de los rendimientos o intereses que eventualmente puedan producir".



También la AP de Madrid Secc. 18 en S. 26-5-2015 señalando: "el precepto antes citado establece que los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con sus intereses, por tanto los intereses se devengan exclusivamente respecto del precio satisfecho, pero no respecto de las cosas que hubieren sido materia de contrato, y en este caso la cosa objeto de contrato no fue sino las obligaciones subordinadas objeto del procedimiento, por tanto respecto de dichas obligaciones subordinadas la única obligación del tenedor de las mismas es la devolución con sus frutos, y sus frutos son exclusivamente los dividendos o intereses generados, pero no permite el artículo 1.303 en su literalidad el extender también la condena al pago de los intereses de los intereses, por ello y en consecuencia este Tribunal sostiene el criterio contrario al de las Audiencias antes citadas y considera que no procede en modo alguno la petición del recurso".

Por último, en cuanto a la imposición de las costas procesales de instancia, se estima pertinente, no apreciándose serias dudas del hecho o de derecho- no basta cualquier duda, sino de tal entidad -y referibles al supuesto procesal concretamente enjuiciado.

**CUARTO.-** En consecuencia, procede la desestimación del recurso de apelación y la confirmación de la sentencia recurrida, con imposición de las costas procesales, causadas en esta alzada, a la parte apelante, y no apreciarse circunstancia legal que justifique otro pronunciamiento, a tenor de lo dispuesto en el Art. 398.1 LEC.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

#### **FALLAMOS**

Desestimar el recurso de apelación y confirmar la sentencia recurrida, con imposición de las costas procesales, causadas en esta alzada, a la parte apelante.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de Sala, **no** tificándose legalmente a las partes, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.