



Roj: **SAP BU 525/2015 - ECLI:ES:APBU:2015:525**

Id Cendoj: **09059370032015100130**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Burgos**

Sección: **3**

Fecha: **15/07/2015**

Nº de Recurso: **183/2015**

Nº de Resolución: **213/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JUAN FRANCISCO SANCHO FRAILE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

BURGOS

SENTENCIA: 00213 /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 0006322

ROLLO : RECURSO DE APELACION (LECN) 0000183 /2015

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

Procedimiento de origen : PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000489 /2014

RECURRENTE : BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA SAU BANCO CEISS

Procurador/a : EUSEBIO GUTIERREZ GOMEZ

Letrado/a : FRANCISCO JAVIER QUINTANILLA FERNANDEZ

RECURRIDO/A : Ángela

Procurador/a : ALVARO BENJAMIN MOLINER GUTIERREZ

Letrado/a : OSCAR MOLINUEVO DIEZ

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 **DOÑA MARIA ESTHER VILLIMAR SAN SALVADOR**, ha dictado la siguiente,

SENTENCIA Nº 213

En Burgos a quince de Julio de dos mil quince.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 003, de la Audiencia Provincial de BURGOS, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000489 /2014, procedentes del JDO.DE 1A.INSTANCIA N.5 de BURGOS, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) **0000183 /2015**, contra sentencia de fecha 13 de febrero de 2015 , en los que aparece como parte demandada-apelante, **BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA SAU BANCO CEISS**, representado por el Procurador de los tribunales,



DON. EUSEBIO GUTIERREZ GOMEZ, asistido por el Letrado D. FRANCISCO JAVIER QUINTANILLA FERNANDEZ, y como parte demandante-apelada, DOÑA Ángela , representado por el Procurador de los tribunales, DON ALVARO BENJAMIN MOLINER GUTIERREZ, asistido por el Letrado D. OSCAR MOLINUEVO DIEZ, sobre nulidad de contrato Siendo Ponente el Ilmo Sr. Magistrado 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 GUTIERREZ, en nombre y representación de DOÑA Ángela , contra el BANCO DE CAJA ESPAÑA INVERSIONES SALAMANCA Y SORIA, S.A.U., representado por el Procurador DON EUSEBIO GUTIERREZ GOMEZ, debo:

Declarar y declaro nulo el contrato celebrado entre "Caja de Ahorros de Salamanca y Soria -Caja Duero", hoy "Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria, S.A.U. -Banco CEISS-", y de otra Doña Ángela , en virtud del cual se suscriben Participaciones Preferentes Caja Duero 2009, mediante Orden de valores 27/03/2009, por importe de 50.000 ?.

Debiendo la parte actora restituir los bienes 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 la entidad demandada 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 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, presentó escrito de oposición dentro del plazo que le fue concedido, 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 catorce 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 CEISS, se impugna la sentencia de insta pretendiendo en esta alzada su revocación y se desestime la demanda articulada de adverso, 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 estas devengadas.-De manera subsidiaria, se estime en parte la presente alzada, y en consecuencia, se revoque la misma en lo que se refiere al pronunciamiento de condena en costas a la actora que represento, 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, respecto a que esta parte ha cumplido con todos y cada uno de los requisitos inherentes, conforme a la normativa aplicable; en base a la documental siguiente:

1.1. Orden de Valores suscrita con fecha 27 de marzo de 2009. Se trata del documento nº 3 demanda, folio 48. En el mismo no se recoge la descripción de los riesgos de este producto, participaciones preferentes, ni información sobre los mismos, directamente o por remisión.

1.2. Test de Conveniencia MIFID, obrante al folio 208, se marcan las casillas de "Nada familiarizado" con las participaciones preferentes; no realizado inversiones en los últimos tres años sobre las mismas; "Estudios básicos", nunca ha trabajado en el sector financiero, sin haber realizado inversiones en cualquier producto de inversión durante los últimos 12 meses, y ningún volumen de inversión.



El resultado del test es el de "Producto No Conveniente". No obstante, la actora solicita la prestación del producto litigioso. Pero la expresión del consentimiento, como declaración de voluntad, no implica el conocimiento cabal de su contenido.

1.3. Entrega de documentación informativa consistente en Resumen de Emisión de Participaciones Preferentes Caja Duero 2009.

Debe referirse al documento unido a los folios 181 y siguientes, que resulta ilegible, y por tanto, no puede apreciarse.

Lo relevante jurídicamente es la constancia de la explicación de los riesgos del producto vendido de forma comprensible, de una manera efectiva para el cliente.

El contenido apreciable de los documentos analizados es insuficiente para inferir una comprensibilidad real de los riesgos del producto litigiosos, y más, 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 o a plazo fijo-.

SEGUNDO .- Con las pruebas señaladas por la parte apelante, no se agotan los medios de prueba practicados, ni el resultado probatorio.

La actora, en su interrogatorio, afirma que era cliente de Caja Duero. Como disponía de dinero fue a esta Caja, donde había tenido depósitos, y la ofrecieron el producto litigioso. Pidió información y la dijeron que era como un depósito a plazo fijo, de duración un poco más larga, cinco años, y si necesitaba recuperar el dinero, no había problemas. No la facilitaron información, no lo recuerda, y no la pusieron alguna pega. En los primeros recibos ponían como año de vencimiento el 2.029 (lo que concuerda con los documentos unidos a los folios 48 a 50), y luego, por carta, lo sustituyeron, el vencimiento, por perpetuo (docs. 5 a y 5 b demanda).

Este interrogatorio está sujeto a las reglas de la sana crítica -ex art. 316-2 LEC -, de acuerdo con los cuales se atribuye valor probatorio en base a los documentos mencionados y por la testifical del que fue Director de la Oficina de la entidad bancaria.

Declaró en el juicio que comercializó el producto un compañero.

Les indican como producto de poco riesgo, que se podía liquidar en una semana, diez días como mucho, en el mercado secundario diario. El Banco llegó a comunicar en convertir a todos los clientes (los productos contratados de preferentes) en plazo fijos. Reitera que se informó que era un producto de poco o bajo riesgo, al que se le podía dar liquidez. La clave fue la de no concretar la liquidez.

A la vista de lo expuesto, no consta, con la certeza legalmente exigida, ex art. 217-3 LEC , que el Banco diera al cliente, actora, la información precisa y concreta para que adquiriera el conocimiento de los riesgos reales del producto financiero complejo que contrataba, especialmente, sobre su liquidez -la dificultad importante de obtenerla; no, desde luego, en el tiempo informado- y el carácter perpetuo de las participaciones preferentes, que se comunica en junio de 2009.

La demandada apelante no ha cumplido con los requisitos de información a ofrecer al cliente 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 que 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.

La Juez de Instancia tiene en cuenta la declaración del director de la sucursal donde se comercializó el producto, en el sentido que las obligaciones litigiosas se comercializaron como productos de bajo riesgo y con liquidez: sin que conste se informara sobre los riesgos del producto.



Del resultado probatorio, y lo expuesto anteriormente, 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, y de este Tribunal, nº 207/2015, de 13 de julio, 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 más 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.