

Audiencia Provincial Civil de Madrid
Sección Undécima
C/ Ferraz, 41 , Planta 2 - 28008
Tfno.: 914933922
37007740
N.I.G.: 28.079.42.2-2014/0020730



Recurso de Apelación 213/2015

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 86 de Madrid
Autos de Procedimiento Ordinario 179/2014

APELANTE: BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES SALAMANCA Y SORIA
SA

PROCURADOR D./Dña. EVENCIO CONDE DE GREGORIO

APELADO:

PROCURADOR D./Dña. ARGIMIRO VAZQUEZ GUILLEN

SENTENCIA

TRIBUNAL QUE LO DICTA:

ILMO/A SR./SRA. PRESIDENTE:

D. CESÁREO DURO VENTURA

ILMOS/AS SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:

Dña. MARGARITA VEGA DE LA HUERGA

Dña. MARÍA JIMÉNEZ GARCÍA

En Madrid, a uno de febrero de dos mil dieciséis.

La Sección Undécima de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles Procedimiento Ordinario 179/2014 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 86 de Madrid a instancia de **BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES SALAMANCA Y SORIA SA** como parte apelante, representada por el Procurador D. EVENCIO CONDE DE GREGORIO contra _____ como partes apeladas, representados por el Procurador D. ARGIMIRO VAZQUEZ GUILLEN; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 16/12/2014.

VISTO, Siendo Magistrada Ponente **Dña. MARGARITA VEGA DE LA HUERGA**

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Juzgado de 1ª Instancia nº 86 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 16/12/2014, cuyo fallo es del tenor siguiente:

“Que estimando la pretensión principal de la demanda presentada por el Procurador de los Tribunales D. Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación de _____, debo DECLARAR y DECLARO la nulidad de las orden de suscripción de obligaciones subordinadas Caja Duero 2009, de fecha 20 de julio de 2009, a que se refieren las presentes, condenando a la demandada, Banco Caja de España de Inversiones Salamanca y Soria a la restitución a la parte demandante de la cantidad de 50.000 €, con los intereses legales que dicha cantidad devengue desde la contratación del producto, y con descuento de los rendimientos brutos que la actora ha recibido derivados de los contratos declarados nulos, con los correspondientes intereses legales de tales sumas desde el momento de su percepción.

Con condena en costas a la parte demandada.”.

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES SALAMANCA Y SORIA S.A., que fue admitido en ambos efectos, dándose traslado del mismo a la parte contraria que formuló oposición del recurso, y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

TERCERO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS JURIDICOS

Se aceptan, en lo pertinente, los fundamentos jurídicos de la resolución recurrida.

PRIMERO.- El presente recurso trae causa del Juicio ordinario nº 179/2014 tramitado en el Juzgado de 1ª Instancia nº 86 de Madrid, promovido por _____ contra Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria, S.A.U. sobre acción de nulidad contractual, subsidiariamente acción de resolución contractual y reclamación de cantidad, en relación con la orden de compra de fecha 20 de julio de 2009, de 50 títulos consistentes en obligaciones subordinadas Caja Duero 2009, por un total de 50.000 €.

Con fecha 16 de diciembre de 2014 se dicta sentencia estimatoria de la demanda

Contra dicha sentencia interpone el demandado recurso de apelación alegando, de forma resumida, lo siguiente

1.- Error en la valoración de la prueba practicada en concreto de la documental aportada (historial de cuentas de inversión de los clientes, tríptico-resumen informativo entregado, test de conveniencia cuyo resultado era que el producto concertado resultaba conveniente para los demandantes), así como valoración errónea del interrogatorio practicado a uno de los actores que reconoció no haber leído la documentación facilitada, ni tampoco acudir a la sucursal para plantear dudas sobre las características del producto.

2.- La carga de la prueba sobre el error en el consentimiento corresponde a la parte demandante, y no basta con la simple negación de los conocimientos que poseían, sin que aquí se den los requisitos para que el error en el consentimiento tenga relevancia jurídica conforme a lo dispuesto en los artículos 1265 y 1266 del Código Civil (CC), esto es que debe ser esencial y excusable. Aquí no hay ni siquiera una mínima diligencia de los actores que desde 2009 han recibido puntualmente los intereses derivados de su inversión, no desconociendo la existencia de riesgos, y habiendo esperado más de cuatro años para denunciar las supuestas irregularidades en la contratación, siendo el motivo real de la demanda el hecho de que la inversión les supuso una pérdida económica, lo que no puede admitirse.

Concluye solicitando que se revoque la sentencia para desestimar íntegramente la demanda.

A dicho recurso se oponen los demandantes que defienden la corrección de la sentencia cuya confirmación interesan. Insisten en su carácter de clientes minoristas, no profesionales, amparados por la normativa protectora de consumidores y usuarios.

SEGUNDO.- Conformado el demandado con la desestimación de la excepción de caducidad que mantuvo en la primera instancia, los motivos del recurso atacan el fondo de la cuestión debatida desde la consideración de haber valorado el juzgador con error la prueba practicada, ya al considerar la existencia de asesoramiento por parte de la entidad en la contratación del producto financiero, ya en cuanto a las circunstancias tenidas en cuenta para considerar el vicio en el consentimiento de la demandante.

En palabras de la Sentencia de la AP de León, sección 1, del 29 de julio de 2015, (Recurso: 280/2015): “Para centrar los términos del debate debe señalarse que nos encontramos ante un producto complejo 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 y se recoge igualmente en la exposición de Motivos de la Ley 9/2012 de 14 de noviembre fruto del Memorándum de Entendimiento elaborado por las autoridades europeas. Ante todo debe definirse de forma resumida la naturaleza de las obligaciones subordinadas, objeto de la demanda, señalando en primer lugar la dificultad de ofrecer un concepto claro porque se trata de un producto financiero o contable. La idea fundamental desde el punto de vista jurídico reside en que ocupan un rango inferior a los créditos de todos los demás acreedores y no se reembolsan hasta que no se hayan pagado todas las demás deudas vigentes y, como señala la doctrina, el acento debe ponerse en su inexigibilidad. El precio de la postergación lo constituye el devengo de los intereses más altos que la media del mercado de renta fija privada, de modo que a menor seguridad de tales obligaciones debido a su carácter subordinado debe incrementarse la rentabilidad de las mismas”.

Como señalamos en nuestra sentencia de fecha 10 de julio de 2014, (rollo 457-13):

“Antes de entrar a calificar –según derecho- la actuación de los contratantes es

preciso discernir y desgranar los comportamientos respectivos en el concreto ámbito social en que se desarrollan. No es difícil imaginar la situación concreta del cliente sencillo (en el presente caso ninguno de los demandantes tenía estudios superiores ni cualificación alguna en relación con los temas económicos y financieros) que acude a “su” banco, es decir, a la entidad bancaria con la que ha venido operando toda su vida, con el propósito de que le ayuden a encauzar la inversión de sus trabajados ahorros que le garanticen, al menos, un mantenimiento de su valor (garantizar el capital) y a ser posible una ligera rentabilidad. Antes se solventaba todo con el mecanismo de la libreta de ahorro a plazo fijo. Ahora los mecanismos de depósito y ahorro de los bancos se han transmutado y ofrecen perfiles menos conocidos por los clientes, sobre todo los de mayor edad. En esa situación, es lógico suponer que los clientes –al menos el sector más longevo de los mismos- queden en manos de los empleados de la Banca que son los que ofrecen (“comercializan”) lo que ahora se denomina “producto” (cuando en realidad son verdaderos contratos, que originan derechos y obligaciones para ambas partes). Pues no cabe en cabeza humana creer que con dos explicaciones de veinte minutos y con la firma de dos documentos de letra pequeña y difícil intelección pueda un ciudadano medio comprender lo que es una “participación preferente” (o un “swap”, o un “clip”, o un “derivado”, etc.). Incluso en el presente caso hasta el propio calificativo de “preferente”, aplicado a la acción o participación, puede dar a entender al cliente que está contratando algo más ventajoso de lo ordinario. Es lógica, entonces, la conclusión fáctica de la juzgadora de instancia de que aquí se estaba dando un verdadero asesoramiento (incluso una proposición) para que el cliente optara por los productos que el Banco, a través de sus empleados, estaba comercializando en ese momento. Y en esa situación, de total pasividad (cuando no perplejidad) del cliente, se desmorona cualquier tesis que sostenga que se ha cumplido con la debida información o se ha excluido un “plus” de esta porque no se estaba en presencia de un estricto asesoramiento. La realidad está reflejada en ese breve encuentro entre cliente y empleado. Y a esa realidad debe atenderse la consideración jurídica que luego ha de efectuarse para aquilatar las consecuencias que de aquella se derivan para unos y otros contratantes. La normativa recogida en la Ley del Mercado de Valores, o la normativa MIFID, no puede ser esgrimida como arma de defensa contra los clientes cuando la realidad demuestra que no se han dado ni los niveles mínimos de información a la hora de contratar un producto complejo como el que ahora estamos enjuiciando. Es moverse en un mundo irreal intentar apoyar el cumplimiento de la obligación de información en la mera circunstancia de haber entregado

al cliente (y haber firmado éste) el Folleto informativo sobre el producto, cuando en ese mismo folleto hay referencias a realidades (como las agencias de rating, las sociedades participadas, los factores de riesgo...etc) que solo los entendidos en la materia o los muy informados, pueden alcanzar a comprender en parte. Y lo que ya roza casi lo exasperante es que en el recurso se afirme que “no existe norma legal alguna que impida que se lleve a cabo la firma de toda la documentación el mismo día de la compra de las preferentes”, cuando estamos viendo las enormes dificultades de comprensión objetiva que dicha documentación incorpora, sin mencionar el suelo de arenas movedizas sobre el que se asentaba la información sobre la situación económica de Caja Madrid en aquellos momentos (y que después ha quedado al descubierto).

No ha habido, pues, error alguna en la sentencia en relación con el comportamiento de la entidad bancaria, a través de sus empleados, a la hora de dar información y aconsejar a los clientes sobre la adquisición de las acciones preferentes que son aquí objeto de enjuiciamiento.”

El Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, en sentencia del Pleno, de 20/01/2014 aborda esta cuestión del asesoramiento en los siguientes términos en un supuesto de contratación de un producto financiero:

“En lo que ahora interesa, que es determinar el alcance de los deberes de información y asesoramiento de la entidad financiera en la contratación con inversores minoristas de productos financieros complejos, como es el swap , al tiempo en que se llevó la contratación objeto de enjuiciamiento (13 de junio de 2008), "las normas de conducta para la prestación de servicios de inversión a clientes" del art. 19 Directiva 2004/39/CE ya habían sido traspuestas a nuestro ordenamiento por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que introdujo el contenido de los actuales arts. 78 y ss de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en adelante LMV). También había entrado en vigor el RD 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, que desarrolla esta regulación.

.....Información sobre los instrumentos financieros. El art. 79 bis LMV regula los deberes de información que recaen sobre las entidades financieras que presten estos servicios de inversión. Estos deberes no se reducen a que la información dirigida a sus clientes sea imparcial, clara y no engañosa (apartado 2), sino que además deben proporcionarles, "de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión", que " deberá incluir orientaciones y advertencias

sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias " (apartado 3).

El art. 64 RD 217/2008, de 15 de febrero, regula con mayor detalle este deber de información sobre los instrumentos financieros y especifica que la entidad financiera debe " proporcionar a sus clientes (...) una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional". Y aclara que esta descripción debe " incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas".

En su apartado 2, concreta que " en la explicación de los riesgos deberá incluirse, cuando sea justificado en función del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los conocimientos y perfil del cliente, la siguiente información:

a) Los riesgos conexos a ese tipo de instrumento financiero, incluida una explicación del apalancamiento y de sus efectos, y el riesgo de pérdida total de la inversión.

b) La volatilidad del precio de ese tipo de instrumento financiero y cualquier limitación del mercado, o mercados, en que pueda negociarse.

c) La posibilidad de que el inversor, asuma, además del coste de adquisición del instrumento financiero en cuestión, compromisos financieros y otras obligaciones adicionales, incluidas posibles responsabilidades legales, como consecuencia de la realización de transacciones sobre ese instrumento financiero.

d) Cualquier margen obligatorio que se hubiera establecido u otra obligación similar aplicable a ese tipo de instrumento".

.....Evaluación de la conveniencia y de la idoneidad. Además, las entidades financieras deben valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad.

La entidad financiera debe realizar al cliente un test de conveniencia, conforme a lo previsto en el art. 79bis. 7 LMV (arts. 19.5 Directiva 2004/39/CE), cuando se prestan servicios que no conllevan asesoramiento. Se entiende por tales, los casos en que el prestatario del servicio opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada. Este test valora los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente, con la finalidad de que la entidad pueda

hacerse una idea de sus competencias en materia financiera. Esta evaluación debe determinar si el cliente es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión ofertado o demandado, para ser capaz de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa. Como aclara el art. 73 RD 217/2008, de 15 de febrero, se trata de cerciorarse de que el cliente " tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado".

Esta "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 previsto, incluyendo la complejidad y los riesgos inherentes:

a) Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que está familiarizado el cliente.

b) La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el periodo 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 " (art. 74 RD 217/2008, de 15 de febrero).

Contrariamente a lo que entiende el recurrente, estas exigencias propias del test de conveniencia son menores que cuando debe valorarse la idoneidad del producto conforme al art. 79bis. 6 LMV (art. 19.4 Directiva 2004/39/CE). El test de idoneidad opera en caso de que se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras mediante la realización de una recomendación personalizada. La entidad financiera que preste estos servicios debe realizar un examen completo del cliente, mediante el denominado 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.

Para ello, especifica el art. 72 RD 217/2008, de 15 de febrero, las entidades financieras " deberán obtener de sus clientes (...) la información necesaria para que puedan comprender los datos esenciales de sus clientes y para que puedan disponer de una base razonable para pensar, teniendo en cuenta debidamente la naturaleza y el alcance del servicio prestado, que la transacción específica que debe recomendarse (...) cumple las siguientes condiciones:

a) Responde a los objetivos de inversión del cliente. En este sentido, se incluirá, cuando proceda, información sobre el horizonte temporal deseado para la inversión, sus preferencias en relación a la asunción de riesgos, su perfil de riesgos, y las finalidades de la inversión.

b) Es de tal naturaleza que el cliente puede, desde el punto de vista financiero, asumir cualquier riesgo de inversión que sea coherente con sus objetivos de inversión (...).

c) Es de tal naturaleza que el cliente cuenta con la experiencia y los conocimientos necesarios para comprender los riesgos que implica la transacción (...).

.....Como afirma la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), "(l)a cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente" (apartado 53). Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el art. 52 Directiva 2006/73, que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.4 Directiva 2004/39/CE.

El art. 4.4 Directiva 2004/39/CE define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como "la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros". Y el art. 52 Directiva 2006/73/CE aclara que "se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...)", que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales. Carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público.

De este modo, 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" (apartado 55).

.....Incumplimiento de los test adecuación e idoneidad. Sobre la base de la apreciación legal de la necesidad que el cliente minorista tiene de conocer el producto financiero que contrata y los concretos riesgos que lleva asociados, y del deber legal que se impone a la entidad financiera de suministrar a dicho cliente una información comprensible

y adecuada sobre tales extremos, para salvar la asimetría informativa que podía viciar el consentimiento por error, la normativa MiFID impone a la entidad financiera otros deberes que guardan relación con el conflicto de intereses en que incurre en la comercialización de un producto financiero complejo y, en su caso, la prestación de asesoramiento financiero para su contratación.

En el primer caso, en que la entidad financiera opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada, la entidad debe valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, y evaluar si es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión que va a contratar, mediante el denominado test de conveniencia. En el segundo, si el servicio prestado es de asesoramiento financiero, además de la anterior evaluación, la entidad debería hacer un informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente, para poder recomendarle ese producto, por medio del llamado test de idoneidad.”

La reseña de la anterior sentencia del Pleno del Tribunal Supremo, Sala 1ª, justifica la consideración que incluye este tipo de contratación dentro del asesoramiento, siendo así en todo caso que no se discute que fue la entidad bancaria la que ofreció a los demandantes la posibilidad de invertir en un producto nuevo, las obligaciones subordinadas, que solo se ofrecía a los clientes importantes, no constando indicación alguna de otra posibilidad, ni de otro producto, lo que sitúa la exigencia de sus obligaciones por la entidad bancaria en el ámbito del asesoramiento. Sobre los test de conveniencia (obrantes en autos) firmados por los demandantes el 20-7-2009, en todos se indica que los actores están “algo familiarizados” con la obligaciones subordinadas, que no han realizado inversiones durante los tres últimos años en este tipo de productos y que nunca han trabajado en el sector financiero, dando como resultado que el producto es conveniente. Revelan, pues, datos insuficientes para valorar los conocimientos de los clientes. Tampoco el tríptico firmado por don _____ (doc. nº 5 de la contestación) implica, sin más, que este tuviera la suficiente información para poder formar su voluntad, apreciar las consecuencias y decidir con fundamento la inversión en este producto complejo y de riesgo cierto.

No ha existido por lo demás error alguno en la juzgadora de instancia al valorar la prueba en relación con el vicio del consentimiento de los contratantes demandantes cuyo

perfil de clientes minoristas no se pone en duda, con inversiones conservadoras por más que intentaran obtener la máxima rentabilidad posible de sus inversiones asesoradas por la entidad con la que trabajaban.

El Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, en la reciente sentencia de 13/11/2015 señala, y es aplicable a nuestro caso que: *“Como ya declaramos en las sentencias núm. 244/2013, de 18 de abril, y 769/2014, de 12 de enero de 2015, la obligación de información que establece la normativa legal del mercado de valores es una obligación activa, no de mera disponibilidad. Es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes no profesionales del mercado financiero y de inversión quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional. El cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. La parte obligada a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir la información correcta debió haberse asesorado por un tercero y que al no hacerlo, no observó la necesaria diligencia.”*

En el presente caso estamos conformes con el examen que hace la juez de instancia de la prueba practicada y asumimos como acertada su valoración; nos encontramos de manera indiscutida ante clientes minoristas y de perfil conservador, donde el padre sobre todo () tiene una larga relación con la entidad bancaria que es quien le proporciona la información adecuada a formar su voluntad y a decidir la inversión que realiza en productos complejos y de riesgo cierto, actuando por tanto la parte demandada dentro de un real asesoramiento que no obstante no va precedido ni de la realización de test de idoneidad alguno ni de las mínimas indagaciones del interés de los clientes a la hora de invertir sus ahorros. No es suficiente con que tenga estudios superiores, pero en la rama de telecomunicaciones, y sus hijos, los otros dos demandantes, hayan recibido formación sobre comunicación audiovisual uno y sistemas electrónicos otro. No se trata de expertos financieros, ni los productos contratados por ellos (a la vista de los historiales que aporta el Banco) son de las mismas o parecidas características a los que son objeto de este pleito. Se trata fundamentalmente de cuentas corrientes, depósitos, valores o

deuda pública.

La doctrina ha venido sosteniendo que el error consiste en una representación equivocada de la realidad que produce la realización de un acto jurídico que de otra forma no se hubiese llevado a cabo o se hubiese realizado en otras condiciones. En muchas sentencias, que pueden resumirse en la de 11 diciembre 2006, se ha exigido que para que el error pueda invalidar el consentimiento, con el efecto de que produzca la anulación del contrato en el que concurre, "[...]es preciso, además, que el error no sea imputable al interesado, en el sentido de causado por él -o personas de su círculo jurídico-, [...], y que sea excusable, entendiéndose que no lo es cuando pudo ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular, requisito éste que no consta expresamente en el Código civil, pero lo viene exigiendo la jurisprudencia como un elemental postulado de buena fe[...]".

Habla el Tribunal Supremo de “representación equivocada de la realidad”, de que “el error no sea imputable al interesado”, o que “sea excusable” en el sentido de no haber sido evitado a pesar de emplear una diligencia media o regular.

En el presente caso, la representación equivocada es evidente, porque mientras los clientes pretenden contratar un producto de inversión con garantía de conservación del capital invertido, lo que al final les hace firmar el Banco es un producto complejo de alto riesgo con posibilidad de pérdida de lo invertido. Por otro lado, esa visión distorsionada no es imputable a los clientes, que no tienen ante sí otra cosa que al Banco que le lleva sus negocios (créditos, cuentas, valores...) ni más información cualificada que las conversaciones (presenciales, informáticas o telefónicas) con los empleados de la entidad.

Como antes se ha dejado ya apuntado, el contrato tiene como uno de sus pilares fundamentales la autonomía de la voluntad de las partes, autonomía que se puede ver amenazada cuando esa voluntad queda minada por agentes externos que la alteran o la hacen prácticamente inexistente. El ser humano se mueve por la voluntad guiada por el intelecto. El consentimiento es la expresión de la concurrencia de ese doble factor. Si el conocimiento es imperfecto o erróneo, la voluntad se desvía de su objeto y puede acoger, externamente, lo que realmente no deseaba. En una contratación en que la información que se ofrece a la otra parte es incompleta o confusa, se puede producir en el otro una representación de la realidad que no coincide con lo que realmente es objeto de contratación.

Y entra aquí en juego la responsabilidad precontractual de diligencia, lealtad e información que el Banco demandado tenía que ejercitar con sus clientes a la hora de inducirles a suscribir la adquisición de estas obligaciones. Responsabilidad de actuación que ya estaba prevista, antes de la normativa MIFID, en la Ley del Mercado de Valores (art. 78 y 79), en el Reglamento de Normas de Actuación en los Mercados de Valores y Registros obligatorios, aprobado por Real Decreto 629/ 1993 de 3 de mayo (derogado por el actualmente en vigor RD 217/ 2008), y en la Orden Ministerial de 3 de mayo de 1993 sobre Normas de Actuación en Mercados de Valores y Registros Obligatorios.

Como ya se ha destacado en otros pronunciamientos judiciales: “La Ley de Mercado de Valores, en su redacción originaria, establecía en su art. 79 las normas de conducta: diligencia y transparencia; deber de evitar los conflictos de interés y, en caso de conflicto de interés, posponer el propio; gestión ordenada y prudente, cuidando los intereses del cliente como propios; asegurarse de que dispone de toda la información sobre sus clientes y procurar que éstos estén siempre adecuadamente informados; garantizar la igualdad de trato entre clientes, entre otros deberes. El Reglamento desarrollaba estas normas de conducta: En primer lugar, las sociedades o agencias de valores estaban obligadas a desarrollar un Reglamento interno de conducta cuya finalidad principal era garantizar la transparencia y estabilidad de los mercados financieros, regulando las operaciones que realizan los administradores o empleados de dichas sociedades.

En segundo lugar, se señalaba que las órdenes de compra de valores debían ser claras y precisas de forma que pudieran ser conocidas y asumidas por ordenante y receptor (art. 4). Se establecía además un Registro Obligatorio de Órdenes. Luego, se regulaba la posibilidad de que fuera obligatorio expedir y entregar un documento de contrato- tipo y que sería el Ministerio de Economía el que señalase cuándo sería obligatorio, contratos cuyo contenido estaba sometido al control de la CNMV o del Banco de España, en su caso. La entrega del contrato tipo, sería obligatoria en los casos señalados en el art. 15 del Reglamento.

Finalmente, el art. 4 del Código de conducta regulado en su anexo establecía claramente la obligación de la entidad financiera de obtener toda la información sobre su cliente: su identidad, su solvencia, su experiencia inversora y sus objetivos de inversión; a su vez, en una forma de intercambio o reflejo de información, la entidad o agencia debía ofrecer

a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos y, además, "ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos" (art. 5). En el art. 6 se regulaba claramente la existencia de conflictos de interés". Que la información ofrecida a los clientes en estos casos no ha sido siempre la necesaria, adecuada o suficiente, lo ha constatado incluso la Comisión de Seguimiento de Instrumentos Híbridos de Capital y Deuda Subordinada (Real Decreto Ley 6/2013, de 22 de marzo) que en el informe enviado al Congreso de los Diputados, en fecha 21 de mayo de 2013, afirmaba:

“La eventual discrepancia entre la información contractual y la verbal debe analizarse en el contexto en que se produce la comercialización de estos activos, a través de la red de sucursales de crédito, con presencia física y transmisión verbal de información por parte de los empleados del comercializador (que en la mayoría de los casos es también el emisor), quienes, además, suelen tener incentivos económicos ligados a la venta de los activos”.

En definitiva la entidad demandada *ofreció las obligaciones subordinadas a los demandantes, clientes minoristas, no realizó el test de idoneidad -que era obligado pues la comercialización se hace como recomendación personalizada por lo que el servicio prestado fue de asesoramiento financiero- y no hubo información sobre el riesgo de forma adicional al contenido de las cláusulas del contrato.*

En consecuencia, no habiendo acreditado la entidad demandada que cumpliese adecuadamente sus deberes de información idónea y apta al perfil de los demandantes conforme a lo dispuesto en la normativa de referencia, y por tanto habiendo incumplido la entidad demandada sus deberes legales para con los clientes, y considerando que el consentimiento prestado estuvo viciado de error, esencial al recaer sobre la esencia de los productos financieros, procede confirmar la sentencia de instancia con desestimación del recurso interpuesto.

TERCERO.- La desestimación del recurso lleva consigo la imposición de las costas procesales de la segunda instancia a la parte apelante, según establece el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos, además de los citados, los artículos de general y pertinente aplicación.

III.- F A L L A M O S

Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria, S.A.U., contra la sentencia dictada por la Ilma. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 86 de Madrid, con fecha 16 de diciembre de 2014, **DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS** la referida resolución, con imposición de las costas procesales de la segunda instancia a la parte apelante.

La desestimación del recurso determina la pérdida del depósito constituido, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

MODO DE IMPUGNACION: Contra esta Sentencia no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en Banco de Santander Oficina Nº 6114 sita en la calle Ferraz nº 43, 28008 Madrid, con el número de cuenta 2578-0000-00-0213-15, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

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

PUBLICACION.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe