

ANTECEDENTES DE HECHO

Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la Sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma

PRIMERO.- Por Juzgado de 1ª Instancia nº 81 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 03/06/2015, cuyo fallo es el tenor siguiente: “**ACUERDO: ESTIMAR parcialmente** la demanda formulada por Dª [REDACTED], contra BANCO DE SABADELL, S.A., y, en consecuencia, **DECLARO la nulidad** de la orden de valores (doc. nº 15), con membrete y anagrama de LLOYDS TSB, denominada “INVERSIÓN ESPAÑOLA EN EL EXTERIOR”, firmada por Dª [REDACTED] el 21/01/2008 y **CONDENO** a BANCO DE SABADELL, S.A., a que abone a la actora la suma de **42.415,29 Euros**, más los intereses legales del capital y comisiones que recibió Lloyds TSB (45.098,43 €), desde la fecha de cargo en cuenta, hasta la fecha de efectiva devolución de la cantidad objeto de condena por principal (42.415,29 Euros), menos los intereses legales de las cantidades que la actora recibió en concepto de abono de cupones desde las respectivas fechas de abono que constan en el documento 37 de la demanda, hasta la fecha de presentación de la demanda (26/06/2014), todo ello a calcular en ejecución de sentencia. Además, declaro la obligación de la parte demandante, Dª [REDACTED] de devolver a la entidad demandada BANCO DE SABADELL, S.A., las participaciones preferentes recibidas en virtud del contrato cuya nulidad se declara, transmitiendo a la demandada la propiedad de dichas participaciones una vez que le hayan sido abonadas el principal e intereses objeto de condena. Todo ello, con expresa imposición a la demandada de las costas causadas en esta primera instancia. “

Notificada dicha resolución a las partes, por la demandada se interpuso recurso de apelación, alegando cuanto estimó pertinente, que fue admitido, dándose traslado del mismo a la parte contraria que se opuso a dicho recurso.

SEGUNDO.- Remitidos los autos originales del juicio a este Tribunal, se formó el correspondiente rollo de Sala, numeró, registró y turnó la ponencia, quedando pendiente de deliberación y votación cuando por su orden y clase correspondiera, señalándose después para ello el pasado día 25 de mayo de 2016 del actual.

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

Visto, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. [REDACTED] de [REDACTED]

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO: La demanda que da origen al proceso indica, en esencia y entre otras cuestiones, que la demandante se dedica al cuidado de personas mayores. El 21 de enero de 2008, la señora Perea, empleada de Lloyds, le informó de distintos productos, recomendándole invertir en el producto denominado Renta Fija Extranjera, Kaupthing Bank, 6,75%, indicándole que se trataba de un producto muy seguro, sin ningún riesgo, por lo cual adquirió 53.000 euros del referido producto.

En ningún momento se le facilitó documentación relativa al producto, continua indicando la demanda, no se le explicaron las características del mismo ni se le entregó documentación, ni siquiera la circular de la oferta. No le consta que se realizase test para evaluar el perfil de la inversora.

Solicitaba que se declarase la nulidad de la orden de compra.

La demandada se opuso a la demanda alegando, en esencia y entre otras cuestiones, que la actora realizó la contratación sin padecer error alguno, habiendo actuado como mera ejecutora de la orden de compra emitida por la demandante. Señala que se realizó el correspondiente test, si bien no podía aportarlo dado que se estaba tratando de localizar en los archivos procedentes de Lloyds Bank. Señala que se entregó a la actora, entre otros documentos, la información previa que se acompaña a la demanda como documento 5, habiéndosele informando de la naturaleza del producto que adquiriría.

La sentencia que se recurre estimó la demanda.

SEGUNDO: Se aceptan y se dan por reproducidos los fundamentos de la

resolución recurrida, salvo en aquello en que queden contradichos por los fundamentos de la presente resolución.

Cabe indicar que si en esta resolución se hace referencia a lo manifestado por intervinientes en el proceso, se indicará, de forma aproximada, el momento en que tales manifestaciones aparecen en la grabación del acto de juicio.

TERCERO: La parte demandada alega error en la valoración de la prueba, ya que la inversión previa de la actora en participaciones preferentes internacionales acredita su perfil de inversor y descarta toda suerte de error.

Entiende que el contrato suscrito por la demandante no es un contrato de gestión de activos ni de asesoramiento, teniendo por objeto únicamente el depósito y administración de los valores en los que la actora decidiese invertir. Por ello la función de Lloyds Bank fue únicamente la tramitación de la correspondiente orden de compra, no existiendo recomendación o asesoramiento sobre la inversión, habiéndosele ofertado otros productos diferentes.

Señala que se realizó el test, ya que de lo contrario el sistema informático no hubiera permitido avanzar en el proceso de contratación, si bien no ha podido localizar el mismo en los archivos como consecuencia del proceso de absorción de la entidad Lloyds Bank por parte de la demandada.

Indica que existió información, tal y como resulta de la testifical de la Señora Perea, la cual facilitó información advirtiendo de los riesgos, indicando que el folleto de emisión, las condiciones particulares sobre transacción y custodia de valores y fichas descriptivas de productos financieros, se acompañaron con la demanda, señal inequívoca de que toda la información se había puesto a disposición de la actora. Entiende que existe error en la valoración de la testifical de la hija de la demandante, dado que a preguntas de la recurrente manifestó no conocer el nombre comercial de la inversión.

Alega que la demandante exoneró al banco de responsabilidad para el caso de caso de que no existiera la culpa o negligencia por parte del Banco.

El recurso debe ser desestimado.

CUARTO: Las participaciones preferentes, como son las que constituyen el objeto de este proceso, tienen como caracteres más significativos, tal y como indica la Sentencia de 3 de febrero de 2015 de la Sección 13ª de esta Audiencia (Ponente, Ilmo. Sr. De Bustos Gómez-Rico), las siguientes:

*“Las participaciones preferentes, según las define el Banco de España, son un instrumento de deuda emitido por una sociedad **que no otorga derechos políticos al inversor, ofrece una retribución fija (condicionada a la obtención de beneficios) y su plazo es ilimitado** , aunque el emisor se reserva el derecho a amortizarlas a partir de los cinco años previa autorización del supervisor (en el caso de las entidades financieras, el Banco de España).*

“Su regulación legal está contenida en la Disposición Adicional Segunda de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión , Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros. Ley 19/2003, de 4 de julio, modificada por el artículo 1.10 de la Ley 6/2011, de 11 de abril , por la que se traspone a nuestro derecho la Directiva 2009/111/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009. Y Decreto-Ley 24/2012, de 31 de agosto, de Reestructuración y Resolución de Entidades de Crédito.

“b) Son emitidas por una entidad de crédito española o por una sociedad anónima residente en España o en un territorio de la Unión Europea, que no tenga la condición de paraíso fiscal.

“c) Las condiciones de emisión fijarán la remuneración que tendrán derecho a percibir los tenedores de las participaciones , la cual no es acumulativa y está condicionada a la obtención de beneficios suficientes o reservas distribuibles por parte de una entidad, distinta de la emisora, que actúa como garante. Su rentabilidad no es automática ni está garantizada .

“El Consejo de administración de la entidad emisora o matriz podrá cancelar

discrecionalmente, cuando lo considere necesario, el pago de la remuneración durante un período ilimitado.

“El pago de la remuneración podrá ser sustituido , si así lo establecen las condiciones de emisión, por la entrega de acciones ordinarias, cuotas participativas o aportaciones al capital de las cooperativas de crédito , de la entidad de crédito emisora o matriz.

“La participación preferente tampoco confiere derecho de participación en las ganancias repartibles del emisor ni participa de la revalorización del patrimonio de éste.

“d) No otorga a sus titulares derechos políticos respecto de la entidad emisora por lo que no pueden influir en su gestión, salvo en los casos excepcionales en que se establezcan en las condiciones de emisión.

“e) No confiere derecho de suscripción preferente respecto de futuras nuevas emisiones.

“f) Tiene carácter perpetuo . Característica imprescindible para que contablemente puedan computar las participaciones como recurso propio, aunque la entidad emisora se reserve la posibilidad de amortizar la emisión transcurridos al menos cinco años desde su desembolso, a su conveniencia. No atribuye por tanto derecho a la restitución de su valor nominal, ni derecho de crédito contra la entidad emisora por el que su titular pueda exigir a ésta la restitución del valor invertido en ella.

“g) Es de liquidez limitada, pues solo puede obtenerse mediante su venta en el mercado secundario de valores en el que cotice , que constituye el único medio de recuperación del nominal de la participación o de una parte de él. Por lo que ésta, lejos de ser un valor, pasa a convertirse en un instrumento de inversión de máximo riesgo carente de rentabilidad, liquidez y seguridad, induciendo a engaño su incorrecta denominación, que no otorga preferencia alguna a la inversión sino todo lo contrario.

“h) No disfruta de la garantía de los depósitos , pues en los supuestos de

liquidación o disolución u otros análogos, de la entidad de crédito emisora o de la dominante, dentro del orden de prelación de créditos se sitúan por detrás de todos los acreedores comunes y subordinados y solo están por delante de las acciones ordinarias.

“i) Es un producto complejo con un alto nivel de riesgo. Viene a ser un valor de capital cautivo al estar desprovisto de cualquier derecho de participación en los órganos sociales de la entidad emisora, que permitiera a su titular participar en el control del riesgo asumido, puesto que carece de voz y de voto en el seno de la sociedad, del derecho de información y de suscripción preferente.”

QUINTO: La Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2.014, referida también a un producto complejo y de riesgo como es el swap, establece que las entidades que comercializan productos financieros de tal índole deben prestar una información clara, objetiva y que además permita al cliente comprender los riesgos asociados a la contratación.

Indica a este respecto:

“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 ".

SEXTO: Posteriormente, indica que además de esta labor de asesoramiento, la entidad financiera deberá realizar el test de conveniencia o idoneidad, analizando las diferencias entre uno y otro, señalando que el de conveniencia, que tiene por objeto básicamente de determinar si el cliente es apto para contratar el producto de que se trate, debe realizarse cuando la entidad financiera no presta servicios de asesoramiento, limitándose a ejecutar la voluntad del cliente. El test de idoneidad, que se superpone al de conveniencia, debe realizarse cuando la entidad financiera realiza labores de asesoramiento, y tiene por objeto, básicamente, analizar la situación financiera y objetivos perseguidos por el inversor al objeto de aconsejarle el producto más conveniente.

Señala a este respecto la citada sentencia (el subrayado es propio):

"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).

.....//.....

“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.”

SÉPTIMO: En cuanto a lo que debe entenderse por labor de asesoramiento, indica la referida Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014, que existe tal labor de asesoramiento cuando se recomienda al cliente la adquisición de un producto como conveniente para el cliente:

“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).

“A la vista de esta interpretación y de lo acreditado en la instancia, no cabe duda de que en nuestro caso Caixa del Penedés llevó a cabo un servicio de asesoramiento financiero, pues el contrato de swap fue ofrecido por la entidad financiera, por medio del subdirector de la oficina de Palamós, aprovechando la relación de confianza que tenía con el administrador del cliente inversor, como un producto financiero que podía paliar el riesgo de inflación en la adquisición de las materias primas.”

OCTAVO: La reseñada Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014, señala que el incumplimiento de la obligación de realizar el test de idoneidad, si bien no supone la existencia del error en el consentimiento, permite presumirlo, salvo que el cliente tenga conocimientos financieros o económicos o por cualquier otra circunstancia haya llegado a conocer el contenido y riesgos del producto que adquiriría.

Indica la referida sentencia (el subrayado es propio):

“En un caso como el presente, en que el servicio prestado fue de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad financiera no se limitaba a cerciorarse de que el cliente minorista conocía bien en qué consistía el swap que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía.

“En caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación, en atención a los intereses del cliente minorista que contrata el swap , como si al hacerlo tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo. La omisión del test que debía recoger esta valoración, si bien no impide que en

algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo.”

NOVENO: La referida normativa es de aplicación a la entidad Lloyds Bank, ya que, cómo se indicaba anteriormente, las obligaciones de información recaen sobre las empresas de servicios de inversión, las cuales están definidas en el artículo 62 de la Ley de Mercado de Valores como aquellas que se dedican principalmente a la realización, con carácter profesional, de prestación de servicios de inversión definidos en el artículo 63 de dicha Ley.

Si bien, tratándose de entidades de crédito no es preciso que se dediquen de forma principal a la prestación de servicios de inversión. indica el artículo 65.1 de la Ley de Mercado de Valores:

“Las entidades de crédito, aunque no sean empresas de servicios de inversión según esta Ley, podrán realizar habitualmente todos los servicios previstos en su artículo 63, siempre que su régimen jurídico, sus estatutos y su autorización específica les habiliten para ello.

“En el procedimiento por el que se autorice a las entidades de crédito para la prestación de servicios de inversión o servicios auxiliares será preceptivo el informe de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

“Asimismo, a las entidades de crédito les serán de aplicación las disposiciones de esta Ley y sus normas de desarrollo en cuanto a la realización y disciplina de los servicios y actividades previstos en su artículo 63 y a su posible participación en los mercados secundarios oficiales”.

Por tanto, de dicho precepto se desprende que las entidades crediticias que realizan servicios de inversión, para ser consideradas y actuar como tales no precisarán dedicarse

principalmente a ello, si bien deberán estar autorizadas en debida forma, quedando sujetas al régimen establecido en dicha normativa que realizan servicios de inversión.

Por su parte, los servicios de inversión están definidos en el artículo 63 de la Ley de Mercado de Valores, el cual, en la fecha en que se produjo la contratación objeto de autos, enumeraba como servicios de inversión:

“a) La recepción y transmisión de órdenes de clientes en relación con uno o más instrumentos financieros.

“Se entenderá comprendida en este servicio la puesta en contacto de dos o más inversores para que ejecuten operaciones entre sí sobre uno o más instrumentos financieros.

“b) La ejecución de dichas órdenes por cuenta de clientes.

“c) La negociación por cuenta propia.

“d) La gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión con arreglo a los mandatos conferidos por los clientes.

“e) La colocación de instrumentos financieros, se base o no en un compromiso firme.

“f) El aseguramiento de una emisión o de una colocación de instrumentos financieros.

“g) El asesoramiento en materia de inversión, entendiéndose por tal la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de servicios de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros. No se considerará que constituya asesoramiento, a los efectos de lo previsto en este apartado, las recomendaciones de carácter genérico y no personalizadas que se puedan realizar en el ámbito de la comercialización de valores e instrumentos financieros. Dichas recomendaciones tendrán el valor de comunicaciones de carácter comercial.”

DÉCIMO: Aparte de que queda probado que la entidad absorbida por la hoy demandada actuó en labores de asesoramiento, puesto que de lo actuado se desprende que se le indicó a la demandante que se trataba de un producto conveniente y seguro, ya que manifestaron, tanto la demandante en su interrogatorio (5:50) como su hija en su testimonio (31:30), que la Señora Perea les había indicado que se trataba de un producto tan fiable y seguro que lo había comercializado sus propios padres, y la Señora Perea, efectivamente, manifestó, como prueba de lo segura y conveniente que entendía era la inversión, que había hecho que sus padres también invirtiesen en ese producto (17:10), manifestación esta última que hace perfectamente verosímil y creíble el que en la comercialización del producto existiese tal indicación para afianzar la conveniencia del mismo, ya que de otro modo no se entiende cómo la actora y su hija conocían tal circunstancia.

En todo caso, y aun partiendo de la tesis de la demandante, en el sentido de que se limitó a gestionar la orden de compra, nos encontraríamos ante una actividad comprendida en el apartado d) del artículo 63 anteriormente transcrito, al gestionar de forma personalizada la compra del producto siguiendo la voluntad de la actora.

Por lo indicado, a juicio esta Sala resulta claro que la entidad absorbida por la hoy demandada debió prestar información a la demandante en los términos establecidos en el artículo 78 bis de la Ley de Mercado de Valores, y realizar cuando menos el test de conveniencia.

UNDÉCIMO: Debe tenerse en cuenta que, a quien realiza labores, incluso de mera comercialización, de un producto financiero complejo y de riesgo, le corresponde probar que suministró información en los términos referidos, ya que de lo contrario se impondría al demandante la carga de una prueba de un hecho negativo (Ver Sentencias de esta Sala de 27 de Noviembre y 11 de septiembre de 2013, y Baleares, sección 3ª, de 17 de octubre de 2012, Valencia, 26 de abril de 2006, León, Sección 1ª, de 5 de marzo de 2013 y Orense, sección 1ª, de 28 de febrero de 2012).

DUODÉCIMO: Dado que existió labor de asesoramiento, la demandada debido de realizar test de idoneidad, el cual, como queda indicado, se superpone al de conveniencia, añadiendo a este un análisis del patrimonio y situación financiera del inversor, así como el

objetivo previsto con la misma, para determinar la idoneidad de la inversión propuesta.

En el presente supuesto, sin embargo, ni tan siquiera el test de conveniencia consta que se haya realizado.

Por más que así lo afirme la Señora Perea, lo cierto es que no se ha aportado constancia escrita de su realización, y frente a la manifestación de quien fue empleada de la entidad prestadora del servicio de inversión, actualmente prejubilada (9:00), consta la manifestación de la hija que afirmó que no se había realizado test alguno (32:50).

Por lo demás con respecto a la alegación de que no aparece constancia escrita del test dada la fusión de la entidad prestadora de los servicios por parte de la demandada, el hecho de que se produzca una fusión bancaria no justifica ni prueba que aquello que normalmente obra por escrito, o al menos en sistema informático, no pueda ser debidamente aportado al proceso si efectivamente se ha realizado.

La inexistencia de todo tipo de test, como indica la sentencia del Tribunal Supremo anteriormente reseñada, lleva a presumir que la actora no recibió información suficiente sobre el contenido y riesgos del producto.

DECIMOTERCERO: Además de lo indicado, que ya llevaría a desestimar el recurso, en el presente supuesto no es preciso acudir a la presunción referida ni a la inversión de la carga de la prueba en lo que se refiere a la información del producto, ya que de lo actuado se desprende que no existió información adecuada para transmitir la naturaleza, contenido riesgos del producto.

No consta que se entregase ninguna documentación a la demandante, aparte de la orden de compra y el contrato de administración de valores. El hecho de que la demandante aporte con la demanda el folleto de la inversión y otros documentos, no significa que los tuviese a su disposición en el momento en que suscribió el contrato objeto de autos, correspondiendo a quien comercializa el producto financiero dar cumplida información, lo cual ante todo requiere suministrar la documentación esencial que determine la naturaleza, contenido y riesgos del producto, aparte de las explicaciones que puedan resultar precisas

para que lo indicado en dichos productos resulte comprensible para el inversor.

Por lo demás, la Señora Perea manifestó haber indicado que se trataba de un producto que el emisor podía amortizar en un plazo determinado o en caso de no amortizarlo en dicho periodo se convertía en un producto perpetuo (15:40), si bien en este último caso podía venderlo en un mercado secundario, con las consiguientes oscilaciones del precio que pudieran existir (24:30), indicando que el único riesgo era el de quiebra, si bien lo consideraba como un riesgo remoto (16:30). Reconoció que no había leído el folleto de la emisión (15:20 y 17:00).

Por tanto, de tal testifical se desprende que se transmitió a la demandante una información esquemática e insuficiente para que ésta pudiera tener conocimiento del contenido y riesgos del producto, ya que se le manifestó que el único riesgo era el de quiebra, si bien se calificó como remoto, y por lo demás las condiciones concretas de la emisión difícilmente le pudieron ser transmitidas, ya que reconoció la referida testigo que no había leído el folleto de la emisión, que es el que contiene los aspectos concretos de la misma.

El hecho de que la demandante hubiese adquirido anteriormente otro producto financiero similar, no lleva a otra conclusión, ya que el conocimiento del contenido de dicho producto dependerá en gran medida de la información que efectivamente se le haya suministrado a la hoy demandante en el momento de su adquisición, cuestión que no consta, máxime cuando, como con acierto indica la sentencia recurrida, de lo actuado se desprende que dicho producto previo no produjo ningún tipo de problema o perjuicio a la demandante, por lo que no existe motivo para considerar que la actora conociese el contenido concreto y riesgos de dicho producto, más allá de lo que en su contratación se le hubiese hecho saber, y por otro lado, la pacífica y rentable titularidad del mismo obviamente, y si acaso, hubo de crear la confianza en que se trataba de un producto seguro y carente de riesgos. Por ello, la titularidad previa de otro producto similar no exonera a la entidad prestadora de servicios financieros de explicar el contenido y riesgos del producto, ni permite presuponer o inferir que su contenido y riesgos sean conocidos de antemano por el adquirente.

DECIMOCUARTO: Con respecto a la exoneración de responsabilidad a la que

alude el recurrente, aparte de que la normativa anteriormente reseñada es de carácter imperativo, y el cumplimiento de las obligaciones por parte de la sociedad prestadora de servicios de inversión debe entenderse que no admite pacto en contrario, en todo caso, tal exoneración de responsabilidad se circunscribe a aquellos supuestos en los que no exista culpa o negligencia por parte de la demandada, si bien el hecho de no haber transmitido debidamente la información sobre el contenido y riesgos del producto supone la transgresión de la normativa legal referida, y el incumplimiento de la obligación que impone el legislador, y por ello constituye una conducta culposa por parte de la entidad prestadora de los servicios.

DECIMOQUINTO: Por tanto, a la hora de contratar la demandante incurrió en error excusable y por ello invalidante del contrato. La ya reseñada sentencia del pleno del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014, tras reseñar que el error ha de ser sustancial y excusable, indica (el subrayado es propio):

“Por sí mismo, el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error.

“El error que, conforme a lo expuesto, debe recaer sobre el objeto del contrato, en este caso afecta a los concretos riesgos asociados con la contratación del swap . El hecho de que el apartado 3 del art. 79 bis LMV imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como el swap contratado por las partes, el deber de suministrar al cliente minorista una información comprensible y adecuada de tales instrumentos (o productos) financieros, que necesariamente ha de incluir "orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos", muestra que esta información es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento. Dicho de otro modo, el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero.”

...//...

“Al mismo tiempo, la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente.”

Aplicando la referida doctrina al presente supuesto, y dado que no consta que la actora recibiese información clara y comprensible sobre los riesgos del producto, el hecho de que suscribiese la orden de compra sin tener cabal conocimiento de su contenido, supone un error excusable por su parte, y que al recaer sobre elementos esenciales del contrato supone un error que cumple los requisitos jurisprudencialmente exigidos para invalidar el consentimiento y provocar la nulidad.

DECIMOSEXTO: Siendo la presente resolución desestimatoria del recurso interpuesto, con arreglo al artículo 394, relación con el artículo 398.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede imponer al recurrente el pago de las costas causadas en este recurso.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por BANCO DE SABADELL, S.A. contra la sentencia de fecha 3 de junio de 2015 dictada en autos de Procedimiento Ordinario nº 887/14 por el Juzgado de Primera Instancia nº 81 de Madrid en los que fue actora DOÑA [REDACTED], **DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS** la referida resolución, imponiendo al recurrente el pago de las costas causadas en esta alzada.

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.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de casación por los motivos previstos en el artículo 477.2.3 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimosexta de la misma Ley, si concurren los requisitos legalmente exigibles, 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 2579-0000-00-0756-15, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de Sala y se notificará a las partes conforme a lo dispuesto en el art. 208.4 de la LECv 1/2000, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario certifico.

