

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Decimotercera

C/ Ferraz, 41 , Planta 3 - 28008

Tfno.: 914933911

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2014/0079530

Recurso de Apelación 254/2016



(01) 30694432158

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 33 de Madrid
Autos de Procedimiento Ordinario 837/2014

APELANTE:: BANCO DE SABADELL S.A.

PROCURADOR D./Dña. BLANCA MARIA GRANDE PESQUERO

APELADO:: D./Dña.

PROCURADOR D./Dña. LETICIA CALDERON GALAN

SENTENCIA N° 405/2016

TRIBUNAL QUE LO DICTA

ILMO. SR. PRESIDENTE

D. CARLOS CEZON GONZÁLEZ

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS

D. JOSÉ GONZÁLEZ OLLEROS

D. JOSÉ LUIS ZARCO OLIVO

Siendo Magistrado Ponente **D. JOSÉ GONZÁLEZ OLLEROS**

En Madrid, a siete de octubre de dos mil dieciséis. La Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Señores Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos de Juicio Ordinario sobre nulidad de contrato, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 33 de Madrid, seguidos entre partes, de una, como demandante-apelado DOÑA

representado por la Procuradora Dª Leticia Calderón Galán y asistido del Letrado D. Álvaro García Graells, y de otra, como demandado-apelante BANCO DE SABADELL, S.A., representado por la Procuradora Dª Blanca M. Grande Pesquero y asistido del Letrado D. Lino Álvarez Echeverría.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 33, de Madrid, en fecha veinte de octubre de dos mil quince, se dictó sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Estimo la demanda interpuesta por D. M^a, y en su virtud declaro la nulidad del contrato de la orden de compra de KAUPTHING BANK con código ISIN numero XS0308636157 por importe de 34.000.- euros y de la orden de compra de LANDSBANKI ISLAN con código ISIN numero XS0244143961 por importe de 30.000.- euros, debiendo la parte demandada, SABADELL SOLBANK S.A., estar y pasar por dicha declaración, y en su virtud se condeno a la demandada, a la restitución a la actora D. M^a de SESENTA MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y DOS EUROS CON COCHENTA Y SEIS CENTIMOS (60.872,86.- euros), más los intereses legales de dicha cantidad desde el contrato y de su pago hasta la fecha que se restituye el capital, con reducción de los intereses percibidos por la parte actora que devengarán asimismo el interés legal. Así como la devolución y transmisión de la propiedad y titularidad de los títulos suscritos a la mercantil demandada.

Todo ello con expresa condena a la parte demandada al pago de las costas procesales."

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, que fue admitido, del cual se dio traslado a la parte apelada, elevándose los autos ante esta Sección en fecha **quince de marzo de 2016**, para resolver el recurso.

TERCERO.- Recibidos los autos en esta Sección, se formó el oportuno Rollo turnándose su conocimiento, a tenor de la norma preestablecida en esta

Sección de reparto de Ponencias, y conforme dispone la Ley de Enjuiciamiento Civil, quedó pendiente para la correspondiente **DELIBERACIÓN, VOTACIÓN Y FALLO**, la cual tuvo lugar, previo señalamiento, el día **cinco de octubre de dos mil dieciséis**.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado todas las disposiciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la representación de la apelante Banco de Sabadell S.A., demandada en primera instancia, se interpone recurso contra la Sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrado Juez de 1ª Instancia nº 33 de Madrid con fecha 2º de octubre de 2.015, estimatoria de la demanda interpuesta por la actora y hoy apelada Dª. María frente a referida demandada, con base en las alegaciones que luego se expondrán.

SEGUNDO.- Se aceptan los hechos y los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida en cuanto no se opongan a los de la presente resolución

TERCERO.- En la demanda iniciadora del procedimiento que la actora hoy apelada interesaba: Con carácter principal: 1) La declaración de ser el Banco d Sabadell (actual titular del negocio minorista de Lloyds T.S.B.) responsable del vicio/error del consentimiento en para la adquisición de participaciones preferentes suscritas por la actora, declarándose la nulidad radical por incumplimiento de sus obligaciones de diligencia, lealtad e información como comisionista prestador de servicios de inversión declarando

la nulidad radical de la orden de compra de las entidades Islandesas “Kaupthing Bank y Landsbanki Islands por importe la primera de 34.000 euros y la segunda de 30.000 la segunda, condenando a la demandada a la adquisición de dichos títulos y a la devolución a la actora de 60.872,86 euros más los intereses legales desde la fecha de las suscripciones incrementado en dos puntos desde la sentencia; 1) Subsidiariamente se declare la obligación de la demandada de reparar los daños y perjuicios como consecuencia de su negligente actuar en el cumplimiento de sus deberes condenándole a indemnizar a la demandante pro los daños y perjuicios sufridos en la cantidad de 64.000 euros actualizada según la evolución de los mercados, más los intereses legales. Y todo ello, en ambos supuestos condena en costas.

La demandada se opuso por las razones que constan respectivamente en sus escritos de contestación a la demanda.

El Juzgador de instancia estimó íntegramente el primero de los pedimentos de la demanda.

CUARTO.- La apelante Banco de Sabadell S.A., en la primera de las alegaciones o motivos de su recurso denuncia error en la valoración de la prueba porque, contrariamente a lo que se dice en sentencia, las previas inversiones de la actora en participaciones preferentes y fondos de inversión internacionales acreditan su perfil de inversora.

En la segunda denuncia nuevo error en la apreciación de la prueba porque el contrato suscrito con la actora no es un contrato de gestión discrecional de activos no de asesoramiento.

En la tercera denuncia nuevo error en la valoración de la prueba respecto de la relación que existía entre la actora y Lloyds Bank.

En la cuarta denuncia nuevo error en la valoración de la prueba porque si se realizó el preceptivo test a la actora previamente a la inversión litigiosa.

En la quinta nuevo error en la valoración de la prueba porque si existió información previa a la inversión litigiosa y en especial sobre los riesgos de la misma.

En la sexta nuevo error en la apreciación de la prueba acerca del cumplimiento de los deberes de información previstos en el contrato.

En la séptima nuevo error de valoración de la prueba acerca de la causa de la minusvalía sufrida por la actora en su inversión y de la responsabilidad del Banco en caso de insolvencia de las entidades emisoras.

En la octava y última denuncia la caducidad de la acción ejercitada por la actora.

QUINTO.- En la última de las alegaciones de su recurso, que por razones de lógica procesal debe ser examinada con carácter previo, la apelante firma que la acción ejercitada por la actora está a todos los efectos caducada y que dicha caducidad debe ser examinada de oficio, porque la actora formuló demanda conjunta frente a las entidades emisoras de las participaciones litigiosas el 26 de noviembre de 2.009 y la actual demanda se interpuso el 26 de mayo de 2.014, sin que la demanda conjunta haya podido interrumpir el plazo de caducidad establecido en el art. 1.301 del C.C. a tenor del cual la acción de nulidad solo durará cuatro años, tiempo que comenzará a correr desde la consumación del contrato, consumación que en el presente caso se inició el día de la presentación de la demanda conjunta.

En primer lugar y como dice la S. Sección 21 de 2 Febrero 2016 (Pte. Sr. Belo) partiendo de que este plazo de cuatro años solo es de aplicación a las acciones de "anulabilidad" del contrato que proceden, entre otros casos, cuando se ha prestado un consentimiento viciado por error (violencia, intimidación o dolo), la doctrina se encuentra dividida entre aquellos que entienden que solo la acción de restitución estaría sometida dicho plazo mientras que la acción de

declaración de anulabilidad, por ser meramente declarativa, no estaría sometida a plazo de caducidad alguno y sería imprescriptible. Desde otra óptica se plantea la cuestión de si este plazo de los cuatro años es de caducidad o de prescripción, distinción que es relevante, pues, si fuera de caducidad, podría ser acogido de oficio por el tribunal en ausencia de invocación de parte y no se interrumpiría por los actos reseñados en el artículo 1.973 del Código Civil . Mientras que, si fuera de prescripción, jamás podría ser acogida de oficio por el tribunal en ausencia de invocación de parte en el momento procesal oportuno y se interrumpiría por los actos reseñados en el artículo 1.973 del Código Civil. Los que sostienen que el plazo es de caducidad se basan en que el contrato anulable es un contrato válido, o al menos eficaz, desde su perfección y solo dejará de serlo cuando el protegido por la anulabilidad ejercite la correspondiente acción dirigida a producir, a través del proceso, la invalidez retroactiva de lo que nació válido, siendo por tanto, la acción y la sentencia de carácter constitutivo. De tal manera que el legitimado para hacer valer la anulabilidad tiene un poder de impugnación, constitutivo de un derecho potestativo o de configuración jurídica, cuyo ejercicio no puede hacerse más que en vía judicial. A lo que añaden, en apoyo de su tesis de la caducidad, los términos taxativos empleados en la redacción del precepto: "sólo durará". Los que defienden que el plazo es de prescripción prescindien del antecedente histórico de la moderna anulabilidad, constituida por la figura romana de la "restitutio in integrum", así como de ordenamientos jurídicos distintos al nuestro, para sostener que, en nuestro actual derecho positivo, el ejercicio judicial de la acción de anulabilidad no es indispensable, ya que, siguiendo el principio general, solo es necesario acudir a los Tribunales cuando el ejercicio de un derecho sea negado o impedido por otro sujeto. No habiendo ningún inconveniente, teórico ni práctico, en que se pida privadamente la restitución de lo entregado alegando la causa de anulación. Y sin que consideren

determinantes los términos taxativos empelados en la redacción del precepto. La doctrina científica se muestra dividida, decantándose algunos autores por la caducidad (Diez-Picazo, Gullón y Albadalejo) y otra por la prescripción (Castan y Delgado Echeverria), sin que falten aquellos que se muestran dubitativos (O'Callaghan y Salas Carceller). No existe un criterio jurisprudencial consolidado a favor de la prescripción o de la caducidad. Si bien a favor de la prescripción son de citar las sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1987 ("...siendo el plazo que el artículo 1.301 del Código Civil establece de prescripción y no de caducidad, su apreciación en la sentencia impugnada sin haber sido alegada en el oportuno momento procesal, es lo que hubiera producido la incongruencia") y de 23 de octubre de 1989 ("...acción de anulabilidad y el plazo de cuatro años que establece el artículo 1.301 del Código Civil , como plazo de prescripción, de acuerdo con la doctrina de esta Sala, susceptible, por tanto, de interrupción por reclamación extrajudicial o reconocimiento del deudor a tenor del invocado artículo 1.973..."). Pero también son de reseñar otras sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en cuya redacción, y refiriéndose al plazo de cuatro años del artículo 1.301 del Código Civil , se emplea el término plazo de caducidad (sentencias números 54/2014 de 21 de febrero de 2014 ; 682/2013 de 5 de noviembre de 2013 ; 558/2010 de 23 de septiembre de 2010 ; 216/2006 de 3 de marzo de 2006).

Este Tribunal, a la vista de las últimas resoluciones del T.S. (Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del T.S. de 12 de enero de 2.015) viene sosteniendo que el termino establecido por el citado art. 1.301 del C.C. es de caducidad si bien a los efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo de forma que el día inicial del plazo de

ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error", Como es sabido son conceptos distintos el de perfección y el de consumación contractual, ya que el segundo de ellos hace referencia al cumplimiento íntegro de las prestaciones derivadas del contrato. El T.S. en sentencia de 11 de junio de 2003, ya había dicho que el plazo de caducidad empieza a correr desde el momento de la consumación contractual.

De conformidad con la doctrina expuesta, habiéndose acreditado que la actora interpuso demanda colectiva frente a las entidades emisoras de las preferentes no con fecha 26 de noviembre de 2.009, como sostiene la apelante, sino en el año 2.011, como se desprende del Auto de 4 de octubre de 2.013 de la Sección 11ª de esta Audiencia que confirma la resolución dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 11 rechazando la acumulación subjetiva de acciones (demanda colectiva) teniendo en cuenta que la actual demanda se interpuso el 26 de mayo de 2.014, es claro que no había transcurrido el plazo para el ejercicio de la precitada acción de anulabilidad.

Por todo ello procede rechazar este motivo del recurso.

SEXTO.- Entrando ya en el examen del resto de los motivos, que por su íntima relación serán conjuntamente resueltos, comenzaremos por decir que, como venimos manteniendo en las resoluciones que se citan, para saber si nos hallamos ante un producto de inversión complejo o sencillo y en función de ello determinar si en este caso la demandante dispuso o no de una información precontractual adecuada, veraz y suficiente, en relación y consideración a sus conocimientos y preparación en materia financiera y, en consecuencia, apreciar

si disponía de los elementos idóneos para conocer las características más relevantes y riesgos que entrañaban las participaciones preferentes subordinadas, y, en definitiva, si pudo o no emitir un consentimiento válido y eficaz; resulta presupuesto necesario definir una vez más dichos productos, enumerando sus características más relevantes y sintetizar su funcionamiento, que es el siguiente (SS. 17 noviembre 2014, 10 junio 2.014 y 28 octubre 2.014 (Pte Sr. De Bustos):

a) Las participaciones preferentes, con las que la deuda subordinada guarda mucha similitud, 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. La Ley de Mercado de Valores –artículo 79 bis, 8º, letra a– considera como valores no complejos a los típicamente desprovistos de riesgo y a las acciones cotizadas o valores ordinarios, cuyo riesgo es de general conocimiento. Además considera Valores no complejos, aquéllos en los que concurren las siguientes condiciones: 1.- Que existan posibilidades frecuentes de venta, reembolso u otro tipo de liquidación a precios públicamente disponibles en el mercado; 2.- Que no impliquen pérdidas reales o potenciales para el cliente que excedan del coste de adquisición del instrumento; 3.- Que exista a disposición del público información suficiente sobre sus características y que ésta sea comprensible, de modo que permita a un cliente minorista medio emitir un juicio fundado para decidir si realiza un operación en ese instrumento. De forma que, según la misma Ley de Mercado de Valores (artículo 79 bis), la empresa de servicios de inversión que asesore, coloque, comercialice o preste cualquier clase de servicio de inversión sobre tales valores complejos debe cumplir las siguientes obligaciones:

1) Deber de obtener la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente en el ámbito de inversión

correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate, sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquél, con la finalidad de poder recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan.

2) Deber de abstenerse de recomendar servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente minorista cuando la entidad no obtenga la referida información.

3) Deber de solicitar al cliente minorista información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente.

4) Obligación de advertir al cliente que el instrumento financiero no es adecuado para él si, sobre la base de esa información, la entidad así lo considera.

5) En caso de que el cliente no proporcione la información requerida o ésta sea insuficiente, la entidad tiene el deber de advertirle de que ello le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él.

Asimismo, el Tribunal Supremo en numerosas sentencias, y entre las más recientes las de 18 de abril de 2013, 20 de enero y 8 de julio de 2014, tiene declarado que la habitual desproporción que existe entre la entidad que comercializa servicios financieros y los clientes, derivada de la asimetría informativa sobre productos financieros complejos, es lo que ha determinado la necesidad de una normativa específica protectora del inversor no experimentado y la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2004/39/CE, relativa a los mercados de instrumentos financieros. En aplicación de dicha normativa dice *“todo cliente debe ser informado por el*

banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate. Este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 CC y en el derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural. Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de proporcionar a la otra parte información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran en este caso los concretos riesgos que comporta el producto financiero que se pretende contratar”. En las citadas resoluciones sobre el deber de realizar al cliente un test de conveniencia, se sigue diciendo que, conforme al artículo 19.5 de la 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”. Estas exigencias son menores de las requeridas cuando debe valorarse la idoneidad del producto conforme al artículo 19.4 de la Directiva. “Este 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”.

El artículo 4.4 de la Directiva define el servicio de asesoramiento en materia como “la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de este o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros”. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia de 30 de mayo de 2013 (Caso Genil) afirma que la 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). Valoración que ha de realizarse con los criterios previstos en el artículo 52 de la Directiva 2006/73/CE.

De este modo, el Tribunal de Justicia entiende que tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un producto, 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)”.

En definitiva, como ya hemos dicho, si el incumplimiento del deber de información no vicia necesariamente el consentimiento, si puede incidir en la apreciación del error del cliente que cree contratar un producto de inflación, sin el riesgo asociado de sufrir pérdidas cuantiosas.”

Deber que no se satisface adecuadamente cuando queda reducido a la cumplimentación de un test estereotipado o preestablecido de modo genérico en el que destaca un tecnicismo confuso, al utilizar términos tales como “las características operativas de los derivados”, “variables que intervienen en la

evolución de este producto”, sin que se preste en definitiva una información adecuada al nivel de conocimiento y formación en materia financiera del cliente, que permita inferir con la certeza suficiente y racional que aquél comprende el contenido del contrato ofrecido y que las probabilidades de obtener resultados negativos son incluso superiores a la de obtener el beneficio perseguido.

Pues bien teniendo en cuenta la naturaleza compleja de los productos suscritos consistentes en participaciones preferentes y deudas subordinadas y la calificación de “minoristas” que se les atribuyó, la demandada debió cumplir escrupulosamente el deber de información, tanto en relación al producto ofertado, como sobre el nivel de formación de los clientes, del que con certeza pudiera inferirse que sabían lo que suscribían, sus efectos y consecuencias en el futuro. Lo que determina que la conducta informativa, legalmente impuesta a la entidad bancaria, no solo dependía del tipo de relación jurídica que se estableciera entre esta y el inversor (comercialización o asesoramiento), sino también, y de modo esencial del perfil de los mismos. Este puede ser minorista, profesional o contraparte elegible. Pero al tratarse ser claramente de inversores minoristas la protección debió ser máxima, teniendo en cuenta además que se trataba de productos complejos. Es verdad que la demandante firmó las “órdenes de compra” de las participaciones preferentes que, en sentido técnico, no exigen la prestación de recomendaciones personalizadas (art. 63.1 g de la L.M.V.), pero por encima de dicha obligación de carácter administrativo, está el deber contractual de informar debidamente para que el cliente, según sus características propias, pueda evaluar los riesgos de su inversión, y es claro que en el presente caso la demandada no cumplió el mismo. Como señala algún autor, hoy es doctrina comúnmente admitida que el cumplimiento del deber de información bancaria como eje fundamental que se sustenta en el principio de la buena fe, el de la normativa legal, la calificación y el perfil del cliente, su

experiencia o conocimientos financieros, el peso que la relación de confianza entre el cliente y los empleados de la sucursal ha supuesto para que se concertara la adquisición, la no admisión de los actos propios basados en el cobro de intereses, la exhaustiva valoración de la testifical del banco, en especial si se ha suministrado información que los propios empleados del banco desconocen, o si toda la documentación entregada es firmada por el suscriptor en un solo día, la aplicación del principio de unidad comercial según el cual declarado nulo el contrato de adquisición deviene nulo el posterior canje a acciones o valores de la entidad o la obligada conversión a estos, conlleva no solo la declaración de nulidad por error esencial y excusable del consentimiento, sino la resolución del contrato de origen por graves incumplimientos en las condiciones de emisión de los derivados financieros.

Sin embargo, de la prueba practicada se desprende: a) La escasa o más bien nula formación en materia económica y financiera de la actora D^a. María Eugenia Martín López y por tanto carente de los necesarios conocimientos financieros, o al menos no se prueban, para calibrar los riesgos de un producto de esta naturaleza; b) La calificación de cliente minorista de la demandante, exigía un especial cuidado a la hora de informarles de los productos que suscribía, deber de información, que por mucho que se empeñe la apelante en reducir a la simple información de entrega de unos documentos sobre la complejidad y riesgos del producto, se compagina mal con la obligación de información que de la normativa antes expuesta se deriva cuando estamos en presencia de inexpertos inversores, y sobre todo, cuando insistimos, se trataba de productos complejos y de riesgo, por lo que no puede la demandada escudarse en que se le realizó el “test de conveniencia” o “adecuación” como se denomina en el documento nº 9 de los aportados con la demanda, y se les entregaron folletos de fácil comprensión sobre las características del producto, para con ello afirmar que cumplió sus obligaciones; c) No hubo, porque no

resulta probada, una información precontractual clara, cabal, veraz y reposada, que no es verosímil que se prestara en la oficina de la entidad bancaria, por mas que se afirme que se entregaron a la actora documentos sobre las Condiciones Particulares de transacción y custodia de valores, fichas descriptivas de productos de inversión sobre las características del producto ofertado, que claramente se pusieron a la firma de la actora, previa su hipotética pero inviable lectura, y menos para una persona, como decimos, poco avezada en la materia tales como unos documentos con la información de las condiciones de prestación del servicio, una manifestación impresa de haber sido informados, y el precitado “test de conveniencia” ya preestablecido, que no eran suficientemente adecuados. Documentos en los que se contienen términos eminentemente técnicos, que cabe calificar de genéricos, oscuros y obtusos tales como “nivel de formación relacionado con los productos financieros”, “tipo de inversiones realizado en los dos últimos años” “ periodicidad de las inversiones” de las que no resultan las características definitorias del producto adquirido y de los riesgos del mismo. Es claro que en todo momento lo que se destacó por la demandada que se aseguró no solo la rentabilidad del producto, sino la ausencia de riesgo por tratarse de entidades de aparente solvencia en el mercado; d) El test de conveniencia realizado, contiene unas preguntas que vienen ya impresas y marcadas, como si de un test confeccionado previamente con carácter general se tratara, sin que además se le hubiera efectuado el denominado “test de idoneidad” para determinar si los productos que adquirirían eran o no adecuados para sus intereses. e) La entrega de folletos de emisión, en los que efectivamente aparecen consignados los factores de riesgo, que según se opone les facilitaron la inversión; pero no consta que se les indicara que estaba a su disposición para estudio o consulta previamente a la suscripción de la orden de compra, permiten suponer que todo se hizo con rapidez y sin tiempo para que el demandante calibrara su inversión. f) Las cláusulas

genéricas supuestamente acreditativas de la recepción de la información deben ponerse en conexión con lo dispuesto en el art. 89.1 del R.D.L. 1/87 por el que se aprueba el T.R. de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios que considera cláusulas abusivas “las declaraciones de recepción o conformidad con hechos ficticios”; g) No resulta probado, y era a la demandada a la que correspondía la carga de probar la correcta información, que se hiciera saber y se les explicara detenidamente de manera explícita y verbal a los demandantes, fuera del contenido obrante en los documentos que se les entregaron, las peculiaridades más importantes de la inversión, tales como la aletoriedad de su rentabilidad y dependencia de los resultados económicos o beneficios de una entidad distinta del emisor, que actúa como garante, la perpetuidad e indisponibilidad del capital invertido que solo puede venderse en el mercado secundario, en el que su liquidez es más que dudosa en caso de crisis del garante, que en el momento de la suscripción se calificaba como improbable o casi imposible. h) No se entiende muy bien que de una parte se diga, que las únicas obligaciones de la demandada eran tramitar las órdenes de compra y dar cuenta de su evolución, y de otra, que cumplió escrupulosamente sus deberes informativos realizando a la actora el “test de conveniencia”; y tampoco se entiende que figurando que se trataba de productos complejos y de carácter perpetuo, se concluyera en dichos test que la inversión era “adecuada” para una persona de las características de la demandante, sin experiencia alguna en inversiones financieras, y con un claro riesgo de no percibir remuneración alguna.

Como consecuencia de lo expuesto, si para que el contrato, cualquiera que sea su clase o naturaleza, se perfeccione, es preciso que los contratantes emitan su consentimiento de modo libre, voluntario y suficientemente informado a tenor de lo dispuesto en los artículos 1254, 1258, 1261.1º y 1262 del Código Civil, es consecuencia obligada que, si aquél existe pero se ha

prestado por error, violencia, intimidación o dolo, el negocio jurídico devenga anulable según se dispone en los artículos 1265 y 1266 en relación con los artículos 1300 y siguientes del mismo Código. Ahora bien, para que el error invalide el consentimiento deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas condiciones o características de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo, y, además, que sea esencial, por carecer de alguna de esas condiciones que se le atribuyen o no ser como se le ha informado, que son las que, de modo primordial, determinaron la voluntad contractual, y que sea excusable, en el sentido de que no pudo ser evitado por quien lo padeció conforme a una diligencia media o regular que, en ámbitos como el presente, descansa en la confianza y fiabilidad que le merece el oferente –sentencias del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2006, 13 de febrero de 2007, 17 de junio y 12 de noviembre de 2010–. En definitiva, el error invalidante del contrato existe cuando se genera una representación equivocada de la base negocial sobre la que descansa el contrato, por una creencia inexacta o no explicada de un elemento relevante del mismo que, por ello, es desconocido y que de haberlo conocido la parte seguramente no lo hubiera perfeccionado.

En el presente caso, conforme a lo aquí expuesto y a lo que acertadamente se razona en la sentencia apelada, concurre un error esencial y excusable sobre las características y contenido real de las participaciones preferentes que ordenaron suscribir los demandantes por falta de la exigida información, de forma que resultaba y resulta plenamente procedente, acordar la nulidad de las dos órdenes de suscripción con la consiguiente restitución por cada uno de los contratantes de las cosas que hubieren sido materia del contrato, con sus frutos y del precio con sus intereses (art. 1.303 del C.C.). Insistimos, la difícil inteligencia de los términos eminentemente técnicos utilizados, el perfil inversor de la actora, y el riesgo ínsito a la naturaleza de las

participaciones preferentes, requería, con carácter previo a su suscripción, una información verbal y llana sobre el producto, de modo que tuvieran pleno conocimiento de que el dinero entregado no podían recuperarlo de la entidad crediticia, sino a través de su venta en un mercado secundario en el que su valor se hacía depender de la solvencia del emisor y del garante-comercializador, que la suscripción no tenía plazo de vencimiento, por ser perpetuo, y que tampoco tenían asegurada la rentabilidad del producto. Esta información no se acredita prestada por Banco de Sabadell de modo suficiente y transparente lo que produce en este Tribunal, como antes en el Juzgador de instancia, la certeza de que el demandante no tuvo pleno conocimiento de lo que contrataba, de la limitación de sus derechos y de los riesgos que asumía. Así pues, al no haber prestado Banco de Sabadell la información precontractual necesaria para que, de conformidad con las exigencias contenidas entre otras disposiciones en la Ley de Mercado de Valores, la demandante pudieran emitir un consentimiento formado adecuadamente en la perfección del contrato de adquisición de participaciones preferentes, apreciamos que se produjo el incumplimiento del esencial deber de información requerida, incumplimiento que puede dar lugar a dos nulidades concurrentes, de un lado la prevista en el art. 1.303 del C.C. por defecto de consentimiento por error esencial, y de otro la regulada en el art. 79 bis de la citada Directiva, apartados 6 y 7 al omitir el test de idoneidad, vulnerando una norma imperativa sobre información que debe ser considerada esencial para el contrato, o en su caso como se pide y se aprecia a la resolución de las citadas y reseñadas órdenes de compra por incumplimiento de los precitados deberes, a la devolución de las cantidades invertidas en la compra de las preferentes con descuento de los percibidos y al pago de los intereses reclamados.

SEXTO.- Por disposición del art. 398 de la citada L.E.C. las costas de este recurso deberán ser impuestas a la apelante.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que desestimando como desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora D^a Blanca M. Grande Pesquero en nombre y representación de Banco de Sabadell S.A. contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrado Juez de 1^a Instancia n^o33 de Madrid con fecha 20 de octubre de 2.015, de la que el presente Rollo dimana, debemos confirmarla y la confirmamos, con imposición a la apelante de las costas causadas por este recurso.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación, siempre que la resolución del recurso presente **interés casacional**, con cumplimiento de los requisitos formales y de fondo de interposición, y recurso extraordinario por infracción procesal, ambos ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, los que deberán interponerse ante este Tribunal en el plazo de **VEINTE** días desde el siguiente al de la notificación de la sentencia. No podrá presentarse recurso extraordinario por infracción procesal sin formular recurso de casación.

Haciéndose saber a las partes que al tiempo de la interposición de los mismos, deberán acreditar haber constituido el depósito que, por importe de **50 € por cada tipo de recurso**, previene la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O.P.J., establecida por la Ley Orgánica 1/09, de 3 de noviembre, sin cuyo requisito, el recurso de que se trate no será admitido a trámite.

Dicho depósito habrá de constituirse expresando que se trata de un “Recurso”, seguido del código y tipo concreto de recurso del que se trate, en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección abierta con el nº 2580, en la sucursal 3569 de Banco de Santander, sita en la calle Ferraz nº 43.

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