

Audiencia Provincial Civil de Madrid
Sección Octava
C/ Ferraz, 41 -28008
37007740
N.I.G.: 28.079.42.2-2012/0118147
Recurso de Apelación 495/2014



O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 19 de Madrid
Autos de Procedimiento Ordinario 944/2012

APELANTE: DEUTSCHE BANK, S.A.E

PROCURADOR: Dña. SILVIA VAZQUEZ SENIN

APELADO: D. [REDACTED] y Dña. [REDACTED]
[REDACTED]

PROCURADOR: Dña. MARIA ESTHER FERNANDEZ MUÑOZ

SENTENCIA Nº 71/2015



ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:
D. JESÚS GAVILÁN LÓPEZ
Dª. MILAGROS APARICIO AVENDAÑO
D. FRANCISCO JAVIER PEÑAS GIL

En Madrid, a doce de Febrero de dos mil quince. La Sección Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Sres. Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos de Procedimiento Ordinario número 944/12, procedentes del Juzgado de Primera Instancia número 19 de Madrid, seguidos entre partes, de una como demandantes-apelados, **D. [REDACTED]** y **DÑA. [REDACTED]**, representados por la Procuradora Dña. Esther Fernández Muñoz, y de otra, como parte demandada-apelante, la sociedad **DEUTSCHE BANK, SOCIEDAD ANÓNIMA ESPAÑOLA**, representada por la Procuradora Dña. Silvia Vázquez Senín.

VISTO, siendo Magistrado-Ponente el **Ilmo. Sr. D. JESÚS GAVILÁN LÓPEZ**.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia número 19 de Madrid, en fecha veinte de marzo de dos mil catorce, se dictó sentencia cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

“SE ESTIMA íntegramente la demanda presentada por DON ██████████ ██████████ y ██████████ representados por la procuradora doña Esther Fernández Muñoz contra DEUTSCHE BANK S.A., representado por la procuradora doña Silvia Vázquez Senin, y en consecuencia:

1.- Se declara la nulidad de la orden de Compra de valores de LEHMAN BROTHERS UK. CAP. FUND, Código ISIN “XS-0282978666”, por importe “nominal” de CINCUENTA MIL EUROS (50.000 €).

2.- DEUTSCHE BANK deberá restituir a la parte demandante la cantidad abonada para la adquisición de las referidas participaciones preferentes más el interés legal de esta suma desde la fecha efectiva de la adquisición hasta la fecha de esta resolución, a partir de la cual el interés aplicable será el legal incrementado en dos puntos.

3.- Los demandantes deberán restituir a DEUTSCHE BANK el importe de los rendimientos percibidos más el interés legal devengado desde las fechas de percepción.

4.- El resultante de ambas operaciones podrá compensarse, una vez se determinen los intereses aplicables, en la forma en que acuerden las partes o se decida, en su caso, en la ejecución de esta sentencia.

5.- Se condena a la parte demandada al pago de las costas procesales.”

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada, que fue admitido, y en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

TERCERO.- No estimándose necesaria la celebración de vista pública, quedó en turno de deliberación, votación y fallo, lo que se ha cumplido el día once de febrero de dos mil quince.

Se invoca que el consentimiento de los actores se halla viciado con nulidad absoluta, pues además de no haberles proporcionado la información adecuada para adquirir el producto, se les habló de "bono" americano garantizado al 100%, cuando lo realmente adquirido fueron participaciones preferentes. Así el Código ISIN que se recoge en la propuesta de inversión - XS0229584296- es distinto del recogido en la Orden de Compra - XS0282978666- . Por otro lado, manifiesta que las participaciones preferentes de Lehman Brothers son un producto complejo, de alto riesgo que nunca deberían haberse ofertado a los actores, pues su perfil es conservador, como se plasma en la propia propuesta de inversión. Por ello, al tratarse de inversores no cualificados se les debería haber proporcionado toda la información al gozar de máxima protección por parte de las entidades financieras.

Por último, alega que Deutsche igualmente incumplió sus obligaciones con posterioridad a la compra de las participaciones, pues hizo constar en todas las comunicaciones posteriores la denominación "BN" cuando en realidad eran participaciones preferentes, no contactó con los demandantes para transmitirles información que pudiera afectar a su inversión y, cuando se acercó la quiebra de Lehman Brothers, no aconsejó desinvertir.

2.- La demandada DEUTSCHE BANK S.A. se opone a la demanda y plantea la excepción de caducidad; respecto al fondo del asunto, como igualmente resume la sentencia de instancia y confirma esta Sala, se reconoce por la demandada que los demandantes eran inversores minoristas, pero aduce que el concepto de "perfil inversor" se introdujo en la Ley 47/2007 de 17 diciembre, la cual no estaba en vigor en el momento en el que se compró el producto. Además, refiere que los actores no tenían suscrito un servicio de gestión de cartera, pues éste solo se prestaba a clientes PRÍVATE WEALTH MANAGEMENT, con un patrimonio en el Banco de más de 500.000 euros, con contrato firmado y pagándose comisiones; por tanto manifiesta que la relación con los actores se limitó a la ejecución de las órdenes dadas por éstos.

En cuanto a la falta de información del producto a los actores sostiene que la propuesta de inversión, aportada como documento 14 de la demanda, no está completa, pues la práctica habitual en aquella época era incluir un breve extracto de las principales características de los productos así como un "disclaimer", es decir, una declaración de que

dicha propuesta de inversión representaba sólo opiniones e información a manejar por el cliente pero no implicaba asesoramiento. Igualmente aduce que los demandantes visitaron la oficina varias veces hasta que el 16 de marzo de 2007 firmaron la contratación; que la demandada no tenía obligación de entregar el folleto de emisión en el momento de la contratación; ni existió incumplimiento por la denominación del producto como "BN", pues así se denominan las participaciones preferentes por entidades extranjeras. Reconoce que en la presentación figura un ISIN XS0229584296 cuando el producto finalmente contratado por los demandantes tenía un ISIN distinto XS0282978666 y sostiene que seguramente se debe a la falta de "papel" de la emisión con ISIN, XS0229584296 el día que se fue a cursar la orden, contratándose, en su lugar la emisión con ISIN XS0282978666. Además, respecto a este hecho, añade que el producto que finalmente se contrató era más sencillo y menos complejo que el que aparecía en la presentación, y afirma que la contratación de uno u otro no habría variado la situación actual.

Por otra parte, manifiesta que la quiebra de Lehman Brothers no era previsible pues se trataba de una entidad fuerte y solvente que, si bien su situación se fue deteriorando, no se pensó que pudiera desembocar en quiebra.

Respecto a la restitución de las prestaciones en caso de estimarse la acción de nulidad sostiene que deberá descontarse el importe del cupón cobrado, al igual que en el caso de que se estime la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual.

Finalmente, respecto a la petición subsidiaria de indemnización de daños y perjuicios, determina que no existen los presupuestos necesarios para estimarse la indemnización. En este sentido, alega que la demandada no ha incurrido en incumplimiento alguno, no existe daño ni relación de causalidad entre la conducta de Deutsche y la actora, pues la pérdida de valor del producto contratado se debe al mercado.

3.- La sentencia de instancia estima en su integridad la demanda interpuesta al considerar, a modo de síntesis, resultar especialmente relevante que existiendo un asesoramiento personalizado y reflejado en la propuesta individualizada de inversión ofrecida por el departamento de banca privada incluyendo productos complejos, no se entregara ninguna información o folleto sobre las características de las participaciones

preferentes, pues incluso, en la propuesta personalizada se aludía a otro producto distinto, bonos de Lehman Brothers, es decir, no consta se informara de ningún tipo de riesgo de perder la inversión aunque tuviera un rating muy alto y no se facilita tampoco ninguna información posterior sobre la evolución de la inversión a efectos de valorar la posible venta del producto antes de la quiebra ocurrida en septiembre de 2008, todo lo cual conduce a declarar que existió error en el consentimiento de los demandantes, quienes no consta tuvieran tampoco ninguna experiencia previa en la contratación de este tipo de productos complejos y de riesgo pese a ser calificados por la propia entidad como de perfil conservador.

En consecuencia, concluye la sentencia apelada, procede declarar la nulidad de la orden de compra conforme al art. 1301 del C.C., al haberse producido error en el consentimiento y derivado de la falta de información facilitada a los clientes para la adquisición de las participaciones preferentes objeto del presente procedimiento, todo ello en los términos concretos que refleja el antecedente de hecho primero de esta resolución, que se corresponde con la parte dispositiva de la misma.

4.- El recurso planteado por la representación procesal de la entidad bancaria demandada se fundamenta, a modo de síntesis comprensiva de las alegaciones formuladas en su escrito de interposición del recurso, en los siguientes motivos:

1º) De la errónea conclusión a la que llega la sentencia recurrida; la causa de la pérdida nada tiene que ver ni con el tipo de contrato ni con el riesgo del producto: la causa de la pérdida fue la quiebra del emisor.

2º) Del error en la valoración de la prueba en cuanto a la errónea calificación del contrato y la errónea valoración de la extensión y contenido de la obligación de información, en los términos que serían posteriormente regulados por la ley 47/2007, que relaciona con la caducidad de la acción ejercitada.

3º) De la errónea valoración en relación con el alcance y contenido de la obligación de información: no resulta aplicable lo establecido por la ley 47/2007 y la prueba practicada en juicio confirmó lo contrario.

4º) Inexistencia de obligación de asesoramiento incluido el periodo de desarrollo de la inversión.

5º) Errónea valoración de la prueba en cuanto a la concurrencia de error que vició el consentimiento de los actores en relación con la inexistencia de obligación de información por escrito, de la documentación firmada y de la completa información que recibieron antes de contratar.

6º) De la obligación de restitución de los valores adquiridos.

7º) Infracción del artículo 394 de la LEC por haberse estimado parcialmente la demanda, al establecerse la obligación de volver los rendimientos cobrados en la suma de 3.512,32 euros.

Se solicita la revocación de la sentencia, dictando otra por la que se desestime la demanda interpuesta, con imposición de costas a la demandante en ambas instancias.

5.- De contrario se interesó la confirmación de la sentencia, de acuerdo, en lo sustancial, con los argumentos de la misma, con imposición de costas a la parte apelante.

SEGUNDO.- Motivo primero del recurso.- *Sobre la Caducidad de la acción e inexistencia de nulidad radical en el vicio de consentimiento.-*

Se aborda en primer término para seguir un debido orden sistemático de aquellas cuestiones planteadas, correspondiéndose con las alegaciones formuladas de forma entremezclada y reiterativa en los tres primeros motivos del recurso, pues de estimarse, haría innecesario el examen de las siguientes, ya que la demandada apelante, considera que la parte actora solicita la declaración de nulidad de la orden de suscripción referidas, sobre la base de la supuesta existencia de un vicio en el consentimiento prestado por error y motivado por la falta de información ofrecida acerca del producto litigioso, por lo que en el presente caso no estaríamos ante una nulidad radical por inexistencia de consentimiento, sino ante una anulabilidad, puesto que sí existe un consentimiento prestado, que todo lo más estaría

viciado por el error que, según afirma la parte actora, padeció negando tal circunstancia, por lo que el plazo de cuatro años del artículo 1.301 del CC sería de caducidad (STS de 5 de Octubre de 2.007). Y así debe aceptarse, pero sin declarar la caducidad de acción ejercitada.

Efectivamente, como ha tenido ocasión de poner de manifiesto esta Sala en Sentencias de 21 de Enero de 2015, Rollo 425/14 ,11 de Noviembre de 2014, Rollo de Apelación 85/14, 28 de Febrero de 2014, Rollo 135/13, y 19 de marzo de 2013, recurso nº 682/2011, citando las Sentencias del TS de 11 de Junio de 2003, al que se refiere la Sentencia de esta Audiencia Provincial de Madrid, Sección 9ª de 5 de Mayo de 2013, partimos de la consideración de encontrarnos en presencia de un contrato no afectado por los supuestos de nulidad absoluta, por ausencia del consentimiento, en cuyo caso sería nulo por falta de los requisitos previstos en el art. 1.261 del Código Civil, o el de actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas del art. 6.4 del mismo texto legal, que se sancionan con la nulidad de pleno derecho, sino ante el supuesto de anulabilidad al que se refiere el artículo 1.301 del CC, que en los casos de error, o dolo, o falsedad de la causa.

En consecuencia, el plazo de cuatro años empezará a correr desde la consumación del contrato, norma a la que ha de estarse de acuerdo con el art. 1.969 del citado Código, que para el caso de los contratos de permuta financiera o swaps se establecía por esta Sala al tiempo de la primera liquidación, no al tiempo de la perfección del contrato. Por tanto, como las participaciones preferentes son, por definición, de carácter permanente o perpetuo, no sometidas a plazo de vencimiento, circunstancia que es precisamente la que ha comportado su problemática social, motivo por el que, conforme a la jurisprudencia citada, el Tribunal entiende que la acción no está en ningún caso caducada por cuanto ni tan siquiera ha dado inicio al plazo de cuatro años de caducidad de la misma, al estar el contrato desarrollando sus efectos jurídicos y económicos de forma plena, pues en ningún caso los efectos de la orden de compra suscritas por los demandantes con mediación de la demandada concluyeron en tal acto, independientemente de su perfección, sino que, por el contrario, y respecto a su consumación, se prolongan en el tiempo, y así resulta de aquellas que los productos suscritos eran de duración "perpetua" (*SS. AP de Valencia de 29 de Abril de 2.014 y 3 de abril de 2013, entre otras*), atendiendo a su naturaleza y desarrollo de las respectivas contraprestaciones, como posteriormente se analizará.

El motivo se desestima.

TERCERO.- Motivo segundo: *De la relación contractual y ausencia de labores de asesoramiento financiero, desarrollo de la contratación y conclusiones jurídicas.*

En segundo término, se entra por la Sala a analizar la concreta relación contractual existente entre las partes, si existió o no asesoramiento financiero, así cómo se desarrolló en el orden fáctico la contratación al respecto, para poder valorar posteriormente la existencia o no de vicio en el consentimiento por la defectuosa información facilitada-motivos primeros a cuarto del recurso-; y así, con carácter preliminar, ha de dejarse constancia que la sentencia ahora combatida -Fundamento Jurídico quinto- contiene un detallado estudio y contextualización de las denominadas participaciones preferentes y su comercialización, sus diferencias y semejanzas con la renta fija y la variable y sus características más singulares (alta rentabilidad, carácter perpetuo...), así como la norma originaria bajo cuyo ámbito se desarrollaron (Ley 13/1985, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros, en vigor hasta el 28 de junio de 2014, en virtud de lo dispuesto en Disposición derogatoria de la Ley 10/2014, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito) que incluía a las participaciones preferentes como recursos propios de las entidades de crédito regulando así mismo los requisitos de computabilidad de las participaciones preferentes como recursos propios y el régimen fiscal aplicable a las mismas, norma que ha sido objeto de innumerables reformas.

La Ley 47/2007 incorporó la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre mercados de instrumentos financieros MIFID (*Market in Financial Instruments Directive*), entró en vigor el 21 de diciembre de 2007 y es de íntegra aplicación a las participaciones preferentes como producto de inversión.

Los principios fundamentales que inspiraron la reforma fueron la modernización de los mercados financieros, el refuerzo de las medidas dirigidas a la protección de los inversores y la adaptación de los requisitos de organización exigible a las entidades que prestan servicios de inversión. Con todo, las reformas posteriores (Ley 9/2012, Real Decreto 24/2012, RDL 6/2013 y diversas Circulares de la CNMV), han venido a confirmar que la

casuística superaba los cauces de previsión normativa, tal y como se proclama en las reformas para mejorar la protección a los inversores minoristas que suscriben productos financieros no cubiertos por el fondo de garantía de depósitos de las entidades de crédito.

El TS en sentencia dictada el 8 de septiembre de 2014 analiza en profundidad la naturaleza jurídica y el marco normativo de las participaciones preferentes, precisando que *“Desde el momento en que el legislador ha previsto la existencia de las participaciones preferentes, como parte de los recursos propios de una entidad de crédito, siempre y cuando cumplan una serie de características (...), resulta muy difícil calificar la comercialización de participaciones preferentes como nula de pleno derecho por ser contraria al orden público. Cuestión distinta es que por la forma en que fueron comercializadas se hubiera podido cometer algún abuso que, a los efectos de la validez del negocio, pudiera haber propiciado su contratación bajo un vicio del consentimiento, como el error”*.

No se discute por la apelante la calificación de instrumento financiero que, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 2.1 letra h) de la Ley 24/1988, del Mercado de Valores (LMV), tienen las participaciones preferentes. Tampoco se discute la aplicación al caso del Art. 79 de la citada norma en su redacción originaria, teniendo en cuenta la fecha de la contratación -16 de Marzo de 2007-. Lo que se discute por la recurrente es la calificación de la relación entre las partes como asesoramiento y la indebida, a su juicio, apreciación de la existencia del error vicio.

Entrando a abordar la invocada relación entre las partes, en cuanto a la existencia o no de asesoramiento, como señala la sentencia del TS de 8 de julio de 2014, reiterando la doctrina fijada en la dictada por el Pleno, de 20 de enero de 2014, para discernir si un servicio constituye o no un asesoramiento en materia financiera -lo que determinará la necesidad o no de hacer el test de idoneidad, dentro del nuevo marco legal- no ha de estarse, tanto a la naturaleza del instrumento financiero como a la forma en que este es ofrecido al cliente, valoración que debe realizarse con los criterios establecidos en el artículo 52 Directiva 2006/73 que aclara la definición de servicio de asesoramiento financiero en materia de inversión del artículo 4.4 Directiva MiFID, según la doctrina fijada por la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48 , S.L. (C-604/2011), conforme a la cual tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación 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".

La misma sentencia 840/2013 se refirió a la diferente función de ambas evaluaciones, distinguiendo la finalidad del test de conveniencia -que va dirigido a la valoración de los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente, con el objetivo de que la entidad financiera pueda hacerse una idea de sus competencias en materia financiera y pueda determinar si el cliente es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión para ser capaz de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa, en los términos que establece el artículo 73 RD 217/2008 -de la finalidad del test de idoneidad- que procede, como se ha dicho, cuando se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de cartera mediante la realización de una recomendación personalizada-, en el que se suma el test de conveniencia (sobre conocimientos y experiencia en materia financiera del cliente) a un informe sobre su situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y sus objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan, según especifica el artículo 72 RD 217/2008 .

La existencia de asesoramiento y sus efectos en el supuesto ahora analizado queda acreditada, independientemente de la no exigencia de los aspectos puntuales referidos a la realización de los test de idoneidad o conveniencia, atendiendo a la fecha de la normativa aplicable, posterior a cuando se suscribe la orden de compra en el presente procedimiento, y ese asesoramiento guardaba directa relación con las obligaciones en materia de inversión por la recomendación realizada por la entidad financiera al cliente inversor siendo necesario *"que se presentase 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"*, pues la suscripción de las preferentes fue recomendada de modo personalizado, a través de la propuesta de inversión de 13 de marzo de 2007, siendo asesorados directamente por la empleada de la sucursal Sra. Soria, a la que se sumó en dichas labores de asesoramiento la propia directora de la sucursal, Sra. Pérez Ruiz, quien expresamente confirma la indicación realizada a los actores respecto a la bondad y garantías del producto, estando por tanto fundada esa contratación en la total confianza en los

empleados de la entidad, fiándose de las explicaciones verbales que le efectuaron, por lo que, en consecuencia, debe colegirse la existencia del asesoramiento.

Se considera por la Sala que no existe errónea valoración de la prueba en cuanto a la forma de desarrollarse la contratación en sus aspectos esenciales, respecto a la ausencia de información facilitada por la entidad, a los clientes, pues de las pruebas practicadas que comprenden esencialmente la documental aportada, celebración del juicio, con la testifical de las mencionadas empleadas que intervinieron en la operación y declaraciones de los demandantes, se dan por probados los hechos básicos en los que se sustenta la demanda, cuales son:

1º) En cuanto a los demandantes, tratarse de personas catalogadas como *inversores minoristas de perfil conservador, o inversores no cualificados* que suscriben la orden de compra, con plazo de vencimiento de carácter perpetuo, manteniendo en la entidad bancaria determinados fondos –documento nº 28 de la demanda, folios 342 y ss., de autos-, de distinta naturaleza al producto de riesgo contratado.

2º) La inversión que hizo proviene de la venta directa de un inmueble y por razón de la confianza plena en la entidad demandada, al venir operando con la misma, siendo su intención depositar el dinero procedente de la venta del referido inmueble sin riesgos, y en depósitos o fondos de similar naturaleza; dichas empleadas reconocen estos extremos, incluido el perfil minorista conservador de los demandantes.

3º) La demandada actuó como intermediaria/vendedora y colocó el producto litigioso a estos clientes no expertos considerados como inversores minorista y conservador, y además de vender tal producto, se lo recomendó y les asesoró. Se trata de un producto financiero que presenta altos niveles de riesgo y una estructura y condiciones complejas, que, además, resultan de escasa liquidez y no está garantizado por el Fondo de Garantías de Depósito.

4º) No consta habersele facilitado una información clara y terminante del producto, sino genérica, en los términos de la declaración testifical de las citadas empleadas, sin explicarle debidamente las posibilidades reales de pérdida del capital invertido, caso de

quiebra de la entidad, el carácter perpetuo o la verdadera dimensión de la liquidez del producto, y las dificultades de esa venta en el mercado secundario, con información básica sobre ese tipo de mercados; sobre las condiciones de amortización anticipada por la entidad emisora, a la supeditación del abono de la rentabilidad a la existencia de beneficios distribuibles suficientes, a la situación económica de la entidad; sobre las facultades de los órganos directivos de la entidad emisora o de los organismos reguladores de suspender el abono de los cupones, a los efectos, acumulativos o no, que ello supone sobre la rentabilidad de periodos posteriores y, por último, al carácter subordinado del producto desde la perspectiva de la preferencia crediticia y a la carencia de derechos políticos, como también subraya la sentencia apelada.

5ª) En la propuesta de inversión y resguardo de operaciones, no se aporta documentación informativa alguna sobre el producto; no prueba siquiera la demandada esa invocada práctica habitual de aportación de un breve extracto informativo o el denominado “disclaimer”, sin olvidar que las propias empleadas no sabían el verdadero alcance del producto, como cuando manifiestan desconocer el carácter de producto subordinado, es decir, a partir de la propuesta de inversión y sin que conste posterior información, y mediando sólo siete días, se suscribe la orden de compra en unidad de acto, no siendo verosímil se pudieran comprender la verdadera naturaleza del producto.

En consecuencia, y dando por reproducidos los anteriores hechos probados en cuanto a la falta de información y documentación facilitada, respecto a la cuestión analizada en el presente motivo, la compra del producto se produce a instancia de la propia entidad, mediante la propuesta de inversión referida, a la que, a mayor abundamiento, se suma el cambio del propio producto inicial ofertado, por otro de similar naturaleza, tratándose de bonos seniors de características diferenciadas; no se trató por tanto de una recomendación genérica y despersonalizada, sino de una recomendación concreta, personalizada y con referencia directa a una mejor rentabilidad del producto, en relación con otros que ya tenían contratados, “se trataba de un producto buenísimo”, siendo inducidos en términos comerciales a comprar el nuevo producto, lo que objetivamente constituye el supuesto de verdadero asesoramiento a que se refiere el artículo 63.1 g) de la Ley de Mercado de Valores, como ya ha tenido ocasión esta Sala de pronunciarse en recientes resoluciones, *Sentencias de 15 de Septiembre de 2014, Rollo 104/14, y 26 de Mayo del presente, no*

siendo de aplicación la distinta doctrina y jurisprudencia invocada por la apelante, al no corresponderse con el supuesto fáctico aquí enjuiciado, y la forma de desarrollarse la contratación.

El motivo se desestima.

CUARTO.- Motivos tercero: *Sobre el consentimiento prestado y su relación causal en el desarrollo de la contratación.-*

Se corresponde con el motivo quinto del recurso y que se enuncia en el sentido de invocar errónea valoración de la prueba, en cuanto a la concurrencia de error que vició el consentimiento de los actores en relación con la inexistencia de obligación de información por escrito, de la documentación firmada y de la información que recibieron antes de contratar; y así, no se discuten ni desvirtúan por la apelante dentro de los hechos básicos que se declaran probados, el ya referido carácter complejo de la operación del que no puede dudarse, al considerarlo un producto financiero que presenta altos niveles de riesgo y una estructura y condiciones complejas, que, además, resultan de escasa liquidez y no está garantizado por el Fondo de Garantías de Depósito.

Efectivamente, y de acuerdo con los anteriores fundamentos, correspondía a la demandada obtener la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia de los clientes en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto de servicio concreto de que se trataba, y demás circunstancias de la inversión, con la finalidad de recomendarle los que más le convinieran, sin cuya información la entidad en cuestión no podía ofrecer a tal cliente servicios de inversión o instrumentos financieros.

Ahora bien, como ha puesto de manifiesto esta Sala en anteriores resoluciones, citando la Sentencia del TS , Sala 1ª constituida en Pleno, de 20 de Enero de 2014, para entender bien el alcance de la normativa específica, denominada MiFID por ser las siglas del nombre de la Directiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instrumentos financieros (Markets in Financial Instruments Directive), de la que se desprenden específicos deberes de información por parte de la entidad financiera, debemos partir de la consideración de que

estos deberes responden a un principio general: 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, reflejo de lo cual es la expresión que adopta en los Principios de Derecho Europeo de Contratos (The Principles of European Contract Law - PECL- cuyo art. 1:201 bajo la rúbrica "Good faith and Fair dealing" ("Buena fe contractual"), dispone como deber general: "Each party must act in accordance with good faith and fair dealing" ("Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe"). 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.

Por el contrario, en el caso de autos, a pesar de la necesaria y diligente actividad que hubiera precisado la suscripción de una inversión de tan compleja naturaleza, como viene reiterando esta Sala en supuestos similares al aquí debatido, sin posibilidades frecuentes de venta, reembolso, u otro tipo de liquidación a precios públicamente disponibles o accesibles, con implicación patente de pérdidas reales o potenciales, como se desprende de la naturaleza del producto, mientras que, de acuerdo con los documentos obrante en autos, o más bien su significativa ausencia, de acuerdo con anteriores consideraciones, esa efectiva y real información se sustituye por una información precontractual limitada a dicha propuesta de inversión, que sin solución de continuidad se concreta ya a los siete días siguientes, sin más labor informativa y de asesoramiento efectivo, procediendo incluso a suscribir la orden de compra de un producto diferente, pero de similar riesgo, distinto de aquellos que venían siendo objeto de contratación por parte de los demandantes y a los que antes nos hemos referido, del que no consta esa necesaria y efectiva información en directa relación causal con el consentimiento prestado.

Por ello y en cuanto al vicio en el consentimiento por error, como ya ha puesto de manifiesto esta Sala, en la anteriores Sentencias reseñadas, dice el Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, en Sentencia de 21 Nov. 2012, rec. 1729/2010 que "Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta - sentencias

114/1985, de 18 de febrero, 295/1994, de 29 de marzo, 756/1996, de 28 de septiembre, 434/1997, de 21 de mayo, 695/2010, de 12 de noviembre, entre muchas -. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea... “.

Pues bien, ninguna otra consideración cabe realizar a partir de los hechos que se consideran probados por esta Sala, contenidos en los anteriores apartados, ya que la representación mental del contratante, quien mediante la suscripción de tales participaciones preferentes, fue claramente equivocada y errónea, pues lejos de conocer su verdadera cualidad, se les ofrecieron como “bonos”, cuando se trataba de preferentes, esto es , un producto distinto en todos los aspectos con especial relevancia de su resaltado mayor riesgo, afectando a esos presupuestos de recaer sobre un aspecto sustancial del producto, atendiendo a las características mencionadas, concurrentes al tiempo de producirse la contratación y tratarse de un error relevante y excusable.

Finalmente, deviene irrelevante las alegaciones referidas al supuesto de haberse producido el ejercicio de la acción por los demandantes, como consecuencia del resultado económico, por la quiebra de la referida entidad, lo que debe rechazarse, al fundarse en la concurrencia de los vicios de consentimiento reseñados, que es cuestión distinta, al hilo de la demanda planteada y la argumentación de la sentencia sobre las circunstancias analizadas en que se emiten las preferentes, por los anteriores fundamentos.

El motivo se desestima.

QUINTO.- Motivo sexto del recurso: *De la obligación de restitución de los valores adquiridos.*

Consta en el F.J. 9º de la sentencia de instancia, respecto a las consecuencias de la declaración de nulidad, que *“Conforme a lo dispuesto en el artículo 1.303 del Código Civil declarada la nulidad de la orden de compra deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, por lo que DEUTSCHE BANK deberá devolver a los demandantes el capital de la suscripción*

efectuada más sus intereses conforme a la previsión del art. 1.303 del CC que, a falta de determinación legal, será el interés legal del dinero desde la fecha en que se firmó la orden de suscripción y, por su parte, éstos deberán devolver los rendimientos que ha percibido durante la vigencia del contrato, con sus intereses, sin perjuicio de su posible compensación o de otros pactos o acuerdos que las partes puedan alcanzar al margen del proceso.”.

De ello se desprende que las cosas objeto de contrato deben restituirse recíprocamente, incluidos por tanto los títulos valores adquiridos, que deben considerarse integrados dentro de los apartados 1 y 2 de la parte dispositiva, aunque no se hubiera hecho constar literalmente.

El motivo se desestima.

SEXTO.- Motivo séptimo: *Infracción del artículo 394 de la LEC.-*

Se funda en el hecho de haberse estimado parcialmente la demanda, al establecerse la obligación de volver los rendimientos cobrados en la suma de 3.512,32 euros. Pues bien, no pueden aceptarse las alegaciones al respecto; ese pronunciamiento de la sentencia de instancia, ni se constituyó como pretensión de la demandada en vía reconvencional, aunque se invocara como argumento dentro de la oposición a la demanda, ni incide en la estimación esencial o sustancial de la demanda, habiendo tenido por tanto un carácter accesorio sin afectar cualitativamente a la pretensión de la actora, pues, como dice el Tribunal Supremo en Sentencia 21 de Octubre de 2003, nº 952/2003, rec. 1498/1999, *la Sala tiene declarado en numerosas sentencias, de ociosa cita, que para la aplicación del principio general del vencimiento ha de considerarse que el ajuste del fallo a lo pedido no ha de ser literal sino sustancial, de modo que, si se entendiera que la desviación en aspectos meramente accesorios debería excluir la condena en costas, ello sería contrario a la equidad, como justicia del caso concreto.* (SS. de 17 de Diciembre de 2004, 26 enero y 14 diciembre 2001, entre otras).

El motivo se desestima.

SÉPTIMO.- Costas de esta alzada.-

La desestimación del recurso determina la imposición de costas a la parte apelante, de acuerdo con el artículo 398 de la L.E.C.

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

II.- FALLAMOS

Que debemos **DESESTIMAR** el recurso interpuesto por la representación procesal de **DEUTSCHE BANK, S.A.E.**, frente a D. [REDACTED] y DÑA. [REDACTED], contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 19 de Madrid en fecha veinte de marzo de dos mil catorce, autos de Procedimiento Ordinario nº 944/12, la cual se confirma en su integridad, con imposición de las costas de esta alzada a la apelante.

La desestimación del recurso determina la pérdida del depósito constituido por **DEUTSCHE BANK, S.A.E.**, 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 1/2.009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 208.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, póngase en conocimiento de las partes que contra esta resolución 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 del texto legal antes citado, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- La anterior Sentencia fue hecha pública por los Magistrados que la han firmado. Doy fe. En Madrid, a