

ROLLO núm.
- CR (K) -

----/15

SENTENCIA número 295/15

AUDIENCIA PROVINCIAL
SECCION NOVENA

Ilmos. Sres.:

D^a Rosa María Andrés Cuenca
D. Gonzalo Caruana Font de Mora
D. Luis B Seller Roca de Togores

En la ciudad de Valencia, a **16 de septiembre de 2015.**

Vistos por la Sección Novena de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. **Luis B. Seller Roca de Togores**, el presente **Rollo de Apelación número ----/15**, dimanante de los Autos de **Juicio Ordinario 38/14**, promovidos ante el **Juzgado de Primera Instancia número 4 de Valencia**, entre partes; de una, como **apelante**, BANKINTER, SA, representado por la Procuradora -----, y asistido por el Letrado -----, y de otra, como **apelados**, ----- y -----, representados por la Procuradora Laura Oliver Ferrer, y asistidos por el Letrado Benjamín José Prieto Clar.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sentencia apelada, pronunciada por el señor Juez de **Primera Instancia número 4 de Valencia**, en fecha **23 de febrero de 2015**, contiene el siguiente FALLO: "*Que **ESTIMANDO** como estimo íntegramente la demanda interpuesta por la representación procesal de D. ---- ----- contra **BANKINTER S.Adebo** declarar y declaro la nulidad de las contrataciones de BONO WELCOM USD, objeto de esta litis por importe total de CIEN MIL DOLARES (100.000\$), condenándose a la demandada al pago de dicha cantidad con la recíproca restitución de las prestaciones, de forma que por parte de la demandada se abonará a los actores los 100.000 dólares invertidos a los que habrán de añadirse los intereses legales desde la fecha de la referida suscripción de dicho producto y los actores restituirán el producto recibido, así como los intereses o cupones provenientes de dicho producto a la demandada y que se determinen en ejecución de sentencia, y todo ello, con expresa condena en costas a la demandada.*"

SEGUNDO.- Que contra la misma se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación, remitiéndose los autos a esta Audiencia, tramitándose la alzada, con el resultado que consta en las actuaciones.

TERCERO.- Se han observado las prescripciones y formalidades legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.-Por la representación procesal de la entidad financiera BANKINTER S.A. se interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia N° 4 de los de Valencia, el día 23 de febrero de 2015 en la que se declara la nulidad de los contratos de adquisición de los productos BONO WELCOM USD, suscritos entre Don --- y Doña ---- y la entidad financiera en 16 y 23 de mayo de 2008. La sentencia declara los efectos restitutorios propios de la declaración de nulidad.

La resolución, después de rechazar la excepción de caducidad planteada por la demandada se sustenta, en esencia, en la concurrencia de vicio del consentimiento por parte de los particulares en la adquisición de este producto financiero complejo ofrecido por la entidad. Tal vicio habría venido determinado por la ausencia de información previa suficiente y de un deficiente asesoramiento, de manera que se habría ofrecido un producto inapropiado al perfil inversor (moderado) de los adquirentes.

Se alza la entidad contra la resolución considerando que el juzgador de instancia ha incurrido en error al valorar la prueba practicada e insistiendo en: i) Cumplimiento previo, veraz y suficiente del deber de información, siendo conocedores los demandantes de los riesgos que asumían con la contratación del producto; ii) inexistencia por tanto de error invalidante en el consentimiento prestado que, en cualquier caso, no sería ni esencial ni excusable.

Se oponen al recurso los demandantes que han visto acogidas sus pretensiones en la instancia. Insisten en: i) la falta de información previa a la suscripción de los contratos sobre la real naturaleza del producto; ii) en la ausencia de conocimientos financieros; iii) y perfil moderado de inversión. Todo ello habría determinado la existencia de un vicio de consentimiento invalidante de este y, por tanto la nulidad de los contratos.

SEGUNDO.- Según lo expuesto en el fundamento anterior, las partes reproducen sus argumentos originarios, siendo la apelante la que sostiene que el signo de la sentencia debe ser diverso, al haber valorado erróneamente el juez de instancia la prueba practicada (documental, interrogatorio de parte, testifical y pericial).

Sobre la valoración de la prueba en segunda instancia.

La Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su apartado XIII señala que “La apelación se reafirma como plena revisión jurisdiccional de la resolución apelada”. De acuerdo con ello, el art. 456 LEC establece “*En virtud del recurso de apelación podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia, que se revoque un auto o una sentencia y que, en su lugar, se dicte otro u otra favorable al recurrente, mediante nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo ante aquel tribunal y conforme a la prueba que, en los casos previstos en esta Ley, se practique ante el tribunal de apelación*”.

Así, es revisable la valoración dada en primera instancia a la prueba practicada, de manera que puede dar lugar tal revisión a un pronunciamiento diverso por alcanzar conclusiones diferentes la sala. En palabras de Tribunal Constitucional, la segunda instancia se concibe (aunque con alguna limitación) “... como una *revisio prioris instantiae* , en la que el Tribunal Superior u órgano ad quem tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el juzgador de instancia, tanto en lo que afecta a los hechos (

quaestio facti) como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas por las partes (*quaestio iuris*), para comprobar si la resolución recurrida se ajusta o no a las normas procesales y sustantivas que eran aplicables al caso, con dos limitaciones: la prohibición de la *reformatio in peius*, y la imposibilidad de entrar a conocer sobre aquellos extremos que hayan sido consentidos por no haber sido objeto de impugnación (*tantum devolutum quantum appellatum*)» (Sala Primera, sentencia 120/2009, de 18 de mayo; Sala Segunda, Sentencia 2/2010, de 11 de enero entre muchas otras); “... el Juez o Tribunal de apelación puede valorar las pruebas practicadas en primera instancia, así como examinar y corregir la ponderación llevada a cabo por el juez a quo, dado que el recurso de apelación otorga plenas facultades al Tribunal ad quem para resolver cuantas cuestiones se le planteen, sean de hecho o de derecho, por tratarse de un recurso ordinario.” (Sentencia 91/2009, de 20 de abril).

Ello proviene de la misma naturaleza del recurso, ordinario, que conlleva el “...efecto devolutivo, que el juzgador ad quem asuma la plena jurisdicción sobre el caso, en idéntica situación que el juez a quo no sólo por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba. ..”

Pues bien, eso es lo que se pretende por la apelante, sobre la base de que se ha llevado a cabo una errónea valoración de la prueba practicada, especialmente la documental.

No obstante, como se verá a continuación, la juzgadora de instancia no incurre en error de valoración alguno.

TERCERO.-Condición y perfil de los demandantes. Naturaleza del producto.

Son los demandantes particulares sin especiales conocimientos en materia inversora, dedicados a actividades ajenas lo que aquí nos ocupa.

Respecto a Don ----, pese a ser empresario, no se aprecia un conocimiento especial sobre este tipo de productos (complejos) que a continuación examinaremos. Es cierto que en la época previa a la operación en cuestión, había hecho inversiones en acciones (información fiscal que consta en folios 302 y siguientes) de NATRACEUTICAL S.A., CRITERIA CAIXACORP, IBERDROLA RENOVABLES, BSCH y RBS. Ya la anterior Comisión Nacional del Mercado de Valores catalogaba las acciones ordinarias de sociedades admitidas a cotización en mercados regulados como productos no complejos, lo que implica que no se precisa para su adquisición ni de una información ni de unos conocimientos financieros especiales. Por ello no puede deducirse conocimientos previos especiales.

Llama la atención que en el cuestionario sometido al Sr. ---- (f.98) él mismo marque su perfil de inversor como moderado y que en el reverso, a la pregunta (seis) de si conoce las características y los riesgos de los productos “que Bankinter le ofrece” marque sí en “Renta Fija Privada” y a la pregunta siete responda sí a su experiencia sobre ese tipo de productos y no sea capaz de identificar alguno de ellos. Si tan perspicaz y experimentado inversor era, debería recordar que producto de tal naturaleza había contratado en los últimos años. No es así y no consta más inversión que las practicadas en divisas (dólares) y acciones de sociedades cotizadas.

De Doña ----, la ignorancia es absoluta. Nada se sabe de sus conocimientos ni hace

prueba alguna. Sólo consta un cuestionario suscrito en 26 de junio de 2008, después de la adquisición.

En relación al producto.

Se trata de un bono de los denominados estructurado, autocancelable de renta fija, que contiene, opciones financieras periódicas (“barreras”) para el ejercicio para su amortización. Dependen las barreras establecidas y la remuneración final del comportamiento bursátil, en este caso, de tres valores acciones de BBVA, TELEFÓNICA e IBERDROLA. El producto es emitido por SGA Societé Generale.

No es preciso dar detalle del producto (expresado en las documentales y en la pericial practicada) para constatar que se trata este de un producto financiero de los denominados complejos y de alto riesgo. La apariencia de estabilidad financiera para el lego proviene de los términos empleados en su emisión: “bono”, “renta fija” y los subyacentes (acciones de tres sociedades solventes y de bandera). Sin embargo, el establecimiento de periodos de observación de valoración de las acciones introduce un componente de riesgo incorporando un “derivado implícito” (así lo consideraba la antigua CNMV. Guía CNMV sobre la catalogación de los instrumentos financieros como complejos o no complejos, de 14 de octubre de 2010). Tal componente (distorsionante y esencial para conocer el riesgo que se asume) es preciso que sea informado cumplidamente.

Por último, el rendimiento final viene referido a dólares USA por lo que se existe una variable adicional.

CUARTO.- Comportamiento de la entidad en relación con la tipología de los clientes y el producto.

Lo que se cuestiona en este litigio es precisamente la actuación de la entidad y, en especial, si la información que recibieron los clientes (teniendo en cuenta su perfil inversor y la naturaleza del producto ofrecido) fue suficiente como para ser conscientes del riesgo que asumían, atendiendo para valorar su complejidad a la comprensibilidad, entendimiento y transparencia de la inversión, sin perjuicio de que toda inversión sea aleatoria en el tiempo (STS, Sala 1ª, 20 marzo 2015 (ROJ STS: 993/2015)).

La doctrina desarrollada por la STS nº 840/2013 basada en la Directiva 2004/39/CE (MiFID), que se traspuso al ordenamiento español por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, modificando la LMV en sus art. 78 y siguientes (desarrollados por el RD 217/2008 de 15 de febrero), es plenamente aplicable al presente recurso dada la fecha en la que se llevó a cabo la contratación (mayo de 2008): *“La disposición transitoria primera de la Ley 47/2007 estableció que las entidades que prestaran servicios de inversión deberían adaptar sus estatutos, programas de actividades y reglamentos internos de conducta a lo dispuesto en esa ley y en su normativa de desarrollo en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de la misma, lo que tuvo lugar, según su disposición final sexta, el día siguiente a su publicación en el BOE, esto es el 21 de diciembre de 2007. No se contempla en esa norma -tampoco en el RD 217/2008, que entró en vigor el 17 de febrero de 2008- la suspensión de su entrada en vigor durante los seis meses que se conceden a las entidades financieras para su adaptación interna a la nueva normativa, ni excusa a estas de su inmediata observancia (STS de 7 de julio de 2014, rec. 1520/2012).”* Se hace necesaria la cita de esta resolución por cuanto, en algún pasaje del recurso, parece que se duda de la aplicabilidad de la normativa en cuestión y se critica la ausencia

de identificación de la infracción normativa.

Pues bien, de la tipología de los demandantes, de la naturaleza compleja del producto y de la declaración del testigo, practicada en diligencia final, se deduce que la entidad ha desarrollado una actividad calificable de asesoramiento financiero.

Para apreciar tal actividad, podemos acudir al art 5.1.g) del RD 217/2008 de 15 de febrero, (sobre régimen jurídico de las empresas de servio de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el rea Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre).

Igualmente, sirve de marco orientador el documento del Committe of European Securities Regulators CESR “Questions and Answers, Understanding the definition of advice under Mifid”(ref CESR/10-293), que considera que puede hablarse de asesoramiento financiero para inversión si concurren las siguientes circunstancias: i) Tiene que ser una recomendación, incluyendo un elemento de opinión, no una mera información o explicación de las características y riesgos de una operación o servicio financiero; ii) Debe incidir sobre una o más operaciones relativas a instrumentos financieros concretos, no ser genérico; iii) Ha de ser personalizado, idóneo para su destinatario; iv) Comunicado de manera individualizada, no sólo general a través de medios de comunicación; v) Dirigido a una persona concreta como inversor actual o en potencia directamente o a través de su representante. Todo ello no es más que desarrollo de los elementos establecidos en el art. 52 Directiva 2006/73/CE de la Comisión, de 10 de agosto de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento y del Consejo en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de inversión, y términos definidos a efectos de dicha Directiva.

Es decir, la relación será de asesoramiento financiero siempre *"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"* y ello *"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 55) Sentencia del Tribunal de Justicia de Unión Europea (TJUE) de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011).

Prueba sobre la información facilitada. En orden a la carga de la prueba de suministro de información en el proceso, esta sala tiene reiterado *"... hemos señalado respecto del proceso negociador que conduce a los clientes a la contratación que, ciertamente, es difícil conocer el grado de información resultante de las conversaciones mantenidas entre el cliente y los directores de la sucursal, pues se trata de conversaciones en las que únicamente intervienen los afectados por el litigio, normalmente sin participación de personas ajenas, de manera que las versiones de las partes afectadas suelen ser contradictorias, sin perjuicio de lo cual, la carga de la prueba de la información recae en la entidad bancaria (como hemos declarado, entre otras en Sentencias de 19 de abril y 1 de julio de 2011) y la carga de la prueba del error de consentimiento recae sobre la parte que lo alega, para lo cual se hace necesario el examen de la prueba practicada en cada proceso."*Sentencia de 21 de noviembre de 2011 (Rollo 579/2011 . Pte. Sra. Gaitón Redondo).

Pues bien, no consta que en tal actividad de asesoramiento la entidad hubiera desplegado esfuerzo informativo. Lo que se aporta como información escrita (doc 7.2 de

la demanda, f. 97) carece de suscripción alguna por el interesado. Los propios demandantes se ocupan de matizar que se trata de un documento no facilitado por la entidad previamente a la celebración del contrato, sino a requerimiento de los actores previo a la reclamación. La entidad no ha podido desvirtuar esa afirmación y la declaración del testigo Sr. ----- (persona de la entidad que intervino directamente en la contratación) tampoco es concluyente en orden a la facilitación de esta.

Especial interés tiene la declaración del Sr. ----- ya que trata sin duda de una persona con conocimientos sobre la cuestión por estudios y práctica profesional que, no obstante: i) califica el producto como de un riesgo similar al de acciones cotizadas en bolsa; ii) considera que el producto no es de renta fija; iii) y que no es, en sí un derivado. Escuchada su declaración, no parece que fuera consciente él mismo de la complejidad y de los riesgos del producto que ofrecía. De este modo difícilmente podía transmitir al cliente una información completa.

Llegados a este punto, advertido el perfil inversor moderado del cliente que se deriva del cuestionario, tampoco se observa que se haya facilitado la información adicional necesaria que justifique la recomendación concreta de tal producto complejo. En decisiones sobre productos financieros complejos, esta sala ha señalado: "... , son contratos complejos que requieren, para su comercialización, de la adopción de las prevenciones establecidas legalmente, de manera que no puedan ser siquiera ofertados a quienes no reúnen el perfil adecuado para la suscripción de tales productos o para que, caso de reunirlos, pueda adoptarse la decisión de contratar con el debido conocimiento de causa, de manera que no concurra un error de consentimiento invalidante de la operación. Hemos declarado, igualmente - y por razón de la enorme litigiosidad que ha generado este tipo de contratos - que siendo objeto de alegación la existencia de vicio de consentimiento por defecto de información, no cabe hacer consideraciones generales abstraídas de cada caso en particular en torno a la operativa de las entidades bancarias ni cabe, consecuentemente, una respuesta genérica a todos los procesos judiciales entablados, sino que en cada resolución judicial se han de examinar las concretas circunstancias concurrentes y las respectivas actuaciones de los litigantes, para con ello, fijar las conclusiones adecuadas al supuesto sometido a la consideración del Tribunal, en función del concreto momento en que se produjo la contratación y las circunstancias concurrentes." Sentencias de 14 de diciembre de 2011 (Rollo 708/2011) y 8 de febrero de 2012 (Rollo 47/2012 . Pte. Sr. Caruana Font de Mora).

QUINTO.-La demandada insiste en apelación en que no se han valorado adecuadamente las alarmas, las alertas que sobre el riesgo grave (posibilidad de pérdida del 100% de la inversión) se contienen en la orden de compra suscrita (véase folio 169), en negrita y subrayado **“, podría perder hasta el 100% de Importe Nominal de la Inversión”**. Sobre la suscripción de este tipo de declaraciones al contratar y su valor, la Sala 1ª del Tribunal Supremo en su sentencia de 12 de enero de 2015 (ROJ: STS 254/2015) explicaba: “*Tampoco son relevantes las menciones predispuestas contenidas en el contrato firmado por la Sra. Loreto en el sentido de que «he sido informado de las características de la Unidad de Cuenta...» y «declaro tener los conocimientos necesarios para comprender las características del producto, entiendo que el contrato de seguro no otorga ninguna garantía sobre el valor y la rentabilidad del activo, y acepto expresamente el riesgo de la inversión realizada en el mismo».* Se trata de menciones predispuestas por la entidad bancaria, que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento que se revelan como fórmulas predispuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos, como ya dijimos en la sentencia núm. 244/2013, de 18 abril. La normativa que exige un elevado nivel de información en

diversos campos de la contratación resultaría inútil si para cumplir con estas exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predispuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarara haber sido informado adecuadamente. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2014, dictada en el asunto C-449/13, en relación a la Directiva de Crédito al Consumo, pero con argumentos cuya razón jurídica los hace aplicable a estos supuestos, rechaza que una cláusula tipo de esa clase pueda significar el reconocimiento por el consumidor del pleno y debido cumplimiento de las obligaciones precontractuales a cargo del prestamista”.

Es por ello que la referencia expresa al conocimiento del riesgo extremo en el documento de orden de compra, redactado por la entidad, no puede servir para colmar la exigencia de información previa que procesalmente no se ha acreditado.

El Alto Tribunal es rotundo al señalar, en relación a la comercialización de productos complejos, que “...*el cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos de la operación especulativa de forma imparcial, clara y no engañosa, incluyendo además, de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión y, también, orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados (art. 79 bis LMV, apartados 2 y 3 ; art. 64 RD 217/2008), para lo que -con el fin de salvar el desequilibrio de información que podría viciar el consentimiento por error- se establece un instrumento, el test de idoneidad , 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.*” STS del 26 de febrero de 2015 (ROJ: STS 756/2015– ECLI:ES:TS:2015:756).

Es cierto que *"el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, 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 de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo, de acuerdo con lo declarado por esta sala en la sentencia num. 840/2013, de 20 de enero de 2014 "* (STS de 10 de septiembre de 2014, rec. nº 2162/2011).

Pues bien, esa presunción concurre y no se desvirtúa por la redacción de la orden de compra, documento que no puede considerarse más que coetáneo a la emisión de voluntad, no previo.

Sentado que se trataba de clientes minoristas particulares con un perfil moderado de inversión y que fue la entidad la que realizó el ofrecimiento del producto complejo, no se ha podido acreditar que la entidad informara del efectivo riesgo del negocio al cliente, que no contó con más información que la derivada del propio contrato (en el que sí que consta el riesgo de pérdida total de la inversión). Ciertamente se hizo un previo test de conveniencia (a don ----, no a su hermana que es de fecha posterior a la contratación), pero no se realizó el test de idoneidad (que era obligado) y no hubo información sobre el riesgo de forma adicional al contenido de las cláusulas del contrato.

Por mucho que en la orden de compra se haga constar el riesgo de pérdida total de la inversión, si no es explicado el motivo y la probabilidad de su actualización (previa y suficientemente) el cliente no puede valorar su concurrencia real.

En otras palabras, el deber de información sobre el riesgo de la operación no se colma con comunicar la posibilidad de que el “sinistro” se produzca, sino que se exige que se informe sobre la probabilidad de que este materialice, o se de detalle comprensible de la mecánica del producto para que el propio cliente pueda tomar una decisión consciente (salvando los imponderables del mercado). Dependerá de lo remoto que el cliente vea esa posibilidad de pérdida o de ganancia que se decida a formalizar la inversión o no.

Ello es lo que trata de satisfacer el test de idoneidad que no se ha practicado: *“En consecuencia, como se declaró en la STS de 7 de julio de 2014, rec. nº 1520/2012, lo relevante no es si la información debía incluir o no la posible evolución de los tipos de interés, sino que la entidad de crédito debía haber suministrado al cliente una información comprensible y adecuada sobre este producto que incluyera una advertencia sobre los concretos riesgos que asumía (según se concreta en el artículo 64.2 del RD 217/2008), y haberse cerciorado de que el cliente era capaz de comprender estos riesgos y de que, a la vista de su situación financiera y de los objetivos de inversión, este producto era el que más le convenía, lo que debía hacerse por medio del test de idoneidad.”* Así se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2015 en un asunto similar al presente (en aquel caso se traba de un swap) para concluir que no puede aceptarse la alegación de la suficiencia informativa del contenido del contrato *“... para excluir el error, tesis que cede -como en definitiva se ha considerado en la sentencia recurrida- ante la presunción, derivada del incumplimiento del deber de información, razón por la que en dicha sentencia se habla de "error heteroinducido" por la omisión de poner de manifiesto al cliente el riesgo real de la operación, ni tampoco sus alegaciones sobre el carácter inexcusable del error, pues como declaró esta Sala en la STS nº 244/2013, del Pleno, de 18 de abril de 2013, recurso nº 1979/2011, la obligación de información que establece la normativa legal es una obligación activa que obliga al banco, no de mera disponibilidad.”*.

SEXTO.- Efecto del déficit informativo.

El comportamiento de la entidad ha generado en los clientes un error esencial sobre los términos de la inversión. En términos de la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015 (ROJ: STS 254/2015):

“6.-Carácter esencial del error sobre los riesgos de la inversión.

La normativa del mercado de valores, incluso la vigente antes de la transposición de la Directiva MiFID, que es la aplicable en este caso por la fecha en que se concertó el contrato, da una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones de cálculo, accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de

aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza.

No se trata de cuestiones relacionadas con los móviles subjetivos de los inversores (la obtención de beneficios si se producen determinadas circunstancias en el mercado), irrelevantes, como tales, para la apreciación del error vicio. La trascendencia que la normativa reguladora del mercado de valores reconoce a la información sobre los riesgos aparejados a la inversión, al exigir una información completa y comprensible sobre tal cuestión, muestra su relación directa con la función económico-social de los negocios jurídicos que se encuadran en el ámbito de la regulación del mercado de valores”.

Tal error es excusable, tal y como exige la jurisprudencia (sentencias de 4 de enero de 1.982, 756/1996, de 28 de septiembre, 726/2000, de 1 de julio, 315/2009, de 13 de mayo)”... pese a no estar mencionada en el artículo 1.266, porque valora la conducta de quien se presenta como ignorante o equivocado, negándole protección cuando, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en esa situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida”.STS de de julio de 2014 (ROJ: STS 2660/2014).

En este punto, la entidad critica que una somera lectura del documento de orden de compra habría alertado al cliente, de manera que los interrogantes que pudiera tener, podrían haber sido respondidos. Por ello su error al suscribir sin hacer lectura es inexcusable.

No puede acogerse tal argumento por cuanto entender que el error que sufre el cliente resulta inexcusable por la mera lectura de unos documentos, equivaldría a hacer recaer en él las consecuencias del incumplimiento del deber legal del profesional. La reiterada Sentencia de 12 de enero de 2015 (ROJ: STS 254/2015) explicaba: “Cuando no existe la obligación de informar, la conducta omisiva de una de las partes en la facilitación de información a la contraria no genera el error de la contraparte, simplemente no contribuye a remediarlo, por lo que no tiene consecuencias jurídicas (siempre que actúe conforme a las exigencias de la buena fe, lo que excluye por ejemplo permitir, a sabiendas, que la contraparte permanezca en el error). Pero cuando, como ocurre en la contratación en el mercado de valores, el ordenamiento jurídico impone a una de las partes un deber de informar detallada y claramente a la contraparte sobre las presuposiciones que constituyen la causa del contrato, como es el caso de los riesgos en la contratación de productos y servicios de inversión, y le impone esa obligación con carácter previo a la celebración del contrato y con suficiente antelación, lo que implica que debe facilitar la información correcta en la promoción y oferta de sus productos y servicios y no solamente en la documentación de formalización del contrato mediante condiciones generales, para que el potencial cliente pueda adoptar una decisión inversora reflexiva y fundada (art. 12 Directiva y 5 del anexo al Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo), en tal caso, la omisión de esa información, o la facilitación de una información inexacta, incompleta, poco clara o sin la antelación suficiente, determina que el error de la contraparte haya de considerarse excusable, porque es dicha parte la que merece la protección del ordenamiento jurídico frente al incumplimiento por la contraparte de la obligación de informar de forma veraz, completa, exacta, comprensible y con la necesaria antelación que le impone el ordenamiento jurídico”.

Como último argumento, debe atenderse a lo declarado, de nuevo, por el Sr. ----. En el relato de su intervención señala la preocupación que había en esos momentos sobre la evolución del precio del dólar, divisa en la que tenía invertido su patrimonio el demandante. Precisamente por ello se le ofreció este producto como modo de protegerse de los riesgos. Se sustituye así una inversión por otra en la que existe un riesgo expresamente declarado de pérdida del 100%. Es inverosímil que un inversor del perfil del demandante, abandone una posición buscando refugio y se abone a otra más arriesgada, si no es por la confianza que ostenta en su asesor. Más inverosímil es aún que, tratando de evitar el riesgo del USD, se abone a un producto cuyo resultado se dará en esa misma divisa (luego seguía expuesto al riesgo).

Todo lo referido a Don ----, es trasladable a la codemandante Doña ---- como mayor razón, ignorante como aparece de la cuestión y ayuna de cualquier información.

Así, de acuerdo con aplicación al caso el supuesto de anulabilidad contractual a que se refiere el artículo 1265 y 1266 del Código Civil, el juzgador de instancia ha hecho una valoración correcta de los hechos y de la prueba desarrollada, que obliga a desestimar el recurso planteado por la entidad. Se confirma así la nulidad declarada y los efectos de esta declarados en la sentencia de instancia.

SÉPTIMO.- Conforme a lo prevenido en el 398 de la LEC, se hace expresa imposición de las costas devengadas en esta alzada a la parte apelante, con pérdida del depósito constituido para recurrir.

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

F A L L O

Desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la entidad BANKINTER S.A, contra la Sentencia de fecha 23 de febrero de 2015, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Valencia en autos de juicio ordinario nº 38/14 que se CONFIRMA en su integridad. Todo ello, con expresa imposición de las costas causadas en la alzada a la parte apelante y con pérdida por la misma del depósito constituido para recurrir.

No se hace expresa imposición de las costas causadas en primera instancia, ni de las devengadas en esta alzada consecuencia del recurso de apelación. Se acuerda la devolución a la parte apelante del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes y, de conformidad con lo establecido en el artículo 207.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, una vez transcurridos los plazos previstos, en su caso, para recurrir sin haberse impugnado, quedará firme, sin ulterior declaración, procediéndose a devolver los autos originales, junto con certificación literal de esta misma resolución y el oportuno oficio al Juzgado de procedencia para constancia y ejecución, uniéndose certificación al Rollo.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

DILIGENCIA DE CONSTANCIA.-La extiendo yo, el Secretario Judicial, para hacer constar y advertir a las partes de que, en el supuesto de que proceda, teniendo en cuenta los requisitos establecidos, y dado el carácter extraordinario de los mismos, la interposición de recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal contra la anterior resolución, conforme a lo establecido en el artículo 2º de la Ley 1/2009, de 3 de noviembre, de Reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial (BOE 4-11-09), se ha de consignar la cantidad de 50 euros, por cada uno de los recursos, en la Cuenta de Consignaciones que esta Sección tiene abierta en la entidad BANESTO, siendo el número de expediente: 4557-0000-12-(nº Rollo de apelación)-(año), indicando en el campo “concepto” el código “00 Civil-Reposición” y la fecha de la resolución recurrida con el formato DD/MM/AAAA. En el caso de realizar el ingreso mediante transferencia bancaria, tras completar el Código de Cuenta Corriente (CCC, veinte dígitos), se indicará en el campo “concepto” el número de cuenta, el código y la fecha en la forma expuesta en el párrafo anterior, debiéndose verificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase. Doy fe.