

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Décima

C/ Ferraz, 41 , Planta 2 - 28008

Tfno.: 914933917

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2014/0175510

Recurso de Apelación 1170/2016



(01) 30874678774

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 70 de Madrid
Autos de Procedimiento Ordinario 1322/2014

APELANTE::

PROCURADOR D./Dña. ERNESTO GARCIA-LOZANO MARTIN

APELADO:: CAIXABANK SA

PROCURADOR D./Dña. ADELA CANO LANTERO

SENTENCIA N° 100/2017

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

D./Dña. MARÍA ISABEL FERNÁNDEZ DEL PRADO

D./Dña. MARÍA BEGOÑA PÉREZ SANZ

D./Dña. GUILLERMO CORTÉS GARCÍA-MORENO

En Madrid, a veintiocho de febrero de dos mil diecisiete.

La Sección Décima de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles Procedimiento Ordinario 1322/2014 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 70 de Madrid a instancia de

apelantes - demandantes, representados por el/la Procurador D./Dña. ERNESTO GARCIA-LOZANO MARTIN y defendidos por Letrado, contra CAIXABANK SA apelado - demandado, representado por el/la Procurador D./Dña. ADELA CANO LANTERO y defendida por Letrado; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 27/06/2016.

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

VISTO, siendo Magistrado Ponente D. GUILLERMO CORTÉS GARCÍA-MORENO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia nº 70 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 27/06/2016, cuyo fallo es el tenor siguiente:”Que desestimo la demanda formulada por el Procurador don Ernesto García Lozano Martín en nombre y representación de

con la asistencia de Letrado

don Fernando Zunzunegui Pastor, contra la entidad CAIXABANK S.A., absuelvo a la parte demandada de todos los pedimentos contenidos en la demanda. Todo ello con expresa condena en costas a la parte actora.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de APELACIÓN en el plazo de VEINTE DIAS, ante este Juzgado, para su resolución por la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid (artículos 458 y siguientes de la L.E.Civil), previa constitución de un depósito de 50 euros, en la cuenta de este Órgano.”.

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, 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.- Por providencia de esta Sección, de fecha 10 de febrero de 2017, se acordó que no era necesaria la celebración de vista pública, quedando en turno de señalamiento para la correspondiente deliberación, votación y fallo, turno que se ha cumplido el día 28 de febrero de 2017.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El procedimiento a que se contrae la presente apelación se inicia por demanda de

contra la entidad de BARCLAYS BANK, S.A, ahora CAIXABANK S.A, por la que solicitan se dicte sentencia que declare que la demandada ha sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones en la comisión mercantil consistente en la operación de intermediación sobre el instrumento objeto de la litis, y en el cumplimiento de sus obligaciones de adecuación de la oferta a los objetivos de inversión, y de informar de las características y los riesgos del producto, en los términos recogidos en el cuerpo de la presente demanda, y al amparo del artículo 1101 del Código Civil,, se le condene a indemnizar a los demandantes con el importe abonado para adquirir el producto objeto de la

litis, 215.456,98 euros, junto con los intereses legales que se hayan devengado, previa compensación con las cantidades abonadas por el demandado en concepto de cupones, menos el valor residual que pudiera tener el producto objeto de la litis. Subsidiariamente, que se declare que el demandado ha sido negligente en el cumplimiento de su obligación de mantener en todo momento adecuadamente informado al cliente, en concreto por no informar de la bajada de rating del emisor a 17 de julio de 2008, y al amparo del artículo 1101 del Código Civil, se le condene a indemnizar a los demandantes con el valor del producto a 17 de julio de 2008, junto con los intereses legales que se hayan devengado, estando obligado Barclays, en su condición de depositario de los títulos, a determinar y facilitar el valor del instrumento a 17 de julio de 2008.

Se opuso a la demanda la parte demandada, alegando, en síntesis, que la parte demandada ha cumplido sus obligaciones de información, que el demandante era consciente de los riesgos del producto contratado, y que ejercitándose una acción del artículo 1101 del Código Civil, y no de nulidad por vicio de consentimiento, no existe relación de causalidad entre las pérdidas, que tienen su origen en la quiebra de Lehman Brothers, y la supuesta falta de información de los riesgos del producto, pues si se hubiera invertido en otro producto garantizado de la misma entidad también se habrían producido las pérdidas.

SEGUNDO.- Por la Magistrada titular del Juzgado de Primera Instancia núm. 70 de Madrid se dictó sentencia en fecha 27 de junio de 2016 por la que se desestimaba la demanda.

Contra la sentencia dictada se alza en apelación la parte actora alegando, en síntesis, error en la valoración de la prueba, al haber existido un incumplimiento por parte de Barclays de sus obligaciones como prestador de servicios de inversión, lo que determina la obligación de indemnizar al cliente los daños y perjuicios sufridos.

Termina solicitando se estime la apelación y con revocación de la sentencia de primera instancia se dicte otra por la que se estime la demanda presentada, con la condena en costas de la primera instancia a la parte apelada. Todos los motivos de apelación van a ser objeto de un examen conjunto, dada la interrelación de los mismos, y en evitación de reiteraciones indeseadas.

TERCERO.- No se comparten los fundamentos de derecho de la sentencia de instancia que deberán ser sustituidos por la siguiente fundamentación.

Se sostiene por la parte actora que por falta de suficiente información por parte de la demandada, contraviniendo normas de carácter imperativo, ha existido una negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones, que originan la obligación de resarcimiento de la cantidad reclamada. No se ejercita una acción de nulidad ni anulabilidad por vicio del consentimiento, sino una acción prevista en el artículo 1.101 del Código Civil.

Son hechos que se han acreditado en los autos los siguientes:

Que fue el empleado del banco, director de patrimonios, quien acudió al domicilio del para “convencerle para que trabajara con ellos”, como refiere este testigo en el acto del juicio oral, manifestando que es

práctica habitual, en contra de lo manifestado por la parte demandada en su contestación donde refiere que esto no es habitual y que se hizo en el caso concreto por haberlo solicitado el cliente al tener problemas de movilidad, sin que nada de esto manifieste el testigo.

que en el momento de la contratación, 14 de noviembre de 2006, tenía 80 años de edad, dio orden a Barclays para que comprara y suscribiera participaciones preferentes de Lehman Brothers por un valor nominal de 213.641 euros. Al mismo tiempo dio orden para suscribir participaciones preferentes de Heslan por valor nominal de 210.538 euros, y de NDB por valor de 212.255 euros. Estas tres compras se refieren en la demanda, en contra de lo manifestado por el demandado de que los demandantes ocultan las otras dos compras por las que no se reclama.

Las participaciones preferentes Lehman Brothers le proporcionan rendimientos económicos en el año 2007, mediante el cobro de los cupones.

A consecuencia de la quiebra de Lehman Brothers, y su esposa, como usufructuarios del dinero, y sus hijos, propietarios del mismo, pierden toda su inversión salvo los cupones que ya había cobrado.

CUARTO.- Las participaciones preferentes son valores representativos del capital social del emisor que otorgan, a sus titulares, unos derechos diferentes a los de las acciones ordinarias (ya que carecen de derechos políticos y del derecho de suscripción preferente). Siendo, sus principales características, las siguientes: Conceden a sus titulares una remuneración predeterminada (fija o variable), no acumulativa, condicionada a la obtención de beneficios distribuibles, por parte de la sociedad garante o del grupo consolidable. En el orden de prelación de créditos se sitúan por delante de las acciones ordinarias, en igualdad de condiciones con cualquier otra serie de participaciones preferentes y por detrás de todos los acreedores comunes y subordinados; Las participaciones preferentes son perpetuas, aunque el emisor podrá acordar la amortización una vez transcurridos un período de tiempo desde su desembolso (en este caso el día 21 de septiembre de 2009); Y cotizan en AIAF, mercado organizado de renta fija.

Entre los productos financieros, las participaciones preferentes es uno más cuya validez y eficacia resulta indiscutible. Y en este sentido se pronuncia el Pleno de la Sala de lo Civil del *Tribunal Supremo número 458/2014 de 8 de septiembre de 2014 (nº de recurso 1673/2013)* en sus fundamentos de derecho 8 y 9.

Dadas las características de las participaciones preferentes es un producto financiero complejo y de riesgo elevado. Pero, como producto financiero, es correcto y ajustado a las reglas del mercado. No se analiza, en el presente proceso, la emisión del producto ni el producto financiero en sí mismo, sino la comercialización que del mismo se llevó a cabo por Barclays a su cliente

QUINTO.- A las empresas de servicios de inversión y a las entidades de crédito que presten servicios de inversión se les impone, para con sus clientes o potenciales clientes, un deber precontractual que se manifiesta en una doble obligación, la de obtener información de sus clientes y la de darles o proporcionarles información.

La regulación de este deber precontractual que se manifiesta en la doble obligación

reseñada, cambió, en nuestro ordenamiento jurídico, con la transposición, al mismo, de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 relativa a los mercados de instrumentos financieros.

I. Con anterioridad a la aplicación en España de la directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004, debía estarse a la *letra e) del apartado 1 del artículo 79 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, de Mercado de Valores*, en su redacción anterior a la que se le ha dado por la Ley 47/2007 de 19 de diciembre, con base a la cual las empresas de servicios de inversión y las entidades de crédito, tanto recibiendo o ejecutando ordenes, deberán atenerse al siguiente principio y requisito : "Asegurarse de que dispone de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados". El Real Decreto 629/1993 de 3 de mayo sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios (que estuvo vigente hasta el día 17 de febrero de 2008, habiendo sido derogado por la letra "b" del número 1 de la disposición derogatoria única del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre régimen jurídico de las empresas de servicio 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 *Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre - B.O.E. de 16 de febrero de 2008-*) cuyo apartado 1 de su artículo 2 dispone que toda entidad que realice cualquier actividad relacionada con los mercados de valores "deberá cumplir las reglas generales contenidas en el anexo, atendiendo en todo caso al interés de los inversores y al buen funcionamiento y transparencia de los mercados". Y en ese anexo, bajo la rúbrica de "Código general de conducta de los mercados de valores", se decía que: "Las entidades solicitarán de sus clientes la información necesaria para su correcta identificación, así como información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión cuando esta última sea relevante para los servicios que se vayan a proveer" (apartado 1 del artículo 4 bajo la rúbrica de "información sobre la clientela"). "La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata; Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos"; "Las entidades deberán informar a sus clientes con la máxima celeridad de todas las incidencias relativas a las operaciones contratadas por ellos, recabando de inmediato nuevas instrucciones en caso de ser necesario al interés del cliente; Solo cuando por razones de rapidez ello no resulte posible, deberán proceder a tomar por sí mismas las medidas que, basadas en la prudencia, sean oportunas a los intereses de los cliente" (apartados 3 y 5 del artículo 5 bajo la rúbrica "información a los clientes"). Y la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 25 de octubre de 1995 de desarrollo parcial del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorio (cuya sección tercera y quinta fue derogada por la letra "c" del apartado 1 de la disposición derogatoria única del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre régimen jurídico de las empresas de 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 *Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre - B.O.E. de 16 de febrero de 2008-*), que decía, en la regla 1 de su artículo noveno (incardinado en la sección quinta bajo la rúbrica de "información sobre operaciones"), que: "las entidades deberán informar a sus clientes con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones; Dicha información deberá ser clara, concreta y de fácil

comprensión para los mismos".

II. La Directiva 2004/39/CE del parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 relativa a los mercados de instrumentos financieros por la que se modifican las Directivas 85/611/ CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo, conocida por las iniciales ("MIFID") de su denominación en ingles ("markets in financial instruments directive"), que fue publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea del día 30 de abril de 2004, fecha en la que entró en vigor (artículo 72), y, desde esta fecha, se concede un plazo de 24 meses, a los Estados miembros de la Unión, para su incorporación al ordenamiento jurídico interno (artículo 70). Habiendo sido, esta directiva, desarrollada por la Directiva 2006/73/CE de la Comisión de 10 de agosto de 2006, que fue publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea del día 2 de septiembre de 2006 y entró en vigor al vigésimo día siguiente al de su publicación (art. 54), debiendo, los Estados miembros de la Unión, incorporarlos a sus ordenamientos jurídicos, mediante publicación de disposiciones legales a mas tardar el día 31 de enero de 2007, las cuales, serán de aplicación a partir del 1 de noviembre de 2007 (art. 53). Siendo así que, estas directivas, fueran incorporadas, al ordenamiento jurídico español, mediante dos textos legales. En primer lugar, la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio del Mercado de Valores , publicada en el B.O.E. número 304 del jueves 20 de diciembre de 2007, cuya fecha de entrada en vigor ha dado lugar a posiciones dispares, pues, mientras para unos, en base a la *disposición final sexta*(bajo la rúbrica de "entrada en vigor" , dispone que: la presente Ley entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el <<Boletín oficial del Estado>>"), habría entrado en vigor el día 21 de diciembre de 2007, para otros, en base a la *disposición transitoria primera* (bajo la rúbrica de "plazo de adaptación de las entidades que presten servicios de inversión", indica que: "las entidades que presten servicios de inversión deberán adaptar sus estatutos, programas de actividades y reglamentos internos de conducta a lo dispuesto en esta Ley y en su normativa de desarrollo en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de esta ley"), no habría entrado en vigor hasta el día 21 de junio de 2008. Y, en segundo lugar, el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios 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 *Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre, publicado en el B.O.E. número 41 del sábado 16 de febrero de 2008*, y, cuya entrada en vigor, en base a lo dispuesto en su *disposición final cuarta* ("... entrara en vigor al día siguiente al de su publicación en el <<Boletín oficial del Estado>>..." bajo la rúbrica de "entrada en vigor"), no ofrece duda que lo fue el día 17 de febrero de 2008.

En cuanto a la entrada en vigor de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores, la *sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo número 385/2014, de 7 de julio de 2014- n° de recurso 1520/2012* - (primer párrafo del fundamento de derecho cuarto) se decanta por el día 21 de diciembre de 2007.

A/ Al cliente debe, ante todo, clasificársele en profesional y minorista, siendo clientes profesionales, con carácter general, aquéllos a quienes se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos, y, en particular, tan sólo tendrán la consideración de

clientes profesionales aquellos que se enumeran en el *apartado 3 del artículo 78 bis de la ley de Mercado de Valores*, mientras que, todos los demás clientes, se considerarán minoristas.

B/ En cuanto a la obligación de dar o proporcionar información a los clientes, deberá ser una información imparcial, clara y no engañosa (siendo claramente identificables, como tales, las comunicaciones publicitarias), debiendo incluir, en todo caso de manera comprensible, la empresa de inversión y sus servicios (reseñando los costes de las operaciones y servicios realizados por cuenta del cliente), los instrumentos financieros y las estrategias de inversión propuestas (con referencia específica a las orientaciones y advertencias apropiadas acerca de los riesgos asociados a las inversiones en estos instrumentos o en relación con estrategias de inversión particulares), centro de ejecución de órdenes y gastos y costes asociados, para que les permita a los clientes, en lo posible, comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece, pudiendo, en consecuencia, decidir si les conviene invertir en eses concreto producto financiero (*artículo 19 apartado 2 , 3 y 8 de la Directiva 2004/39/CE y artículo 79 bis apartados 2 , 3 y 4 de la Ley de Mercado de Valores*).

C/ Respecto a la obligación de obtener información de los clientes, la entidad deberá hacer, a cada uno de los clientes, un test o cuestionario. Y, el contenido de este test o cuestionario, será distinto atendiendo al dato de que la entidad " preste asesoramiento en materia de inversiones ó realice gestión de carteras " para el cliente, en cuyo caso le tendrá que hacer una "evaluación de idoneidad" (*artículo 19 apartado 4 de la Directiva 2004/39/CE , artículo 79 bis apartado 6 de la Ley de Mercado de Valores , artículo 35 de la Directiva 2006/73/CE y artículo 72 del Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero*). Mientras que si la entidad "no" presta asesoramiento en materia de inversiones ni realiza gestión de carteras para el cliente basta con que se le haga una "evaluación de conveniencia" (*artículo 19 apartado 5 de la Directiva 2004/39/CE , artículo 79 bis apartado 7 de la Ley de Mercado de Valores , artículo 36 de la Directiva 2006/73/CE y artículo 73 del Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero*). Y lo que debe entenderse, a estos efectos, por "prestar asesoramiento en materia de inversiones", lo indica la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta; Caso Genil 48 s.l. y otros contra Bankinter s.a. y otros) de 30 de mayo de 2013 (TJCE01342) en sus apartados 49 a 55 y declaración 2 ("el hecho de ofrecer un contrato de permuta financiera a un cliente con objeto de cubrir el riesgo de variación del tipo de interés de un producto financiero que ha suscrito dicho cliente es un servicio de asesoramiento en materia de inversión, siempre que la recomendación relativa a la suscripción de ese contrato de permuta se dirija a dicho cliente en su calidad de 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").

1º. La finalidad de la "evaluación de idoneidad" radica en que, la entidad, le pueda recomendar, al cliente, los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan, y, para ello, la información que deberá obtenerse será la necesaria sobre los conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio, la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente o posible cliente (*artículo 19 apartado 4 de la Directiva 2004/39/CE , artículo 79 bis apartado 6 de la Ley de Mercado de Valores , artículo 35 de la Directiva 2006/73/CE y artículo 72 del Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero*). Y, cuando la entidad no obtenga la información propia de la evaluación de idoneidad, se abstendrá de recomendar servicios de inversión o

instrumentos financieros a sus clientes o posibles clientes (*artículo 79 bis apartado 6 de la Ley de Mercado de Valores*).

2º. La finalidad de la "evaluación de conveniencia" radica en que, la entidad, pueda evaluar si el servicio o producto de inversión previsto es adecuado para el cliente, y, para ello, la información que deberá obtener recaerá sobre los conocimientos y experiencia del cliente en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado (*artículo 19 apartado 5 párrafo primero de la Directiva 2004/39/CE* , *artículo 79 bis apartado 7 párrafo primero de la Ley de Mercado de Valores* , *artículo 36 de la Directiva 2006/73/CE* y *artículo 73 del Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero*). En el caso de que el cliente no proporcione la información propia de la evaluación de conveniencia o ésta fuera insuficiente, deberá la entidad advertir al cliente que no puede determinar si el servicio de inversión o el producto previsto es adecuado para él. Y si, en base a la información obtenida con la evaluación de conveniencia, considera la entidad que el producto o el servicio de inversión no es adecuado para el cliente tiene que advertirle su inadecuación (*artículo 79 bis apartado 7 párrafo segundo de la Ley de Mercado de Valores*).

D/ Excepcionalmente la entidad no tendrá, para con su cliente, la doble obligación de obtener y darle o proporcionarle información en el caso de que se ofrezca un servicio de inversión como parte de un producto financiero que ya esté sujeto a otras disposiciones de la legislación comunitaria o a normas europeas comunes para entidades de crédito y créditos al consumo relativas a la valoración de riesgos de los clientes o a los requisitos de información (*artículo 19 apartado 9 de la Directiva 2004/39/CE* y *artículo 79 quáter de la Ley de Mercado de Valores*). Supuesto excepcional que debe interpretarse en el sentido de que, por una parte, un servicio de inversión solo se ofrece como parte de un producto financiero cuando forma parte intrínseca de éste en el momento en que dicho producto financiero se ofrece al cliente y, por otra parte, lo dispuesto en la legislación de la Unión y en las normas europeas comunes a las que se refiere el precepto debe permitir una valoración del riesgo de los clientes o establecer requisitos de información que incluyan asimismo el servicio de inversión que forma parte intrínseca del producto financiero de que se trate, para que este servicio deje de estar sujeto a la doble obligación de obtener y dar o proporcionar información, tal y como se recoge en la declaración 1 de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta; Caso Genil 48 s.l. y otros contra Bankinter s.a. y otros) de 30 de mayo de 2013 (TJCE 01342) y lo desarrolla en sus apartados 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47 y 48.

También excepcionalmente la entidad no tendrá para con su cliente la obligación de obtener información mediante la práctica de la evaluación de conveniencia cuando, prestando la entidad el servicio de ejecución o recepción y transmisión de órdenes de clientes, con o sin prestación de servicios auxiliares, se cumplan las siguientes condiciones: a) Que la orden se refiera a acciones admitidas a negociación en un mercado regulado o en un mercado equivalente de un tercer país; a instrumentos del mercado monetario; a obligaciones u otras formas de deuda titulizadas, salvo que incorporen un derivado implícito; a instituciones de inversión colectiva armonizadas a nivel europeo y a otros instrumentos financieros no complejos; b) que el servicio se preste a iniciativa del cliente; c) que la entidad haya informado al cliente con claridad de que no está obligada a evaluar la adecuación del instrumento ofrecido o del servicio prestado y que, por tanto, el cliente no goza de la protección establecida en el apartado anterior; d) que la entidad cumpla lo

dispuesto en la *letra d del apartado 1 del artículo 70 y en el artículo 70 ter 1 d de la Ley de Mercado de Valores (artículo 19 apartado 6 de la Directiva 2004/39/CE y artículo 79 bis apartado 8 de la Ley de Mercado de Valores)*.

Igualmente con carácter excepcional, al obtener la información la entidad de su cliente mediante la evaluación de idoneidad, no tendrá que obtener información sobre los conocimientos y experiencia del cliente en el caso de que se trate de un cliente profesional (*artículo 79 bis apartado 6 última frase de la Ley de Mercado de Valores*).

E/ Para el caso de incumplimiento por parte de la entidad para con uno de sus clientes, de las obligaciones de obtener y de dar o proporcionar información, no se establece la consecuencia jurídica de ese incumplimiento obligacional precontractual. Siendo a cada uno de los Estados miembros de la Unión a los que corresponde establecer, para su particular territorio, esa consecuencia jurídica. Así lo proclama la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta; Caso Genil 48 s.l. y otros contra Bankinter s.a. y otros) de 30 de mayo de 2013 (TJCE01342) en su declaración 3 ("Corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las condiciones contractuales que deben derivarse de la inobservancia, por parte de una empresa de inversión que ofrece un servicio de inversión, de las exigencias de evaluación establecidas en el *artículo 19, apartados 4 y 5 de la Directiva 2004/39* , respetando los principios de equivalencia y efectividad"). Y, al transponerse la Directiva comunitaria al ordenamiento jurídico español, no se estableció, como consecuencia jurídica del incumplimiento obligacional precontractual de obtener y dar o proporcionar información, la nulidad del negocio jurídico de adquisición, por el cliente, del producto financiero a través de la intermediación de la entidad. Nada le impedía al legislador español establecer esta sanción jurídica de la nulidad pero lo cierto es que no la estableció. Y sin que pueda invocarse el *apartado 3 del artículo 6 del Código Civil* ("Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención") para interesar la nulidad del negocio jurídico. Pues como se dice en el párrafo segundo del número 10 del fundamento de derecho séptimo de la *sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo número 323/2015 de 30 de junio de 2015 (nº de recurso 2780/2013)*: "Debe tomarse en consideración que la norma legal que introdujo los deberes legales de información del *artículo 79 bis de la Ley de Mercado de Valores* no estableció, como consecuencia a su incumplimiento, la nulidad del contrato de adquisición de un producto financiero, sino otro efecto distinto, de orden administrativo, para el caso de contravención. En concreto la Ley 47/2007, al tiempo que transpuso la *Directiva MIFID*, estableció una sanción específica para el incumplimiento de estos deberes de información del *artículo 79 bis*, al calificar esta conducta de «infracción muy grave» en el *artículo 99.2.z bis de la Ley de Mercado de Valores* , lo que permite la apertura de un expediente sancionador por la Comisión Nacional del Mercado de Valores para la imposición de las correspondientes sanciones administrativas- *artículo 97 y siguientes de la Ley del Mercado de Valores* -". Reiterando lo que ya se había proclamado en el fundamento de derecho 13 de la *sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo número 716/2014 de 15 de diciembre de 2014 -nº de recurso 48/2013 -*.

SEXTO.- Dada la fecha en que se dio la orden de adquisición de las participaciones preferentes Lehman Brothers el día 14 de noviembre de 2006, no es de aplicación, al presente caso, la ley 47/2007 que no entró en vigor hasta el día 21 de diciembre de 2007 y menos aún el Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero que no entró en

vigor hasta el día 17 de febrero de 2008.

En consecuencia, carece de relevancia el calificar de cliente minorista a , ya que se trata de una clasificación jurídica introducida por la legislación post MIFID. Igualmente, carece de trascendencia si el producto fue o no ofrecido por el Banco a su cliente, al tratarse de un hecho que agota su trascendencia en la necesidad de hacer un test de conveniencia o de idoneidad, la cual fue introducida por la legislación post MIFID.

Ahora bien en la legislación pre-MIFID ya se imponía, al Banco que comercializaba un producto financiero con sus clientes, un deber precontractual de informarles de los riesgos de ese producto financiero.

Entendiendo como riesgo económico para el inversor la pérdida de lo invertido. Las participaciones preferentes, como producto financiero, entrañan ese riesgo proveniente de una crisis económica del emisor que hubiera dado lugar a su concurso o quiebra.

En este sentido la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2016 establece: *“Como venimos advirtiendo desde la sentencia 460/2014, de 10 de septiembre, las previsiones normativas anteriores a la trasposición de la Directiva MiFID eran 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 eran meras cuestiones de cálculo, accesorias, sino que tenían el carácter de esenciales, pues se proyectaban 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.*

El art. 79 LMV, vigente en la fecha de la primera adquisición de obligaciones subordinadas, ya establecía como una de las obligaciones de las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el mercado de valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, la de «asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados [...]».

Por su parte, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, que establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Resumidamente, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, de quienes debían solicitar información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión.

El art. 5 del anexo de este RD 629/1993 regulaba con mayor detalle la información que estas entidades que prestan servicios financieros debían ofrecer a sus clientes:

«1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de

inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos [...].

»3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos».

El Banco tiene la obligación precontractual de informar a su cliente sobre este riesgo. La carga de probar que se ha informado de forma cumplida sobre el producto complejo, sobre el riesgo del producto y del emisor, incumbe a la entidad financiera, como reiteradamente señala la jurisprudencia, de conformidad con el principio de facilidad probatoria.

En el presente caso la parte demandada no ha aportado prueba alguna al respecto. Toda la documentación que se entregó al cliente fue la orden de compra que obra como documento dos de los aportados con la demanda, en el que no se incluye información alguna del producto, ni de la entidad emisora, más allá del nombre de esta. Y no puede considerarse prueba al respecto la mera declaración testifical de director de la patrimonios de la entidad bancaria que comercializó el producto, que es precisamente la persona que debía proporcionar esa información, por lo que su declaración puede estar determinada por el hecho de no revelar una responsabilidad, aunque sea moral, ética o laboral, por la mala comercialización del producto. Pero incluso con su declaración resulta evidente que no se facilitó una información completa y adecuada, por cuanto dice que se hablaba solo del riesgo de la empresa, no del riesgo del producto, que no recuerda si se informó al cliente de que el emisor era una filial de la matriz de Lehman Brothers, que el folleto estaba en inglés y tenía unas 500 hojas, de donde resulta claro que no se entregó el folleto y que aunque se entregara no culminaba las exigencias de información. El propio testigo admite que el no repasó el folleto. Ninguna otra prueba ha aportado el demandado sobre la información facilitada al cliente. El hecho de que este fuera letrado en modo alguno reduce las exigencias de información que correspondían al banco. Tampoco ha acreditado el demandado que el cliente tuviera anteriormente productos de inversión.

La información tiene que ser proporcionada por el Banco a su cliente con la suficiente antelación respecto del momento en que se produce la emisión del consentimiento por el cliente para que éste pueda formarse adecuadamente. En este sentido se pronuncia la *sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo número 769/2014, de 12 de enero de 2015 -nº de recurso 2290/2012-*, que añade, en sus párrafos penúltimo y último del apartado 6 del fundamento de derecho séptimo, que: "No se cumple este requisito -proporcionar información- cuando tal información se ha omitido en la oferta o asesoramiento al cliente en relación a tal servicio o producto..., y solo se facilita en el momento mismo de firma del documento contractual, inserta dentro de una reglamentación contractual que por lo general es extensa. 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, declara que las obligaciones en materia de información impuestas por la normativa con

carácter precontractual, no pueden ser cumplidas debidamente en el momento de la conclusión del contrato, sino que deber serlo en tiempo oportuno, mediante la comunicación al consumidor, antes de la firma de ese contrato, de las explicaciones exigidas por la normativa aplicable."

Y, en cualquier caso, no se ha acreditado en modo alguno que se diera una información concreta y específica del riesgo proveniente de la crisis económica de la entidad emisora de las participaciones preferentes, con lo que no queda cumplida la obligación precontractual de informar el Banco a su cliente.

SÉPTIMO.- Acreditado por tanto el incumplimiento por parte del demandado de sus deberes de información en la contratación del producto objeto del litigio, hay que entrar a examinar si ese incumplimiento da lugar a la indemnización de daños y perjuicios que se pretende, al amparo del artículo 1.101 del Código Civil. Entiende el apelado que, aún admitiendo el incumplimiento, no existe relación de causalidad entre este y el daño, que derivó de la quiebra de la entidad emisora.

Sin embargo el Tribunal Supremo se ha pronunciado en sentido contrario, así la reciente Sentencia de 16 de noviembre de 2016 señala:

“5.- En las Sentencia las sentencias 754/2014, de 30 de diciembre, 397/2015, de 13 de julio, y la 398/2015, de 10 de julio, ya advertimos que no cabía «descartar que el incumplimiento grave de aquellos deberes y obligaciones contractuales de información al cliente y de diligencia y lealtad respecto del asesoramiento financiero pueda constituir el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por los clientes como consecuencia de la pérdida, prácticamente total, de valor de las participaciones preferentes , aunque lógicamente es preciso justificar en qué consiste la relación de causalidad.» Y en la anterior Sentencia 244/2013, de 18 de abril, entendimos que el incumplimiento por el banco del incumplimiento grave de los deberes de información exigibles al profesional que opera en el mercado de valores en su relación con clientes potenciales o actuales «constituye el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por tales clientes como consecuencia de la pérdida casi absoluta de valor de las participaciones preferentes de Lehman Brothers adquiridas». Aunque esta sentencia se refiere a la responsabilidad por la actuación de la entidad prestadora de servicios financieros en el marco de un contrato de gestión discrecional de carteras de valores, la doctrina sobre las consecuencias del incumplimiento del estándar de diligencia, resulta aplicable, en lo fundamental, respecto de las exigencias que el art. 79 bis 6 LMV impone a quien presta un servicio de asesoramiento financiero.

En consecuencia, conforme a esta jurisprudencia, cabía ejercitar una acción de indemnización de daños y perjuicios basada en el incumplimiento de los deberes inherentes al test de idoneidad y a la consiguiente información a prestar al cliente minorista, siempre que de dicho incumplimiento se hubiera derivado el perjuicio que se pretende sea indemnizado. Este perjuicio es la pérdida de la inversión, como consecuencia de la quiebra del emisor de las participaciones preferentes.

De tal forma que cabe atribuir al incumplimiento de los deberes inherentes a la exigencia del test de idoneidad y de información clara, precisa, imparcial y con antelación

de los riesgos inherentes al producto ofertado, la consideración de causa jurídica del perjuicio sufrido, pues si no consta que el demandante fuera inversor de alto riesgo (o, cuanto menos, que no siéndolo, se hubiera empeñado en la adquisición de este producto), el banco debía haberse abstenido de recomendar su adquisición, por lo que, al hacerlo, y al no informar sobre los riesgos inherentes al producto, propició que el demandante asumiera el riesgo que conllevó la pérdida de la inversión.

6.- *Lo expuesto lleva a que deba atribuirse al incumplimiento por la demandada de sus deberes de información sobre los riesgos inherentes al producto la consideración de causa jurídica del perjuicio sufrido, pues el incumplimiento por Bankinter de los deberes de información impuestos por la normativa del mercado de valores propició que el demandante asumiera el riesgo que conllevó la pérdida de la inversión.”*

OCTAVO.- Junto a la orden de adquisición de las participaciones preferentes Lehman Brothers , dio otras dos órdenes de adquisición también de participaciones preferentes de distintos emisores. El actor está legitimado para ejercitar la acción solo respecto de las participaciones preferentes de Lehman Brothers, que son las que le han causado perjuicios, por lo que aún habiendo incumplido el banco sus deberes de información respecto de las tres inversiones, corresponde la legitimación activa para el ejercicio de esta acción única y exclusivamente a la parte contratante que sufrió el perjuicio, a quien nada le impide, una vez que constata las consecuencias económicas de ese negocio jurídico, si las mismas le son favorables, confirmarlo o simplemente no ejercitar la acción. De ahí que, ante tres negocios jurídicos, el contratante que padeció el perjuicio puede ejercitar la acción solo respecto de aquel que le resultó económicamente desfavorable y no hacerlo respecto de los otros dos por haberle resultado económicamente rentables. Está en su derecho y puede hacerlo. Y sin que de ello se puedan entresacar la consecuencia de que, el no haber ejercitado la acción respecto de dos de ellas, le impide la prosperabilidad de la acción respecto del otro negocio jurídico. Lo determinante es que el cliente carecía de conocimientos financieros por lo que ignoraba el riesgo económico de las participaciones preferentes. Lo que no queda desvirtuado por el dato de que hubiera oído hablar de las participaciones preferentes.

NOVENO.- De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil procede imponer las costas de la primera instancia a la parte demandada, y no procede hacer expresa condena en costas en esta apelación, de conformidad con lo establecido en el art 398 del mismo texto legal.

Vistos los preceptos legales citados y demás disposiciones normativas de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

En méritos de lo expuesto, con ESTIMACIÓN del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de .

, frente a la *sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm.70 de Madrid en fecha 27 de junio de 2016*, en los autos de proceso de declaración seguidos ante dicho órgano por los trámites del procedimiento ordinario con el núm. 1322/2014 PROCEDE :

1.º REVOCAR TOTALMENTE la expresada resolución, en consecuencia, se estima la demanda interpuesta en nombre y representación de

Condenando a la demandada a devolver a los demandantes la cantidad de 215.546,98 euros, más los intereses legales desde la fecha de la suscripción, minorada por los rendimientos obtenidos por los demandantes en esa inversión con sus intereses legales desde su cobro, con devolución de las participaciones al demandado.

2.º CON EXPRESA CONDENA en las costas de la primera instancia a la parte demandada. NO HABER LUGAR a especial pronunciamiento respecto del pago de las costas ocasionadas en la sustanciación de esta alzada.

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

Remítase testimonio de la presente Resolución al Juzgado de procedencia para su conocimiento y efectos.

MODO DE IMPUGNACION: Contra esta Sentencia no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en Banco de Santander Oficina Nº 6114 sita en la calle Ferraz nº 43, 28008 Madrid, con el número de cuenta 2577-0000-00-1170-16, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

Así por esta Sentencia de la que se unirá certificación literal y autenticada al Rollo de Sala núm. 1170/2016, lo acordamos 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