

**Roj:** SAP VI 733/2011  
**Órgano:** Audiencia Provincial  
**Sede:** Vitoria-Gasteiz  
**Sección:** 1  
**Nº de Recurso:** 211/2011  
**Nº de Resolución:** 336/2011  
**Fecha de Resolución:** 22/06/2011  
**Procedimiento:** CIVIL  
**Ponente:** MARIA MERCEDES GUERRERO ROMEO  
**Tipo de Resolución:** Sentencia

#### Encabezamiento

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALAVA ARABAKO PROBINTZIA AUZITEGIA Sección /**  
**Sekzioa:** 1ª/1.

AVENIDA GASTEIZ 18-2ª planta - C.P./PK: 01008

Tel.: 945-004821

Fax / Faxes: 945-004820

N.I.G. /IZO: 01.02.2-09/015937

#### **A.p.ordinario L2 / 211/2011 - A**

O.Judicial origen /Jatorriko Epaitegia: Juzgado de 1ª Instancia nº 6 de Vitoria / Gasteizko Lehen Auzialdiko 6 zk.ko Epaitegia Autos de 1798/2009 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: BANCO INVERSIS S.A. Procurador/a/ Prokuradorea:ANA ROSA FRADE FUENTES Abogado/a / Abokatua:

Recurrido/a / Errekurritua: Epifanio , Virginia y Azucena

Procurador/a / Prokuradorea: ITZIAR LANDA IRIZAR, ITZIAR LANDA IRIZAR y ITZIAR LANDA IRIZAR

Abogado/a/ Abokatua:

#### **APELACIÓN CIVIL**

La Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz compuesta por los Ilmos. Sres. Dª Mercedes Guerrero Romeo, Presidenta, y D. Iñigo Madaria Azcoitia, y D. Iñigo Elizburu Aguirre Magistrados, ha dictado el día veintidós de junio de dos mil once.

#### **EN NOMBRE DEL REY**

la siguiente

#### **SENTENCIA nº 336/11**

En el recurso de apelación civil rollo de Sala nº 211/11, procedente del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Vitoria, Autos de Juicio Ordinario nº 1798/09 promovido por **BANCO INVERSIS S.A** dirigido por el letrado D. Fernando Marin Riaño, y representado por la procuradora Dª. Ana Rosa Frade Fuentes, frente a la *sentencia dictada en fecha 01.10.10* siendo partes apeladas **D. Epifanio , Dª. Azucena y Dª. Virginia** dirigidos por el letrado D. Eudald Vendrell Ferrer y representados por la procuradora Dª. Itziar Landa Irizar; y Ponente la Ilma. Sra. Presidenta Dª Mercedes Guerrero Romeo.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Vitoria, se dictó sentencia cuya parte dispositiva dice:

"Que debo estimar y estimo íntegramente la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Landa, en nombre y representación de D. Epifanio , Dª. Azucena y Dª. Virginia frente a BANCO INVERSIS, SA, declarando la nulidad de los contratos suscritos entre ambas partes con fecha 25 de marzo de 2008, condenando a dicha entidad demandada a estar y pasar por dicha declaración, acordando la consiguiente restitución recíproca de lo entregado entre ambas, intereses del *artículo 576 de la LECy* expresa imposición al abono de las costas causadas en el presente procedimiento a la demandada".

**SEGUNDO** .- Frente a la anterior resolución, se interpuso, en tiempo y forma recurso de apelación por la representación de la **mercantil BANCO INVERSIS, S.A**, recurso que se tuvo por interpuesto mediante proveído de fecha 16.02.11, dándose el correspondiente traslado a las partes por diez días para alegaciones, presentando la representación de **D. Epifanio , Dª. Azucena y Dª. Virginia** escrito de oposición al recurso; elevándose, posteriormente, los autos a esta Audiencia Provincial.

**TERCERO** .- Recibidos los autos en la Secretaría de esta Sala, mediante resolución de 06.04.11 se mandó formar el Rollo de apelación, registrándose y turnándose la ponencia. Por providencia de 04.05.11 se señala para deliberación, votación y fallo el día 09 de junio de 2011.

**CUARTO** .- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales fundamentales.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

**PRIMERO.-** La sentencia dictada en la instancia estima íntegramente la demanda y declara nulos los contratos suscritos el 25 de marzo 2.008 acordando la restitución recíproca de lo entregado más intereses y condena en costas.

Banco INVERSIS SA (en adelante Inversis) se alza contra la Resolución solicitando la nulidad de la misma por falta de motivación suficiente ex *art. 209.3y 218 LEC*. En cuanto al fondo alega incorrecta apreciación de la prueba y del derecho aplicable por parte de la Juzgadora de instancia.

En cuanto a la cuestión procesal, el recurrente considera que la sentencia adolece de falta de motivación a la vez que ha omitido algunas de las alegaciones realizadas por la parte demandada como son la falta de legitimación pasiva planteada por no ser parte en los contratos cuya nulidad se pretende; inexistencia de contrato de asesoramiento entre Inversis y los demandantes en los que se refiere al producto LANDSBANKI 6,250; a qué contratos afecta la sentencia recurrida, si al contrato marco, las órdenes de 25 de marzo de 2.008, o el resto de las transacciones realizadas entre marzo de 2.008 y abril de 2.009; y aplicación de lo dispuesto en el *art. 79 bis 8 LMV* en cuanto a las obligaciones de información sobre productos financieros no complejos.

El *art. 209.3 LEC* establece que en los fundamentos de derecho se expresarán los puntos de hecho y de derecho fijados por las partes y los que ofrezcan las cuestiones controvertidas, dando las razones y fundamentos legales del fallo que haya de dictarse, con expresión concreta de las normas jurídicas aplicables al caso. En esta línea el *art. 218* del mismo texto añade que las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y demás pretensiones de las partes, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate. Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho.

En relación a la incongruencia denunciada por el recurrente el *Tribunal Constitucional* refiere (por todas *SS de 21 de mayo de 1.996*) que "Hay que destacar dos notas esenciales para identificar esta infracción: por un lado, que coste el planteamiento de un elemento esencial de la pretensión cuyo conocimiento y decisión por el tribunal sean trascendentes a la hora de fijar el Fallo; y de otra que el órgano judicial, en su resolución, no de respuesta razonada a la misma. Puede añadirse, por extensión, una tercera nota identificadora, consecuencia lógica de la obligación de motivar las resoluciones judiciales: la necesidad de que razonablemente no pueda deducirse del conjunto de la resolución la existencia de, al menos, una desestimación tácita de la pretensión planteada.

Atendiendo a esta doctrina, la incongruencia ha de resultar de la comparación de lo postulado en el súplico de la demanda, contestación, y los términos del fallo combatido, sin que su exigencia alcance a los razonamientos alegados por las partes o por el Tribunal, pues el principio *iura novit curia* exige únicamente no alterar las pretensiones sustanciales formuladas por las partes, debiendo existir la máxima concordancia tanto en lo que afecta a los elementos subjetivo y objetivo de la relación jurídico procesal como en lo que atañe a la acción ejercitada.

En este caso consideramos que el fallo de la sentencia se ajusta a las peticiones del súplico de la demanda, en concreto, a la petición primera del súplico, no concede mas ni cosa diferente de la solicitada, si bien, compartimos con el recurrente que algunas de las alegaciones no han sido resueltas de forma expresa en la sentencia, lo que no es suficiente motivo para declarar la nulidad de la misma, la Sala tratará de dar respuesta a las omisiones existentes, partiendo del hecho de que las mismas no van a cambiar el sentido de la resolución.

**SEGUNDO.-** El apelante alega falta de legitimación pasiva por no ser parte en los contratos cuya nulidad se pretende, no se firmó un contrato de asesoramiento en materia de inversión, la única relación existente es un contrato marco de servicios financieros en relación con apertura de cuentas, cuenta de valores e intermediación de órdenes y operaciones de valores que no incluye entre las específicas obligaciones de INVERSIS la de asesorar en materia de inversión. Los demandantes le dieron una orden para adquirir valores de LANDSBANKI 6,250, orden que el demandado cumplió.

Para dar adecuada respuesta a la cuestión relativa a la falta de legitimación pasiva, merece la pena recordar que debe diferenciarse entre la denominada tradicionalmente *legitimatío ad procesum*, que en la vigente LEC se denomina como capacidad para ser parte y capacidad procesal, consistente en la capacidad para ser parte procesal, es decir, la capacidad que es necesario ostentar para ser sujeto de una relación procesal y poder realizar actos procesales válidos y con eficacia jurídica (*artículos. 6a 9 LEC*), y la *legitimatío ad causam*, que en la vigente LEC se denomina simplemente legitimación, que está relacionada con la pretensión que se ha formulado en el proceso, ya que es la relación existente entre una persona determinada y una situación jurídica en litigio, por virtud de la cual es precisamente esta persona y no otra la que debe figurar en él, ya sea en concepto de actor o de demandado (*arts. 10y 11 LEC*).

La primera de las expresadas imposibilita al juzgador entrar en el análisis de la cuestión de fondo debatida y que caso de su apreciación determinaría el sobreseimiento del proceso (*art. 418 LEC*), la segunda, sin embargo, exige analizar la cuestión de fondo y, en su caso, su apreciación produciría el dictado de una sentencia desestimatoria de la pretensión demandante como consecuencia de la falta de acción, con los consiguientes efectos de cosa juzgada material.

Con arreglo al contenido del *artículo 10 de la LEC* tienen la consideración de partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso. En relación con la cuestión relativa a la legitimación en la causa, es de destacar la reiterada doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, de la que es una muestra la *STS de 28 febrero 2002*, "la legitimación "ad causam" consiste en una posición o condición objetiva en conexión con la relación material objeto del pleito que determina una aptitud para actuar en el mismo como parte; se trata de una cualidad de la persona para hallarse en la posición que fundamenta jurídicamente el reconocimiento de la pretensión que se trata de ejercitar".

Aplicada esta doctrina a nuestro caso, es un hecho admitido por la parte

demandada que la familia Epifanio Azucena Virginia -Sedano tenía un contrato marco de servicios financieros en relación con apertura de cuentas, cuenta de valores e intermediación de órdenes y operaciones de valores. Existía relación comercial entre las partes, y cuando los actores deciden invertir en un producto que cotice en bolsa se dirigen a Inversis y lo contratan a través del comercial Sr. Erasmo que trabajaba para el Banco y al que ya conocían, dan la orden de compra a través de Inversis, luego, al menos, existe legitimación pasiva procesal, lo que es suficiente para entrar a conocer del fondo de las cuestiones debatidas entre las que decidiremos si también existe legitimación ad causam, es decir, si la demanda es responsable por la mala gestión realizada en el cumplimiento de sus obligaciones.

**TERCERO.-** Valoración de la prueba. Afirma el recurrente que la juez de instancia ha hecho una valoración incorrecta al fundar su decisión casi por completo en los documentos y declaraciones Don. Erasmo que se referían al servicio de trading, cuya nulidad no se ha solicitado en la demanda simplemente porque estos servicios fueron favorables a los actores y les hizo ganar dinero.

El hecho de que la juez se remita a las declaraciones Don. Erasmo no implica una incorrecta valoración de la prueba teniendo en cuenta que lo ha hecho bajo el principio de inmediación, oralidad y contradicción, principios de los que no goza la Sala; visionado el video hemos comprobado que las declaraciones Don. Erasmo coinciden con lo que la sentencia expone en sus fundamentos. Las declaraciones del testigo han sido valoradas conjuntamente con el resto de las pruebas aportadas al procedimiento, en especial de la documental anexa a autos, y en ningún momento Don. Erasmo se refiere al servicio de trading, sino a los contratos cuya nulidad se requiere por los actores, no existe confusión. Dar mas importancia a la prueba testifical que a otras de las practicadas es algo que compete al juzgador conforme a los criterios de la sana crítica, debiendo prevalecer las conclusiones alcanzadas salvo que la valoración resulte arbitraria o incoherente, lo que no ocurre en el presente caso.

Al hilo de lo que expone Inversis en su escrito de recurso, existe un contrato marco de operaciones financieras firmado entre el matrimonio Epifanio - Azucena el 17 de marzo de 2.008 cuya copia acompaña al escrito de contestación (doc. nº 5 y 6). De esta documental solo la primera página está firmada, en la misma se recogen los datos personales de las partes, la descripción de las cuentas abiertas en el Banco, Cuenta corriente, Remunerada, y Cuenta de Valores, con el número de cada una de ellas y se dice que los titulares o sus representantes podrán acceder en las páginas web y en el servicio de atención telefónica de Inversis banco, así como en su red de oficinas y agentes, manifestando su conformidad y aceptación expresa tanto de sus estipulaciones generales como particulares y los anexos del mismo.

El recurrente alega que de conformidad con el Contrato Marco no existe obligación alguna de asesoramiento sobre productos de inversión, las obligaciones de Inversis son las de ejecutar las órdenes de los clientes y comunicar su ejecución, así como proporcionar anualmente los datos fiscales para las declaraciones de impuestos. La estipulación particular 3bis relativa a la ejecución de órdenes sobre valores e instrumentos financieros establece que en los casos que el Banco preste al cliente el servicio de ejecución o recepción y transmisión de órdenes sobre productos de inversión no complejos, el Banco no está obligado a evaluar la adecuación del producto o servicio de inversión de que se trate y, por tanto, el cliente no goza de la protección establecida en las normas de conducta aplicables a la prestación de servicios de inversión. Para conseguir el asesoramiento requerido los actores debieron firmar otro contrato (el documento nº 7 anexo a la contestación), contrato que los actores no han suscrito.

El Contrato Marco es un contrato de adhesión con un bloque de condiciones generales, lo que implica que en la interpretación de las cláusulas contractuales han de regir aquellos principios que buscan una mayor igualdad y equilibrio entre las partes, debiendo, en todo caso, resolverse las dudas hermenéuticas a favor del adherente. Para que las condiciones generales formen parte de un contrato de adhesión, de acuerdo con el artículo 5.1. LCGC, deben ser aceptadas por el adherente su incorporación al mismo y firmadas por él. Se debe estar, además, a las normas de protección de la clientela bancaria, en particular, a la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989. Este requisito no se cumple en el Contrato Marco en el que el recurrente quiere basar parte de su impugnación a la sentencia, las condiciones generales no han sido firmadas por los actores a quienes solo se les ha exigido la firma de la primera hoja del contrato, sin explicarles las restricciones que contienen las condiciones generales. Y cuando no se cumplen los requisitos exigidos en el artículo mencionado, y las condiciones generales no están firmadas o explicadas de forma exhaustiva por el banco haciéndolo constar así en la página que contiene la firma, el resultado es que las condiciones generales no quedan incorporadas al contrato, por lo que no puede tenerse en cuenta la cláusula particular 3bis como refiere el apelante.

Como ya decíamos en la *Sentencia de 17 de abril de 2.009*, el sector bancario es un sector caracterizado por la utilización generalizada de contratos de adhesión, con unas condiciones generales unilateralmente redactadas por las entidades financieras, que han de ser aceptadas en bloque por el cliente si este quiere obtener el servicio solicitado, sin posibilidad de discusión, salvo, naturalmente, en los contratos celebrados por dichas entidades entre sí o los contratos concertados con grandes empresas o corporaciones, dado el equilibrio en la posición de las partes. El profesor Garriges ya decía en su obra clásica "Contratos bancarios" que las condiciones generales crean un marco dibujado a gusto del banco, precisamente para conseguir descargar sobre el cliente todos los hechos que puedan originar daño o responsabilidad, condiciones generales oscuras y sorpresivas, decisiones unilaterales, instrumentos jurídicos privilegiados, desplazamientos de riesgos propios de la actividad empresarial, etc., no siempre acordes con el *art. 14 de CE*, y que traen como consecuencia una cierta cultura del "donde hay que firmar" del ciudadano que carece de conocimientos de derecho mercantil o matemática financiera.

**CUARTO.-** Sobre la naturaleza del producto contratado LANDSBANKI 6,250 el recurrente afirma que es un producto de renta fija, de los denominados obligaciones/bonos subordinados, y no complejo. Se remiten a la declaración del comercial Don. Erasmo manifestando que los actores ya habían contratado bonos subordinados emitidos por British Airways y conocían los riesgos inherentes a este tipo de productos, en especial el riesgo de quiebra de la entidad emisora de los mismos, y adicionalmente sabían que no era Inversis la responsable de dichos bonos. Añaden que Don. Erasmo comprobó la solvencia de LANDSBANKI antes de ofrecer este producto según su propia declaración, y que entidades como MoodysZs y Fitch colocaban a la entidad en el ratio de solventes.

Sobre las características del producto solo sabemos lo que las partes han explicado, las órdenes de compra presentadas junto a la demanda (doc. nº 1 y 2) no contienen las características del producto contratado, únicamente contienen la orden para comprar "RF LANDSBANKI 6,25 por un nominal de 80.000 euros" (doc. nº 1 ), y la segunda (doc. nº 2) "Compra renta fija LANDSBANKI 6,25" por un nominal de 20.000 ",

ambas de fecha 25 de marzo de 2.008.

El recurrente admite el perfil conservador de los actores quienes se dirigieron a Inversis porque allí trabajaba Don. Erasmo a quien ya conocían de BANIF y confiaban en sus consejos. Que el producto se denominase RF LANDSBANKI 6,25 no significa que sea un producto de renta fija, que garantizase el capital invertido, y del que se obtuviese un beneficio a modo de un depósito, sino todo lo contrario, más bien era un producto variable, muy arriesgado y agresivo, prueba de ello es que los actores han perdido prácticamente todo el capital invertido.

Don. Erasmo declaró en el acto de juicio que asesoró a los actores, que eran de perfil conservador y lo sabía, que no les dio la debida información y que pensó que con este producto ganarían dinero. Que él personalmente seguía la evolución de LANDSBANKI, que había bajado mucho en bolsa y pensó que por este motivo subiría a corto plazo, admite que se equivocó. El gráfico de LANDSBANKI en el mercado (doc. nº 11) muestra como la cotización caía desde el año 2.007, y que en el momento de la compra el Banco continuaba bajando.

Las agencias de rating no son ninguna garantía sobre la solvencia de los bancos, prueba de ello ha sido la cantidad de errores cometidos desde que en el año 2.007 estalló la crisis económica, que afecta especialmente al sistema bancario, y que todos conocemos por estar en todos los medios de comunicación.

El recurrente afirma que Inversis es un mero intermediario que acude al mercado de renta fija a comprar a un tercero, en nombre de sus clientes y siguiendo instrucciones de ellos, los bonos de LANDSBANKI 6,250 por el nominal solicitado, estando puntualmente informados los actores por Inversis que con carácter mensual les remitía la evolución de la valoración.

Inversis remitía con carácter mensual unos folletos informativos (doc. nº 13 y 14) donde consta el valor nominal del producto, coste medio de adquisición, plusvalías, y valor de mercado, información que consideramos no era suficiente para saber realmente el valor del producto, más tratándose de unas personas sin conocimientos en temas financieros específicos.

**QUINTO.-** Incorrecta aplicación del derecho. Inexistencia de obligación por parte de Inversis de informar a los demandantes sobre la adecuación de LANDSBANKI 6,250 al perfil del inversor y sobre los datos de la emisión de la sociedad emisora. El recurrente basa esta apreciación en lo dispuesto en el *art. 79 bis apartado octavo de la Ley de Mercado de Valores*.

La Sala no comparte este argumento, cualquier entidad financiera tiene la obligación de asesorar al cliente de los contratos que va a realizar y del producto que va a adquirir. Existe la obligación esencial y permanente durante toda la relación entre el Banco y el cliente de transparencia y diligencia, lo que obliga a la entidad a garantizar la comprensión del producto que adquiere el cliente y a mantenerle informado durante todo el tiempo que permanece en la entidad. Estas obligaciones quedan plasmadas de forma expresa en el art. 79 LMV, las entidades que presten servicios de inversión deberán comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios.

No acaban aquí las obligaciones del Banco, el art. 79 bis ap. tercero añade que a los clientes se les proporcionará de manera comprensible información adecuada sobre la entidad y servicios que presta; sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión; sobre los centros de ejecución de órdenes y sobre los gastos y costes asociados de modo que se les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio, pudiendo tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa.

Cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, la entidad obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate; sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquel, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión que más le convengan. Cuando la entidad no obtenga esta información, no recomendará servicios de inversión al posible cliente. En el caso de clientes profesionales la entidad no tendrá que obtener información sobre los conocimientos y experiencia.

Ninguna de estas exigencias se cumplen por parte de Inversis, la única prueba al respecto es la declaración Don. Erasmo que claramente manifiesta en el acto de juicio que conocía a los actores ya desde que trabajaba en BANIF, sabía que se dedicaban a la agricultura, no tenían conocimientos específicos en materia financiera, y que tanto antes como en el momento que acuden a Inversis muestran un perfil conservador, no pretendían adquirir un producto de riesgo sino al contrario, invertir en un producto estable. El Banco no realiza otro tipo de investigación para conocer el perfil del inversor, no realiza test como es habitual por otras entidades, al procedimiento no aporta pruebas que acrediten la práctica de la información necesaria por parte del Banco atendiendo al producto que se le vende, de máximo riesgo.

El apartado octavo del art. 79 bis establece la excepción a esta regla, el Banco no tendrá que seguir este procedimiento cuando la orden se refiere 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 armonizada a nivel europeo y a otros instrumentos financieros no complejos.

No se considerarán instrumentos financieros no complejos cuando exista posibilidad frecuente de venta, reembolso u otro tipo de liquidación de dicho instrumento financiero a precios públicamente disponibles para los miembros en el mercado y que sean precios de mercado o precios ofrecidos, o validados; que no impliquen pérdidas reales o potenciales para el cliente que excedan del coste de adquisición del instrumento; que exista a disposición del público información suficiente sobre sus características, que sea comprensible de modo que permita a un cliente minorista medio emitir un juicio fundado para decidir si realiza una operación en ese instrumento.

Tampoco estará obligado a prestar la información necesaria y a calificar al cliente cuando el servicio se preste a iniciativa del cliente; cuando la entidad haya informado al cliente con claridad de que no está obligada a evaluar la adecuación del instrumento ofrecido o el servicio prestado y que, por tanto, el cliente no goza de la protección establecida en el apartado anterior; y que la entidad cumpla lo dispuesto en el art. 70.1.d) y

70 ter 1.d) d), se refiere a las medidas administrativas y de organización adecuadas para evitar que los posibles conflictos de intereses perjudiquen a los clientes, medidas que aunque se hayan adoptado por Inversis no le eximen de prestar la debida información a los clientes minoristas en las inversiones de alto riesgo y del cumplimiento de la normativa que acabamos de exponer.

El de autos era un instrumento financiero complejo que no fue debidamente explicado al cliente, Don. Erasmo así lo manifiesta en el acto de juicio, y la verdad es que resulta difícil imaginar la complejidad del producto si leemos la orden de compra en la que nada refiere sobre las características del producto. En los boletines informativos tampoco se dan explicaciones, el Banco remitía mensualmente a los clientes una información que no explicaba las características de la inversión ni el alto riesgo al que se exponía.

Conforme se expone en la demanda los clientes pensaron que compraban "bonos" de un banco islandés, cuando en realidad lo que estaban comprando eran participaciones preferentes con una remuneración fija del 6,25%. En todas las comunicaciones posteriores remitidas por Inversis se habla de RF LANDSBANSKI 6,250 pero no se dice que eran participaciones preferentes. Estas confieren un derecho preferente en el reparto de beneficios al cliente siempre y cuando el banco emisor obtenga beneficios. Su naturaleza es híbrida, por una parte devengan un tipo de interés fijo, no un dividendo variable del 6,25%, sin embargo, dejan de pagar este interés cuando la entidad entra en pérdidas e incluso su valor puede reducirse a la nada si la sociedad entra en crisis. Además, el pago de su rendimiento no tiene prioridad sobre el pago de los intereses de los acreedores, por lo que actualmente, prácticamente se ha perdido todo el capital invertido.

El Banco afirma que la naturaleza del producto es indiferente, lo que importa es que los actores quisieron comprar LANDSBANSKI 6,250, que en la bolsa de Amsterdam este producto se anuncia como bono, discrepan de la descripción que realizan los actores, pero, a cambio no dan una explicación alternativa. Inversis trata de omitir explicaciones sobre la naturaleza del producto, a lo largo del procedimiento lo único que dice es que se trataba de unos bonos, que el cliente sabía que eran de un banco islandés y que también sabía que cotizaba en bolsa, lo que nos parece totalmente insuficiente. Consideramos acreditada la forma en que funcionaban las participaciones explicadas en el hecho quinto de la demanda. Y más allá del comportamiento en bolsa del producto, Inversis debió advertir sobre el alto riesgo que suponía la compra de participaciones de LANDSBANSKI por su excesiva complejidad, pensando que el cliente al que se lo estaba ofreciendo no era experto en economía ni en este tipo de productos exóticos.

No se entregó la información escrita al cliente y la facilitada de forma oral por la entidad fue contraria a la realidad del producto. La falta de información impidió a los actores conocer las características del producto que estaba contratando, omitieron extremos esenciales en el contrato relativos al producto adquirido. Los actores pensaron que estaban invirtiendo en algo seguro, el propio nombre RF LANDSBANSKI invita al error al pensar que se trata de un producto de renta fija, nada se indicó por parte del comercial ni del propio Banco sobre la posibilidad de perder el dinero invertido en el caso de que, como sucedió el banco islandés quedase suspendido de cotización.

Afirma el recurrente que LANDSBANSKI 6,250 cotizaba en la bolsa de Londres y de Amsterdam, circunstancia que no le eximía a Inversis de dar la información necesaria sobre el producto y de calificar al cliente como minorista. Ha quedado acreditado que transcurridos tres años desde la fecha de la inversión las pérdidas para el cliente han superado el coste de adquisición, y que el cliente no tenía un juicio de valor sobre el producto cuando lo contrata, la única persona que le ofrece algo de información es Don. Erasmo que como explica en el acto de juicio no le informa de todos los riesgos que asumía, y siempre pensó que como había caído tanto en bolsa volvería a subir.

El producto no se adquirió por el cliente de forma directa, cuando llegaron al Banco con la intención de invertir sus ahorros ni siquiera conocían su existencia, Don. Erasmo se encargó de convencerles de que compraran LANDSBANSKI 6,250. Un inversor minorista debe asumir el riesgo normal del funcionamiento del mercado, lo que nos se puede admitir es que asuma un riesgo anormal. El minorista no puede hacer un seguimiento del funcionamiento extraño del mercado, máxime, en productos de difícil seguimiento de rentabilidad y sin la ayuda de la entidad financiera que comercializó el producto. Cuando los actores compraron LANDSBANSKI 6,250 desconocían el riesgo real a que se estaban enfrentando, no es lo mismo seguir la cotización en la bolsa de cualquier empresa que cotiza en el ibex 35 que el seguimiento de rentabilidad de este tipo de productos de difícil comprensión aunque cotiza en la bolsa de Londres y Amsterdam puesto que el cliente no es un experto en estas materias.

El derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básica para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad es lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar a los sujetos que intervienen en él, principalmente a través del sistema de información precontractual en la fase previa a la conclusión del mercado. En la misma línea el RD 629/93 de 3 de mayo establece un código general de conducta de los mercados de valores, destacando que las entidades debían ofrecer y suministrar a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción de los clientes de decisiones de inversión, y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuadas para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos, así como que la información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación, haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión la operación que contrata.

El ámbito normativo tiene un claro carácter protector para el inversor, y muy especialmente trata de determinar los parámetros de información exigible y debida por parte de las entidades que intervienen en los mercados de valores.

Inversis trata de eximirse de esta obligación remitiéndose a la cláusula introducida a pié de página en las órdenes (doc. nº 1 y 2), "Usted reconoce y entiende que en el ámbito de la inversión correspondiente al producto que desea contratar, INVERSIS BANCO no le ha prestado el servicio de asesoramiento financiero ni de gestión de carteras, por lo que su decisión para contratar el producto deseado no se ha basado en una recomendación personalizada emitida por INVERSIS BANCO. Además, le informamos de que no nos ha facilitado información suficiente sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de la inversión correspondiente al tipo de producto financiero que pretende contratar. En consecuencia, Usted reconoce y entiende que INVERSIS BANCO no puede determinar si el servicio o producto de inversión que pretende suscribir es adecuado para Usted. Por tanto, en el caso de que decida contratar el producto deseado, lo hará bajo su propia responsabilidad."

La cláusula limita los derechos que venimos exponiendo a lo largo de este fundamento, contradice lo dispuesto en la Ley de Mercado de Valores, por lo que no puede afectar a un pequeño inversor. Inversis pretendía eximirse de toda responsabilidad por falta de asesoramiento y por incumplimiento de las normas establecidas en la legislación vigente con la introducción de esta cláusula que además, se dispone en letra muy pequeña y a pie de página, estamos seguros que los actores ni siquiera la leyeron en el momento de la firma del contrato.

Nos estamos refiriendo a los contratos celebrados el 25 de marzo de 2.008 por los que los actores compraron LANDSBANKI 6,250, reiteradamente la demanda y el procedimiento se refieren a este producto, la aclaración es innecesaria. El denominado contrato marco del que habla Inversis (doc. nº 4 y 5 de su contestación) digamos que es una especie de punto de partida, una primera aproximación entre el Banco y los clientes donde se toman su datos y se hace referencia a las cuentas abiertas en la entidad, también se califica a los actores como minoristas, calificación que después no se tuvo en cuenta a la hora de realizar los contratos futuros y prestar la debida información y asesoramiento. El contrato marco en este caso va acompañado a unas condiciones generales que el cliente no firmó y que desconocía, ya lo hemos explicado, es un modelo que Inversis ofrecía a todos sus clientes. Claramente la sentencia se refiere a los contratos firmados el 25 de marzo de 2.008 para la adquisición de LANDSBANKI 6,250, lo que el Banco denomina órdenes de compra.

**SEXTO.-** Error en el consentimiento. Con la información recibida los actores no pudieron formar adecuadamente su voluntad para suscribir las participaciones de LANDSBANKI, los Sres. Epifanio - Azucena se formaron una idea totalmente equivocada de las consecuencias derivadas de los mismos.

Analizados los documentos nº 1 y 2 de la demanda, y la forma en que se produjeron los acontecimientos la conclusión es que el Sr. Epifanio, su mujer y su hija firmaron la orden de compra expresando su consentimiento de forma errónea, y bajo engaño, al no facilitarles el Banco toda la información necesaria sobre las características del producto que estaban adquiriendo, ya sea por desconocimiento e insuficiente formación de la persona de la entidad, ya sea por su mala fe, ocultándole datos básicos y relevantes sobre la adquisición del producto.

Esta reflexión nos lleva a concluir que ha existido un claro vicio de consentimiento por causa de error en el objeto. El *art. 1.266 CC* establece como requisitos de la acción de nulidad basada en vicio del consentimiento que el error sea esencial e inexcusable, que sea sustancial y derivado de actos desconocidos para el que se obliga, y que no se haya podido evitar con una regular diligencia. En este sentido la *STS de 18 de febrero de 1.994* establece que para ser invalidante, además de ser esencial, el error ha de ser excusable, requisito que el Código no menciona expresamente y que se produce de los principios de autoresponsabilidad y de buen fe, este último, consagrado hoy en el *artículo 7 CC*; es inexcusable (*STS de 4 de enero de 1.982*), cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular; de acuerdo con los postulados del principio de la buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso, incluso las personales, y no solo las de quien ha padecido el error, cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundada por la declaración.

En relación a nuestro caso el error que se aprecia es esencial, sustancial e inexcusable, puesto que afecta a los términos del contrato y a la obligación principal, el alto riesgo asumido, no siendo conscientes los actores de este hecho. Los documentos no explican las características del producto adquirido, no se dio información complementaria sobre los riesgos, la posibilidad de que LANDSBANKI fuese suspendido en bolsa como ocurrió al poco tiempo, la posibilidad de perder toda la inversión dado que se estaban adquiriendo participaciones de un banco islandés con preferencia de que terceros inversores cobrasen primero caso de insolvencia.

El demandado afirma que lo que el cliente hace es dar una orden de compra de un producto concreto, que solo actuó de intermediario y que no es parte en la relación contractual. Actuase como intermediario o bien como parte lo cierto es que INVERSIS tenía la obligación de informar a sus clientes, de explicarles las características del producto y los riesgos existentes, la normativa que hemos analizado en los fundamentos anteriores no le exime de esta obligación en el caso de actuar como intermediario, y mas en este producto tan especial, de difícil comprensión para una persona con pocos estudios, y ningún conocimiento en temas financieros. Inversis no informó en el momento de la compra, Don. Erasmo así lo explicó en el acto de juicio, y alternativamente, tampoco aporta documento alguno que acredite la información necesaria y las características del producto.

Como ya dijimos en la *Sentencia dictada por esta misma Sala de 5 de mayo de 2.011*, ante la alegación de los clientes de que no recibieron información, corresponde a la entidad bancaria acreditar que cumplió con esta obligación de conformidad con las normas que ya hemos mencionado y que son de obligado cumplimiento, el profesional financiero, la diligencia exigible en este caso no es solo la de un buen padre de familia sino al que corresponde a un profesional bancario que debe velar por los intereses de sus clientes para los que trabaja y por quienes fue contratado.

Inversis no actuó conforme a la diligencia debida, los clientes confiaron en el asesoramiento de Inversis, y en los consejos del comercial que les atendió Don. Erasmo, se decidieron a comprar este producto precisamente en la confianza que les inspiraba la persona que les habló de LANDSBANKI; mientras que el Banco incumplió con sus obligaciones e incluso actuó con engaño al no dar a conocer la verdadera naturaleza del producto. Frente al perfil débil y conservador del cliente el Banco debió esforzarse en protegerle y ofrecerle todo tipo de información, e incluso de aconsejarle la venta del producto cuando vio que la situación era complicada y la caída en bolsa era vertiginosa.

La parte demandada admite que los actores sufrieron unas pérdidas de 85.384,73 euros. En virtud de todo lo expuesto la Sala entiende que la sentencia de instancia debe ser confirmada.

**SÉPTIMO.-** Que las costas de esta instancia se abonarán por el recurrente ex *art. 394y 398 LEC*.

**FALLAMOS**

**DESESTIMAR** el recurso interpuesto por **BANCO INVERIS SA** representado por la procuradora Sra. Ana Rosa Frade Fuentes contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Vitoria en el procedimiento Ordinario nº 1798/09, **CONFIRMANDO** la misma; y con expresa imposición de costas al recurrente.

Frente a esta resolución no cabe interponer recurso ordinario de ninguna clase.

Con certificación de esta resolución y carta orden remítase los autos originales al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

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