



SECCIÓN CUARTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL  
Avda. Tres de Mayo nº3  
Santa Cruz de Tenerife  
Teléfono: 922 20 84 70 - 922 20 84 76  
Fax.: 922208473

Rollo: Recurso de apelación  
Nº Rollo: 0000148/2016  
NIG: 3803842120150004508  
Resolución: Sentencia 000226/2016

Proc. origen: Procedimiento ordinario Nº proc. origen: 0000292/2015-00  
Juzgado de Primera Instancia Nº 1 de Santa Cruz de Tenerife

## SENTENCIA

Presidente

[REDACTED]

Magistrados

[REDACTED]

[REDACTED]

En Santa Cruz de Tenerife, a once de julio de dos mil dieciseis.

Visto, por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial integrada por los Sres. antes reseñados, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el JUZGADO DE 1ª INSTANCIA NÚMERO UNO DE SANTA CRUZ DE TENERIFE, en los autos núm. 292/2015, seguidos por los trámites del juicio ordinario sobre nulidad contractual y promovidos, como demandante, por don [REDACTED], representado en primera instancia por la Procuradora doña Esther Martín García y dirigido por el Letrado don Javier Aythami García González, contra Caixabank, S.A. (antes Barclays Bank, S.A.U.), representada por la Procuradora doña [REDACTED] y dirigida por el Letrado don [REDACTED], ha pronunciado la presente sentencia, siendo Ponente el Magistrado don [REDACTED] con base en los siguientes

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Se aceptan los Antecedentes de Hecho de la resolución apelada.

**SEGUNDO.-** En los autos indicados la Sra. Magistrado-Juez, doña [REDACTED] dictó sentencia el día diecinueve de enero de dos mil dieciséis, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

«Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador Dña Esther Martín García en nombre de D. [REDACTED] contra la entidad Barclays Bank SA (actualmente Caixabank SA), debo declarar y declaro: la nulidad de la Orden de suscripción de los Bonos Autocancelables SAN, BBVA, RSB (Cupón 36,5%) por manifiesto vicio en el consentimiento con obligación de las partes contratantes de restituirse recíprocamente lo que





haya percibido y se condene a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a restituir a la actora 29.753,83 euros, más los intereses legales de la cantidad total invertida, debiendo la demandada igualmente restituir cuantos intereses, comisiones y gastos haya cargado en la cuenta corriente de la actora como consecuencia del contrato suscrito, sin perjuicio de la obligación de la actora de devolver igualmente las prestaciones y acciones recibidas, así como al pago de las costas procesales.».

**TERCERO.-** Notificada debidamente dicha sentencia, se presentó escrito en los autos por la representación de la parte demandada, en el que interponía recurso de apelación contra tal resolución con exposición de las alegaciones en las que fundaba la impugnación, del que se dio traslado a las demás partes por diez días, plazo en el que la representación de la parte demandante presentó escrito de oposición al mencionado recurso.

**CUARTO.-** Remitidos los autos con los escritos del recurso y de oposición a esta Sala, se acordó, una vez recibidos, incoar el presente rollo, designar Ponente y señalar para la votación y fallo del presente recurso el día seis de julio del año en curso, en el que ha tenido lugar la reunión del Tribunal al efecto.

**QUINTO.-** En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

**PRIMERO.-** Procede confirmar la sentencia dictada en primera instancia por sus propios fundamentos (que se dan por reproducidos para evitar innecesarias repeticiones), que no han sido desvirtuados por las alegaciones contenidas en el escrito de interposición del recurso. En este sentido, el Tribunal Supremo mantiene (por ejemplo, en Autos de fecha 31 de julio de 2007, 14 de abril de 2.009 y 8 de enero de 2.013, amparando su decisión en sentencias del Tribunal Constitucional números 174/87, 24/96 y 115/96), que *“no son incongruentes ni faltas de motivación las sentencias que se remiten a la fundamentación del órgano “a quo”, cuando éste ha resuelto todas las cuestiones ventiladas en el pleito”*.

**SEGUNDO.-** Si bien en la segunda instancia es factible realizar un nuevo examen completo de la cuestión litigiosa, no puede olvidarse que en aquellos aspectos en que el objeto del recurso se refiere a la valoración de la prueba efectuada por el tribunal “a quo”, el juez, que ha gozado de la facultad de practicar esas pruebas con total inmediación, tiene elementos más reales y fundados –privilegiados- para su mejor apreciación y valoración.

Así, en el presente caso, el análisis del material probatorio efectuado por el tribunal de primera instancia no sólo es amplio y detallado, sino acertado en sus conclusiones jurídicas. No obstante, para dar una respuesta completa a las cuestiones planteadas en el recurso procede hacer una serie de precisiones o matizaciones.

**TERCERO.-** En primer lugar, en cuanto a la falta de legitimación pasiva, **alega la apelante que se acepta que está legitimada frente a la acción de nulidad en cuanto “comercializadora” del producto, pero no para restituir prestaciones porque el capital invertido por los actores fue recibido por Societé Generale Acceptance N.V., que es la emisora/vendedora del Bono adquirido por el demandante.**

**El motivo del recurso debe ser desestimado por las siguientes razones: (i) se desconoce dónde fue a parar el capital invertido por los actores, ni la relación existente entre la demandada y la entidad Societé Generale Acceptance N.V.; (ii) el demandante contrató con**





Barklays, sin que ni en la orden de compra, ni en el contrato de depósito y administración de valores, ni en el contrato básico para la prestación de servicios de inversión a clientes minoristas (documentos dos, tres y cuatro de la demanda), todos suscritos el mismo día 18 de febrero de 2.008, se haga mención alguna a dicha entidad; (iii) en cualquier caso, fue la demandada la que fue sancionada por facilitar información errónea a los adquirentes del producto, lo que constituye la base de la acción de nulidad entablada; (iv) las prestaciones restitutorias derivadas de la declaración de nulidad vienen determinadas por ley, sin perjuicio del derecho de repetición que pueda corresponder a la demandada frente al emisor.

**CUARTO.-** En segundo lugar, en cuanto a la caducidad de la acción, la parte apelante mantiene que el *dies a quo* es el de la consumación del contrato, sin oponer nada en contra de la doctrina jurisprudencial aplicada por la sentencia recurrida, si bien añade que aun aceptando la tesis de dicha resolución el cómputo comenzaría a partir de que el demandante tuvo conocimiento de que la información facilitada por el Banco era errónea, lo que habría ocurrido desde el momento en que Barklays lo comunicó públicamente a la CNMV el 2 de julio de 2.010.

Según resulta del documento 13 de la demanda esa comunicación está acreditada, pero en la carta dirigida por el demandante al Defensor del Cliente de Barklays el 28 de septiembre de 2.012 (doc. cinco de la demanda) se dice que dicha carta llegó a sus manos el 10 de septiembre del mismo año, y no hay razones para dudar de que no fuera así porque: (i) una persona que desde entonces -y no antes- se ha dedicado a luchar con ahínco en defensa de sus intereses tanto frente a la demandada como frente a otras instituciones que consideraba que podían protegerlos (documentos seis a once de la demanda) no tenía motivos para no hacerlo con anterioridad si hubiese tenido conocimiento de los hechos, (ii) el dato cierto y seguro sobre el público conocimiento de la conducta de la demandada es el que deriva de la publicación en el BOE el 11 de diciembre de 2.012 de la sanción impuesta por infracción muy grave en virtud de resolución de 27 de noviembre de 2.012 de la CNMV, por lo que es acertada la conclusión de la sentencia recurrida de fijar en esa fecha, la de la publicación en el BOE, el *dies a quo*.

Si ello es así, al interponerse la demanda el día 8 de abril de 2.015 no habían transcurrido los cuatro años que establece el artículo 1301 del Código Civil para la caducidad de la acción de nulidad.

**QUINTO.-** En tercer lugar, sobre el fondo del asunto, el motivo del recurso se desarrolla en tres apartados: a) conocimientos y experiencia del demandante, b) inexistencia de error de consentimiento, c) no hay error pues desde el principio se dejó claro al actor que el riesgo era alto.

Sobre todas estas cuestiones hay que señalar lo siguiente: (i) el producto le fue ofrecido al demandante por un empleado del Banco al que conocía, siendo aplicable al caso lo establecido en la STJUE de 30 de mayo de 2.013 en el sentido de que el hecho de ofrecer a un cliente un producto financiero es un servicio de asesoramiento; (ii) se trata de un cliente minorista del que no consta que tuviera especiales conocimientos financieros, que lo aceptó y contrató, fundamentalmente, en razón de la relación de confianza que mantenía con el empleado bancario; (iii) es especialmente significativa la carta dirigida por la entidad demandada al actor (doc. uno de la demanda) en la que le clasifica como cliente minorista para la prestación de servicios de inversión, clasificación bajo la que gozará -se le dice- de una mayor protección, ya que se le reconoce el máximo derecho de información con carácter previo y posterior a la prestación de servicios de inversión, detallando las modalidades de prestación de dichos





servicios; (iv) el test de idoneidad firmado por el demandante carece de fuerza y valor probatorio en atención a las contradicciones y ambigüedades en que incurre el empleado bancario sobre el procedimiento seguido para la firma del contrato, lo que revela que se trataba de una mera formalidad que, como en otros casos, rellena el propio empleado, habiendo perdido su auténtico sentido; (v) así, de la declaración del empleado se desprende que cuando la información del cliente entró en el sistema saltó la “advertencia previa”, razón por la que, en lugar de no seguir con el procedimiento por no ser adecuado el producto al perfil del cliente, lo que hizo fue saltarse el test para el Bono; (vi) la cláusula primera del contrato básico para la prestación de servicios de inversión a clientes minoristas firmado el 18 de febrero de 2.008 incluía el asesoramiento en materia de inversión; (vii) sobre la existencia de un contrato de asesoramiento el empleado bancario incurre también en una serie de contradicciones y ambigüedades, manifestando que se firmó un contrato de asesoramiento que en realidad no lo era, por lo que no podían hacer asesoramiento para este producto, razón por la cual tampoco se le ofreció compensación alguna al cliente tras ser revisado el nivel de riesgo del producto.

Todo lo anterior pone de manifiesto, como también apunta la sentencia recurrida, la existencia de unas prácticas bancarias inaceptables (contrarias a lo pactado, a la normativa MiFid aplicable y a los deberes de confianza, lealtad, información y buenas prácticas), cuya finalidad era captar clientes a toda costa, a los que “colocar” el producto informándoles mínimamente o facilitándoles información errónea, como es el caso, para después no asumir responsabilidad alguna, como es el caso también, ya que a este cliente no se le ha aplicado ningún tipo de compensación por no estar clasificado como un cliente en asesoramiento.

Esas circunstancias determinan otras dos consecuencias: (i) que la mención que se hace en la orden de compra de que “estos instrumentos comportan un alto riesgo de no recuperación del capital invertido” se trata de una fórmula genérica que se incluye en el formulario de cualquier tipo de orden de compra de instrumentos financieros derivados, que queda oculta bajo el enorme caudal de información negada o errónea facilitada; (ii) que el error que se induce al cliente es esencial y excusable, sin que sea aplicable el principio de auto responsabilidad, que no tiene cabida en aquellos casos de clientes a quienes se ofrece un producto, asesorados por el Banco, en el que el cliente confía, entidad que tiene la obligación legal de informarles exhaustivamente de los riesgos de la operación, sin que la obligación del empresario sea trasladable al cliente.

**SEXTO.-** De conformidad con lo establecido en los artículos 394.1 y 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil las costas del recurso de apelación se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones impugnatorias.

**FALLO:** Se desestima el recurso de apelación interpuesto por Caixabank S.A. (antes Barclays Bank S.A.U.), se confirma la sentencia dictada en primera instancia y se condena a la parte apelante a pagar las costas del mismo, con pérdida del depósito que haya constituido para recurrir.

Esta sentencia es susceptible de recurso de casación por interés casacional y extraordinario por infracción procesal ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, que se interpondrá ante esta Sección de la Audiencia Provincial en el plazo de veinte días a contar desde su notificación.

Devuélvase los autos originales al Juzgado de procedencia, con testimonio de esta resolución, para su ejecución y cumplimiento, y demás efectos legales.





Así por esta nuestra resolución, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

