

Audiencia Provincial Civil de Madrid Sección Décima c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 2 - 28035 Tfno.: 914933917 37007740	
---	--

N.I.G.: 28.079.00.2-2015/0277878

Recurso de Apelación 906/2017

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 87 de Madrid
Autos de Procedimiento Ordinario 1765/2015

APELANTE: ASOCIACION DE CONSUMIDORES Y USUARIOS DE SERVICIOS GENERALES

PROCURADOR D./Dña. FRANCISCO JAVIER BLASCO MATEU

APELADO: POPULAR BANCA PRIVADA SA

PROCURADOR D./Dña. MARIA JOSE BUENO RAMIREZ

MAGISTRADA: ILMA. SRA. Dña. AMALIA DE LA SANTISIMA TRINIDAD SANZ FRANCO

SENTENCIA N° 530/2017

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. JOSÉ MANUEL ARIAS RODRÍGUEZ

Dña. MARÍA ISABEL FERNÁNDEZ DEL PRADO

Dña. AMALIA DE LA SANTISIMA TRINIDAD SANZ FRANCO

En Madrid, a cinco de diciembre 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 1765/2015 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 87 de Madrid a instancia de ASOCIACION DE CONSUMIDORES Y USUARIOS DE SERVICIOS GENERALES apelante - demandante, representado por el Procurador D. FRANCISCO JAVIER BLASCO MATEU y defendido por Letrado, contra POPULAR BANCA PRIVADA SA apelado - demandado, representado por la Procuradora D^a. M^a. JOSÉ BUENO RAMÍREZ y defendido por Letrado; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 16/02/2017.

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 Magistrada Ponente Dña. AMALIA DE LA SANTISIMA TRINIDAD SANZ FRANCO

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Juzgado de 1ª Instancia nº 87 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 16/02/2017, cuyo fallo es el tenor siguiente:

“DEBO DESESTIMAR Y DESESTIMO la excepción de DEFECTO EN EL MODO DE PROPONER LA DEMANDA y DEBO ESTIMAR Y ESTIMO la excepción de CADUCIDAD ambas articuladas por el Procurador Sra Bueno Ramírez, en nombre y representación acreditada en la Causa.

DEBO ESTIMAR Y ESTIMO parcialmente la demanda promovida por el Procurador Sr Blasco Mateu, en nombre y representación acreditada en la Causa.

DEBO DECLARAR Y DECLARO la nulidad de la ORDEN DE COMPRA de BN BONOS SUB CANJEABLES POP VT23102013, de fecha 23 de octubre de 2 009, canjeados por BONOS SUBORDINADOS NECESARIAMENTE CANJEABLES ES0370412001, por importe de 220.000,00 euros emitidas por BANCO POPULAR SA, hoy controvertidas y adquiridas por D Y D

DEBIENDO DECLARAR asimismo que la titularidad de todos los títulos a los que se refiere dicha subscripción o bien aquellos otros que hubieran sucedido a los mismos (, Obligaciones o Bonos resultado de la Recompra Forzosa o acciones adquiridas por conversión forzosa), pasen a la entidad POPULAR BANCA PRIVADA SA una vez se haya restituido el importe de las cantidades a los que esta Sentencia se refiere.

DEBO CONDENAR Y CONDENO a POPULAR BANCA PRIVADA SA a que abone a D Y D la suma de 220.000,00 euros con mas los intereses legales SENCILLOS desde la fecha de la inversión a la que se refiere cada dicha orden, pasando por su recompra forzosa o conversión en acciones, hasta el completo pago o consignación, DEBIENDO PROCEDERSE por D Y D a la devolución de las rentabilidades obtenidas de los productos a los que se refieren dicha orden desde la fecha de la primera obtención hasta la última, con mas los intereses legales sencillos desde la obtención de las mismas hasta la determinación del importe dinerario final. El importe de la inversión deberá, igualmente, ser aminorado con el importe de las acciones convertidas, si hubieran producido rentabilidad o el precio de su enajenación, si tal hubiera ocurrido. Una vez se haya restituido el importe de las cantidades a que esta Sentencia se refiere. Todas estas cantidades se determinaran en fase de ejecución de Sentencia, en defecto de acuerdo entre las partes.

DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a POPULAR BANCA PRIVADA SA del resto de los pedimentos de la demanda.

No se hace pronunciamiento en las costas de este procedimiento.”

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 13 de noviembre 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 noviembre 2017

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

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Por el Procurador D. FRANCISCO JAVIER BLASCO MATEU, en representación de AUGE, ASOCIACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS DE SERVICIOS GENERALES, se interpuso demanda contra POPULAR BANCA PRIVADA SA, en la que se solicita que se declare la nulidad del pleno derecho por incumplimiento de norma imperativa, conforme al art. 6.3 del Código, a causa del incumplimiento por parte de la demandada de su obligación de informar a los clientes conforme a la normativa protectora de los usuarios bancarios en fase precontractual, contractual y postcontractual con especial incidencia en su negligente e inexistente cumplimiento de evaluar al perfil del cliente respecto a las órdenes de compra de los bonos estructurados, denominados contratos financieros atípicos, de fecha 19 de enero de 2007 y 18 de febrero de 2008, como de los bonos subordinados canjeables VT 23102013, de fecha 23 de octubre de 2009 y, conforme a lo dispuesto en el art. 1.303 del Código Civil, se proceda a la restitución de las prestaciones, condenando a la demandada a restituir a D^a ^a y D.

la cantidad total invertida de 5.020.000 euros, más los intereses legales de dicha cantidad desde la contratación hasta el efectivo pago y las costas del procedimiento. Se declare la titularidad de Banco Popular Banca Privada SA o entidad que éste designe sobre los bonos o acciones objeto de la litis, consolidando la propiedad sobre los mismos, devolviendo al banco los cupones cobrados y cantidades liquidadas a la finalización del contrato, según se acredite a lo largo del procedimiento o se fije en ejecución de sentencia.

Subsidiariamente, si no se concede la nulidad interesada, se solicita que se declare el incumplimiento respecto a los contratos financieros atípicos por parte de BANCO POPULAR BANCA PRIVADA o entidad que le suceda en sus derechos y obligaciones de las normas imperativas anteriormente referidas y se proceda a indemnizarles en los daños y perjuicios, que se cifran en la suma de 2.132.824,79 euros, más los intereses legales desde la fecha de la interposición de la demanda; declarando respecto a la contratación de los bonos subordinados, canje y contratos vinculados la anulabilidad por vicio en el consentimiento basada en error, por la deficiente información prestada por la entidad bancaria, procediendo a

la restitución del capital invertido de 220.000 euros, más el interés legal de dicha cantidad desde la contratación hasta que se produzca el efectivo pago y las costas del procedimiento; declarando la titularidad de BANCO POPULAR BANCA PRIVADA SA o entidad que se designe sobre los bonos o acciones de esta litis, consolidando la propiedad sobre los mismos, devolviendo al banco los cupones cobrados por D^a ^a y D. ^a por el importe que quede acreditado a lo largo del procedimiento o en ejecución de sentencia.

En fecha 16 de febrero de 2017 se dictó sentencia por la Magistrada-Juez del juzgado de 1^a Instancia nº87 de Madrid en la que se estima parcialmente la demanda y se declara la nulidad de la orden de compra de Bonos SUB canjeables VT23102013 de fecha 23 de octubre de 2009, canjeados por bonos subordinados necesariamente canjeables ES0370412001, por importe de 220.000 euros, emitidos por la demandada y adquiridas por D^a ^a y D. ^a que la titularidad de los títulos a que se refiere dicha suscripción o bien aquellos otros que hubieran sucedido a los mismos (resultado de la recompra forzosa o acciones adquiridas por conversión forzosa) pasen a la entidad BANCO POPULAR BANCA PRIVADA SA una vez se haya restituido el importe de las cantidades a los que esta sentencia se refiere. Se condena a BANCO POPULAR BANCA PRIVADA SA a que abone a D^a ^a y D. ^a la suma de 220.000 euros, más los intereses legales desde la fecha de la inversión hasta el completo pago, debiendo procederse por D^a ^a y D. ^a a la devolución de las rentabilidades obtenidas de los productos a los que se refiere, más los intereses legales desde la obtención de las mismas hasta la determinación del importe dinerario final. El importe de la inversión deberá ser aminorado con el importe de las acciones convertidas, si hubieran producido rentabilidad o el precio de su enajenación, si tal hubiera ocurrido, una vez restituido el importe de las cantidades a que esta sentencia se refiere. Todas estas cantidades se determinarán en fase de ejecución de sentencia, en defecto de acuerdo de las partes. Se absuelve a la demandada del resto de pretensiones de la demanda y no se hace especial imposición de las costas procesales.

SEGUNDO.- Por el Procurador D. FRANCISCO JAVIER BLASCO MATEU, en representación de AUGE, ASOCIACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS DE SERVICIOS GENERALES, se interpone recurso de apelación con base en los siguientes motivos: Incongruencia omisiva, por no haberse hecho mención alguna en la sentencia a la pretensión subsidiaria de indemnización de daños y perjuicios. Se aduce que como consecuencia del incumplimiento contractual en el asesoramiento prestado por la entidad demandada e incumplimiento del plazo de amortización pactado, los efectos no deben ser *ex nunc* sino *ex tunc*, lo que supone volver al estado existente cuando se celebró el negocio jurídico., por lo que las partes deberán devolverse recíprocamente las prestaciones que hubieran percibido. Por lo expuesto, la recurrente considera que deberá restituirse a los clientes el capital invertido de 5.020.000 euros o indemnizarle en los daños y perjuicios causados, que cifra en 2.352.824,79 euros.

En tres líneas del recurso refiere error en la sentencia, por estimar la excepción de caducidad de la instancia respecto de los bonos estructurados, ya que respecto de los contratos financieros atípicos no se solicita la anulabilidad, conforme a lo dispuesto en el art.

1.301 del Código Civil, sino la acción de nulidad absoluta por incumplimiento de norma imperativa, conforme a lo dispuesto en el art. 6-3 del Código Civil. Tal y como se afirma por el recurrente, el artículo 1301 del Código civil Legislación citada [CC art. 1301](#) es aplicable únicamente a los supuestos de mera anulabilidad, no siendo de aplicación cuando se trata de acciones que entrañan la nulidad radical o la inexistencia del contrato (SSTS de 20 de octubre de 1999, 14 de marzo de 2000 y 6 de septiembre de 2006 , entre otras muchas). Cuando el contrato se produce vulnerando una norma imperativa, como son las que regulan la información que ha de prestarse al adquirente de productos financieros y ello es lo que provoca el error en el consentimiento, el contrato será nulo de pleno derecho, tal y como previene el artículo 6. 3 del Código civil Legislación citada [CC art. 6.3](#) , nulidad que se produce ipso iure y que por ello es imprescriptible (SSTS de 23 de octubre de 1992, 5 de junio de 1994 , y 14 de marzo de 2000 , entre otras).

En el presente supuesto, en el suplico de la demanda se plantea como pretensión principal la nulidad absoluta de los denominados contratos financieros atípicos, conforme al art. 6-3 del Código Civil, no la acción de anulabilidad por error en el consentimiento, regulada en el art. 1.301 del Código, como sí realiza para los bonos subordinados convertibles. Pero dicha cuestión no es objeto del recurso, ya que los motivos que se aducen en el mismo es la incongruencia omisiva, por no haberse hecho mención alguna en la sentencia a la pretensión subsidiaria de indemnización de daños y perjuicios. Así se recoge en el primer motivo del mismo.

La incongruencia omisiva, también denominada falta de exhaustividad, consiste en la falta de respuesta explícita en la resolución definitiva a determinadas peticiones o pretensiones de las partes. Como ya se señaló por esta Sala en sentencia de fecha 16-3-17, como establece reiterada doctrina jurisprudencial (STS 30-4-12, 4-12-12 y 4-6-13), no puede confundirse con la falta de motivación porque se trata de presupuestos procesales diferentes que, aunque regulados un mismo artículo, el 218 LEC, se hallan contemplados en apartados distintos y porque la primera “se resuelve en la ausencia de la indeclinable adecuación sustancial, racional y flexible -no rígida o literal- que ha de existir entre la parte dispositiva de la sentencia y las pretensiones formuladas en los suplicos de los escritos rectores del proceso, no en los razonamientos o argumentaciones que se hagan en los mismos, que constituyen su objeto”

Además, es contante la jurisprudencia del Tribunal Supremo que establece, en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, que «... este derecho se satisface también cuando se resuelven genéricamente las pretensiones de las partes aunque no se haya pronunciado concretamente sobre todas las alegaciones expuestas, siempre que el razonamiento permita conocer el motivo que justifica y garantiza, consecuentemente, la no arbitrariedad del fallo ...», no se incurre en defecto procesal por no contestar a todas y cada una de las afirmaciones o razonamientos expuestos en los escritos procesales, pues el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface cuando se resuelven genéricamente las pretensiones de las partes aunque no se haya pronunciado concretamente sobre las alegaciones expuestas, tal y como viene declarando pacífica doctrina, entre otras STS 4-3-2000, 28-5-2009 y 25-6-2009. Tiene declarado con reiteración la Sala Primera del Tribunal Supremo que la infracción del deber que pesa sobre los órganos jurisdiccionales, por exigencias del principio de efectividad de la tutela judicial reconocido en el art. 24 de la Constitución de conocer y decidir acerca de todas las pretensiones oportunamente ejercitadas, pero sin exigir una contestación judicial explícita y detallada, bastando, en

atención a las circunstancias del caso, con una respuesta global.

En la sentencia se estima la excepción de caducidad de la acción de nulidad ejercitada respecto de los contratos financieros atípicos, por el transcurso del plazo de cuatro años establecido en el art. 1.301 del Código Civil, por lo que absuelve a la demandada de dicha pretensión. No obstante, no entra a conocer de la pretensión subsidiaria, tal y como se argumenta en el recurso de apelación. En el suplico de la demanda, tras la petición principal se dice “Subsidiariamente, si no se concede la nulidad interesada, se solicita que se declare el incumplimiento respecto a los contratos financieros atípicos por parte de BANCO POPULAR BANCA PRIVADA o entidad que le suceda en sus derechos y obligaciones de las normas imperativas anteriormente referidas y se proceda a indemnizarles en los daños y perjuicios, que se cifran en la suma de 2.132.824,79 euros, más los intereses legales desde la fecha de la interposición de la demanda”. La acción que se plantea de forma subsidiaria es la de incumplimiento contractual e indemnización por daños y perjuicios, regulada en el art. 1.101 del Código, la cual está sometida al plazo de prescripción de quince años previsto de manera general en el artículo 1.964 CC Legislación citada CC art. 1964, plazo que en ningún caso había transcurrido, por lo que debería haberse realizado un pronunciamiento en la sentencia. Existe incongruencia omisiva en la sentencia apelada.

TERCERO.- En el recurso de apelación se argumenta también que como consecuencia del incumplimiento contractual en el asesoramiento prestado por la entidad demandada e incumplimiento del plazo de amortización pactado, los efectos no deben ser *ex nunc* sino *ex tunc*, lo que supone volver al estado existente cuando se celebró el negocio jurídico., por lo que las partes deberán devolverse recíprocamente las prestaciones que hubieran percibido. Por lo expuesto, la recurrente considera que deberá restituirse a los clientes el capital invertido de 5.020.000 euros o indemnizarle en los daños y perjuicios causados, que cifra en 2.352.824,79 euros. Se insiste en la necesidad de que se le indemnice en los daños y perjuicios causados como consecuencia de haber vendido un producto no adecuado al perfil del cliente, que no tenía conocimiento financieros que les permitieran conocer un producto financiero tan complejo. No se le hicieron los oportunos test de conveniencia. No se ha realizado seguimiento alguno de la inversión, a la que se llega a calificar de plazo fijo.

Sobre el deber de información. La demandada afirma haber cumplido con dichas obligación. Sobre esta cuestión, la STS de 14 de noviembre de 2005 estableció que la diligencia de las entidades financieras a la hora de comercializar productos de cierta complejidad no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica de un ordenado comerciante en defensa de los intereses de sus clientes, de forma que la carga de la prueba sobre el cumplimiento de estas obligaciones recae sobre la entidad financiera.

Como la mayor o menor complejidad del producto influye en el grado de información exigible a la entidad que lo comercializa, debemos comenzar por esta cuestión.

Es claro que estamos ante un producto financiero complejo, lo que no es controvertido por POPULAR BANCA PRIVADA. También de la lectura de los documentos nº 1, 2 y 3 de la demanda queda justificada la complejidad del producto y de un nivel de riesgo elevado, que el informe pericial, aportado como documento nº 8, aclara en el sentido de que eran bonos estructurados y autocanjeables referenciados a la cotización de las acciones de las entidades bancarias BBVA, BANKINTER y ENI SPA.

Una vez establecido que estamos ante un producto financiero complejo y que son un producto de riesgo, deberemos entrar a valorar si los recurrentes tenían un perfil adecuado para la venta del producto y si por los empleados de la entidad bancaria se dio la información legalmente exigida.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1998 argumentaba que: "El título VII de la Ley de Mercado de Valores contiene una serie de normas de conducta de las Sociedades y Agencias de Valores presididas por la obligación de dar absoluta prioridad al interés del cliente (art. 79), lo que se traduce, entre otras, en la obligación del gestor de informar al cliente de las condiciones del mercado bursátil, especialmente cuando y no obstante la natural inseguridad en el comportamiento del mercado de valores, se prevean alteraciones en el mismo que puedan afectar considerablemente a la cartera administrada y así en el artículo 255 del Código de Comercio impone al comisionista la obligación de consultar lo no previsto y el artículo dispone que el comisionista comunicará frecuentemente al comitente las noticias que interesen al buen éxito de la negociación; en el ámbito del mandato regulado en el Código Civil , en que no existen preceptos de idéntico contenido a los del Código de Comercio citados, tal deber de información en el sentido expuesto viene exigido por la prohibición de extralimitación en las facultades concedidas al mandatario salvo cuando éste, ante un cambio de las circunstancias, y a falta de instrucciones del mandante, actúa en forma mas beneficiosa para éste, ante la imposibilidad de recibir instrucciones del mismo".

También la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2003 establece que: "En el desempeño de su mandato, el comitente debe actuar con la diligencia y lealtad que se exigen a quien efectúa, como labor profesional y remunerada, una gestión en interés y por cuenta de tercero, en el marco de las normas de la Ley del mercado de valores, establecidas para regular la actuación profesional de las empresas de servicios de inversión en los dichos mercados, y, por ello, muy especialmente observar las "normas de conducta" (Título VII) que disciplinan su actuación, entre las que destacan, dentro del deber de diligencia, las de asegurarse que disponen de toda la información necesaria para sus clientes, manteniéndoles siempre adecuadamente informados y la de cuidar de los intereses de sus clientes, como si fueran propios, todo ello potenciado por un exquisito deber de lealtad.

Para resolver la presente cuestión litigiosa debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 78 bis de la Ley de Mercado de Valores cuando se refiere a "Clases de clientes" diciendo que: "1. A los efectos de lo dispuesto en este Título, las empresas de servicios de inversión clasificarán a sus clientes en profesionales y minoristas. Igual obligación será aplicable a las demás empresas que presten servicios de inversión respecto de los clientes a los que les presten u ofrezcan dichos servicios. 2. Tendrán la consideración de clientes profesionales aquéllos a quienes se presuma la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos. 3. En particular tendrá la consideración de cliente profesional: c) Los empresarios que individualmente reúnan, al menos, dos de las siguientes condiciones: 1º que el total de las partidas del activo sea igual o superior a 20 millones de euros; 2º que el importe de su cifra anual de negocios sea igual o superior a 40 millones de euros; 3º que sus recursos propios sean iguales o superiores a 2 millones de euros".

Sobre la normativa aplicable. El producto fue contratado en el año 2007 y 2008, por lo que cuando se contrató el último era aplicable la Ley 47/07 que modificó la LMV para adecuarla a la directiva comunitaria 2004/39 de la CE, de 21 de abril de 2004, denominada MIFID, que entró en vigor el 21 de diciembre de 2007. Pero cuando se contrataron todos estaba en vigor la buena fe contractual, regulada en el art. 7-1 del Cc., que obliga a la exigencia, en el ejercicio de los derechos, de una conducta ética significada por los valores de honradez y lealtad (STS 30-1-3003).

Además la normativa MIFID viene a completar la normativa vigente en ese momento sobre consumidores y usuarios y la normativa ya vigente reguladora del sector bancario, como el RD 629/1993, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, que imponía a las entidades de intermediación en la contratación de valores un código de conducta atendiendo en todo caso al interés de los inversores (art. 2-1). Código incluido como anexo en el RD, cuyo art. 1 imponía a dichas entidades el deber de actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos, imponiéndoles un deber de identificación correcta del perfil del cliente, en particular en experiencia inversora, estableciendo en el art. 5 unos estrictos deberes de información al cliente, información que debía ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación pudiera conllevar, especialmente en los productos de alto riesgo, ofreciendo y suministrando además a sus clientes toda la información de que se disponga cuando pueda ser levante para la adopción por ellos de decisiones de inversión. Deber de información que corresponde acreditar a la entidad de intermediación (art. 217 de la LEC.).

Para acreditar que se dio la información precisa, disponemos de la declaración como testigo del empleado de la entidad bancaria que vendió el producto, por lo que carece de la objetividad e imparcialidad necesaria. Dicho testigo ha declarado en el juicio que se le vendieron como productos de riesgo y se le dijo expresamente que no estaban garantizados. Es decir, se ofreció como un producto de alta rentabilidad, no garantizados y de riesgo. También ha declarado que es un producto destinado a clientes con conocimiento financieros y que sabían lo que contrataban.

De lo expuesto no podemos tener por acreditado que se diera a la actora la información individualizada y personal necesaria para la comprensión de un producto tan complejo. Los documentos contractuales (doc. 1, 2 y 3), contenían la información relativa a la identificación de los productos adquiridos, pero en ellos se habla de pago de cupones y reembolsos, con unos cálculos y porcentajes nada claros. Además se les denomina “cupones fijos”, lo que puede inducir a confusión sobre el riesgo del producto, lo mismo que la mención que se hace de “liquidación de imposiciones a plazo” en los extractos que les son remitido regularmente (doc. 12).

Sobre la cuestión relativa a la experiencia inversora del cliente. No consta que los recurrentes tuvieran experiencia en la contratación de esta tipo de productos, hasta ese momento solo contrató plazos fijos, plan de pensiones y fondos de inversión (doc. 8). Así lo reconoce la entidad bancaria al contestar a la demanda. Eran clientes minoristas y ello pese a que tuviera una empresa de transportes. Su desconocimiento sobre asuntos financieros quedó patente durante el juicio. Al visionar la grabación puede apreciarse que el declarante

no tenía capacidad para entender la complejidad del producto que le ofertaban. Ante las incisivas preguntas de SS^a, la Sala llega a la clara conclusión de su desconocimiento de la naturaleza del producto que contrató y que no le explicaron los empleados de la demandada los riesgos que asumía, incluso puede apreciarse que no entendía siquiera las explicaciones de la *Juez a quo*. No pensaba que fuera a perder su inversión y prueba de ello es que sigue invirtiendo en un producto similar con posterioridad.

La normativa que establece los deberes de información que pesan sobre las entidades financieras, denominada MiFID por ser las siglas del nombre en inglés de la Directiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instrumentos financieros (Markets in Financial Instruments Directive), responde al principio general de que todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate. Debe, pues, proporcionarse a la otra parte información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran los concretos riesgos que comporta el producto financiero que se pretende contratar. De otra parte, las entidades financieras deben valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad. Hemos dicho en el anterior fundamento que nos encontramos ante un producto complejo, concertado a consecuencia de un servicio de asesoramiento en materia de inversiones. Mediante el test de conveniencia, la entidad bancaria ha de valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, y evaluar si es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión que va a contratar. Mediante el test de idoneidad, la entidad debe hacer un informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente, para poder recomendarle ese producto. No se hizo en el presente caso ni el test de conveniencia ni el de idoneidad, por lo que no podemos tener por acreditado que el cliente tuviera los conocimientos financieros necesarios para entender un producto tan complejo.

Lo expuesto obliga a estimar este motivo del recurso, aunque solo parcialmente. En aplicación de lo dispuesto en el art. 1.101 del Código Civil, procede indemnizar a la recurrente en los daños y perjuicios que se le ha ocasionado como consecuencia del incumplimiento de su deber de información en los términos referidos anteriormente. Su importe se ha fijado en el informe pericial aportado como documento nº 8 de la demanda y no ha sido discutido por la contraria, por lo que la recurrente debe ser indemnizada en la suma de 2.352.824,79 euros, más los intereses legales desde la fecha de la interposición de la demanda (art. 1.108 del Código Civil).

CUARTO.- Por la Procuradora D^a M^a JOSÉ BUENO RAMIREZ, en representación de POPULAR BANCA PRIVADA SA, se formula impugnación de la sentencia en cuanto a la declaración de nulidad de la orden de compra de Bonos SUB canjeables VT23102013 de fecha 23 de octubre de 2009 y demás pronunciamiento inherentes a la misma. Se alega que la sentencia se equivoca al considerar que PBP no ha cumplido con sus obligaciones de información. Se insiste en que el perfil inversor de los Sres. permitía comprender la naturaleza y características del producto contratado y que cumplió con sus deberes de información, se les entregó documentación precontractual y contractual sobre las características de la operación, informándole de la posibilidad de obtener pérdidas.

Inexistencia de vicio del consentimiento. Finalmente, se aduce que la sentencia se equivoca al no acoger la doctrina sobre la confirmación de los contratos anulables.

Sobre las cuestiones planteadas ya se ha pronunciado esta Sala en las recientes sentencias de 30 de septiembre de 2016 y 25 de septiembre de 2017, en las mismas se refería el contenido de lo dispuesto en el art. 79 bis apartado seis de LMV, según el cual *"la entidad obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, 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 e instrumentos financieros que más le convengan. Cuando la entidad no obtenga esta información, no recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente"*. Ello obliga a que se realice el test de idoneidad, referido en el art. 72 del Real Decreto 217/2008, el cual establece lo siguiente: *"Evaluación de la idoneidad. A los efectos de lo dispuesto en el art. 79 bis. 6 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, las entidades que presten el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras deberán obtener de sus clientes, incluidos los potenciales, la información necesaria para que puedan comprender los datos esenciales de sus clientes y para que puedan disponer de una base razonable para pensar, teniendo en cuenta debidamente la naturaleza y el alcance del servicio prestado, que la transacción específica que debe recomendarse, o que debe realizarse al prestar el servicio de gestión de cartera, cumple las siguientes condiciones: a) Responde a los objetivos de inversión del cliente en cuestión. En este sentido, se incluirá, cuando proceda, información sobre el horizonte temporal deseado para la inversión, sus preferencias en relación a la asunción de riesgos, su perfil de riesgos, y las finalidades de la inversión. b) Es de tal naturaleza que el cliente puede, desde el punto de vista financiero, asumir cualquier riesgo de inversión que sea coherente con sus objetivos de inversión. (...). Asimismo, la información relativa a la situación financiera del cliente incluirá, cuando proceda, información sobre el origen y el nivel de sus ingresos periódicos, sus activos, incluyendo sus activos líquidos, inversiones y bienes inmuebles, así como sus compromisos financieros periódicos. c) Es de tal naturaleza que el cliente cuenta con la experiencia y los conocimientos necesarios para comprender los riesgos que implica la transacción o la gestión de su cartera. (...). Cuando la entidad no obtenga la información señalada en las letras anteriores, no podrá recomendar servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente ni gestionar su cartera"*. De acuerdo con el art. 73 del RD 217/2008, el test de conveniencia tiene por finalidad que la entidad de crédito pueda valorar si el cliente tiene "los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado", mientras que el test de idoneidad cumple dos objetivos adicionales: determinar si el producto ofrecido responde a los objetivos de la inversión señalados por el cliente y si éste puede asumir los riesgos inherentes a dicha inversión (art. 72). La diferencia, es realmente importante, ya que el test de idoneidad responde a un servicio de asesoramiento que presta la entidad de crédito, no siendo suficiente que el cliente conozca la características del producto y sus riesgos, sino que es necesario que el producto ofrecido por la entidad se acomode a los objetivos del cliente y que este pueda asumir sus riesgos, datos sobre los que ha de proporcionarse suficiente información para que se pueda emitir un consentimiento válido. El artículo 74 del Real Decreto 217/2008 determina que *"A los efectos de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, la información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos enumerados a continuación, en la*

medida en que resulten apropiados a la naturaleza del cliente, a la naturaleza y alcance del servicio a prestar y al tipo de producto o transacción previstos, incluyendo la complejidad y los riesgos inherentes :a) Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que esté familiarizado el cliente. b) La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el período durante el que se hayan realizado. c) El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes", datos que no han sido reflejados documentalmente en el presente supuesto. A los Sres. se les practicó el test de idoneidad, no habiéndose realizado el test de conveniencia, circunstancia que evidencia la falta de observancia de los preceptos citados.

Los adquirentes del producto eran un inversores minoristas, por los motivos que ya hemos expuesto en el anterior fundamento jurídico; atendiendo a dicho perfil, esta Sala se remite a lo ya referido en cuanto a que carecían de conocimientos financieros suficientes y necesarios para entender y comprender, en su totalidad, las ventajas e inconvenientes del producto que adquiriría, máxime si tenemos en cuenta la complejidad del mismo, lo que exige que la entidad financiera proporcione al cliente una información exhaustiva, pormenorizada, detallada y comprensible del funcionamiento del producto, que sea entendida por el adquirente. La entidad bancaria ha de acreditar que el adquirente tenía conocimientos financieros suficientes para suscribir el producto y que se le proporcionó información veraz y suficiente para su comprensión, produciéndose la inversión de la carga de la prueba; no habiéndose acreditado dichos extremos, cabe concluir que el perfil del cliente no era el adecuado para proceder a dicha adquisición y que la entidad bancaria obvió su obligación de proporcionar la información necesaria en este caso, omisiones que generaron error en el consentimiento prestado por el actor. Para ello no basta la entrega de tríptico informando de la naturaleza del producto, de difícil comprensión, así como reuniones con el empleado de la demandada, de las que no ha quedado claro el contenido.

A dichos efectos, hemos de tener en cuenta que "*Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo*" (art. 1.266 C.CivilLegislación citada [CC art. 1266](#)); precepto que ha sido interpretado por la Sala Primera del Tribunal Supremo en sentencia de 30 de septiembre de 2002, cuando ante la alegación de infracción de los artículos 1.265Legislación citada [CC art. 1265](#) y 1.269 C.CivilLegislación citada [CC art. 1269](#), que establecen la nulidad del consentimiento prestado como consecuencia de la conducta insidiosa de la actora, dirigida a provocar una determinada declaración de voluntad, puntualiza que "la actuación dolosa de la entidad bancaria ha determinado un error en el consentimiento, que ha de calificarse de esencial y excusable, y que en definitiva, dichos vicios de la voluntad determinan la nulidad de tal consentimiento"; en sentencia de 22 de diciembre de 2009 , con respecto a los contratos celebrados con entidades bancarias, considera que la nulidad del contrato por vicio del consentimiento ha de fundarse en argumentos relevantes, entre otros se encuentra "la falta de información suministrada a los clientes en relación con su perfil"; manteniendo en la actualidad la misma postura de interpretación restrictiva de los vicios del consentimiento, pronunciándose la sentencia de 20 de febrero de 2012 en los siguientes términos: "los vicios del consentimiento (error, violencia, intimidación o dolo), requieren una cumplida prueba, sometida a la apreciación de los Tribunales de instancia. El consentimiento tiene naturaleza de hecho y su existencia corresponde declararla al Tribunal tras la apreciación de las

pruebas, y la misma naturaleza de simple hecho, la tienen los vicios del consentimiento (STS 21 de junio de 1998Jurisprudencia citada [STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 21-06-1998 \(rec. 911/1994\)](#)). Aplicando dicha doctrina al perfil del cliente y la naturaleza del producto, la Sala aprecia la existencia de vicio del consentimiento por error excusable de los Sres. que confiaron de forma absoluta en el asesoramiento que le ofrecía la demandada.

En cuanto a la alegación de que la sentencia yerra al no aplicar la doctrina sobre la confirmación de los contratos anulables, porque los Sres. suscribieron la orden de recompra de los bonos canjeables con suscripción de bonos subordinados convertibles, en fecha 9 de mayo de 2012, según consta en el documento nº 6 bis de la contestación.

La propagación de los efectos de la nulidad se ha reconocido en la jurisprudencia cuando actos consecutivos tienen como finalidad evitar la continuidad en las pérdidas o para minorarlas. La STS 10 noviembre 1964, admite tal propagación de la ineficacia contractual a actos que guarden relación con el negocio declarado inválido “no sólo cuando exista un precepto específico que imponga la nulidad del acto posterior, sino también cuando... presidiendo a ambos una unidad intencional, sea el anterior la causa eficiente del posterior, que así se ofrece como la consecuencia o culminación del proceso seguido”. Luego las STS 22 diciembre 2009 y la STS 17 junio 2010, lo ratifican mencionando la primeramente citada en un párrafo idéntico en ambas resoluciones: “Los contratos posteriores presuponían, por este camino, la validez del primer contrato y la asunción de sus resultados económicos. Sin el primer contrato y las pérdidas que originó, quedaría privada de sentido la operación económico-financiera en su totalidad, integrada también por los contratos posteriores. Éstos estaban causalmente vinculados a aquél en virtud de un nexo funcional, pues los clientes de la entidad financiera no hubieran aceptado de nuevo un nivel de riesgo impropio de la inversión originariamente realizada en virtud de un contrato nulo, sino con el propósito de equilibrar los resultados de la operación en su conjunto.

Resulta, pues, aplicable el principio según el cual cuando un acto se ofrece en unidad intencional como causa eficiente del posterior la nulidad del primero debe trascender a él (STS de 10 de noviembre de 1964), puesto que la causa se manifiesta en la intencionalidad conjunta de ambos contratos”. Se ha aceptado conocer de la pretensión que afecta al préstamo inicial, sin que el contrato de novación posterior suponga impedimento para que operen los arts. 1303, 1307 y 1308 CC y sin que se pueda considerar un reconocimiento de la validez del contrato afectado de nulidad ni, evidentemente, puede servir para que la parte que ha incumplido sus obligaciones de transparencia e información necesarias al suscribir el contrato inicial impida a la parte perjudicada a acudir a los Tribunales para exigir el cumplimiento de sus derechos.

Esta Sala ya se ha pronunciado sobre esta cuestión en la reciente sentencia de 25 de septiembre de 2017. En la misma se niega una convalidación de actos anulables, porque el canje se ofrecía a los interesados para enjugar pérdidas, de forma que los contratos posteriores tenían por objeto minorar en lo posible las pérdidas producidas por el producto contratado inicialmente. "Sin el primer contrato y las pérdidas que originó quedaría privada de sentido la operación económico-financiera en su totalidad, integrada también por los contratos posteriores. Éstos estaban causalmente vinculados a aquél en virtud de un nexo funcional, pues los clientes de la entidad financiera no hubieran aceptado de nuevo un nivel de riesgo impropio de la inversión originariamente realizada en virtud de un contrato nulo, sino con el propósito de equilibrar los resultados de la operación en su conjunto. Resulta,

pues, aplicable el principio según el cual cuando un acto se ofrece en unidad intencional, como causa eficiente del posterior, la nulidad del primero debe trascender a él (STS de 10 de noviembre de 1964), puesto que la causa se manifiesta en la intencionalidad conjunta de ambos contratos." Como también se indica en las resoluciones citadas "Si bien el art. 1.311 CCLegislación citada [CC art. 1311](#) , considera tácitamente confirmado el contrato si, conocida la causa de nulidad, y habiendo ésta cesado, quien tuviera derecho a invocarla ejecutara un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo, lo que provoca el efecto del art. 1313 CCLegislación citada [CC art. 1313](#) ., es decir, se "purifica al contrato de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración", tal confirmación sólo es posible cuando, como señala literalmente el art. 1311 CCLegislación citada [CC art. 1311](#) ., se realice con 1) conocimiento de la causa de nulidad; 2) habiendo ésta cesado; y, 3) ejecutando un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciar a invocar la causa de nulidad. Que se acepten liquidaciones positivas o que se firmen contratos que novan los precedentes no supone conocimiento de la causa de nulidad, de modo que no operaría el precepto. Si además persiste el vicio, como ocurre con los contratos que, a iniciativa del profesional, sustituyen a otros anteriores que adolecen del mismo vicio, no es posible su convalidación".

QUINTO.- En aplicación de lo dispuesto en los arts. 394-1 y 398-1 de la LEC, se imponen a la demandada las costas causadas en primera instancia y no se hace especial imposición de las de esta alzada, excepto las de la impugnación de la sentencia que se imponen a la parte que la formuló.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación.

FALLO

Que, con estimación parcial del recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. FRANCISCO JAVIER BLASCO MATEU, en representación de AUGÉ, ASOCIACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS DE SERVICIOS GENERALES, frente a la sentencia dictada de fecha 16 de febrero de 2017 por la Magistrada-Juez del juzgado de 1ª Instancia nº87 de Madrid en los autos a que el presente Rollo se contrae y desestimando la impugnación de la misma formulada por la Procuradora Dª Mª JOSÉ BUENO RAMÍREZ, en representación de POPULAR BANCA PRIVADA SA, debemos revocar y revocamos la resolución indicada en el sentido de que declaramos el incumplimiento en su obligación de información respecto a los contratos financieros atípicos por parte de BANCO POPULAR BANCA PRIVADA y, en consecuencia, se condena a ésta a indemnizar en los daños y perjuicios causados, que se cifran en la suma de 2.132.824,79 euros, más los intereses legales desde la fecha de la interposición de la demanda. Se imponen a la demandada las costas causadas en primera instancia y no se hace especial imposición de las de esta alzada, excepto las de la impugnación de la sentencia que se imponen a la parte que la formuló

La estimación parcial 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.

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 N° 6114 sita en la calle Ferraz nº 43, 28008 Madrid, con el número de cuenta , bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala N° 906/2017, lo pronunciamos, mandamos 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

NOTA: Siendo aplicable la Ley Orgánica 15/99 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y los artículos 236 bis y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los datos contenidos en esta comunicación y en la documentación adjunta son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia, sin perjuicio de las competencias del Consejo General del Poder Judicial previstas en el artículo 560.1.10 de la LOPJ.