

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Decimocuarta

C/ Ferraz, 41 , Planta 4 - 28008

Tfno.: 914933893/28,3828

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2015/0255606

Recurso de Apelación 785/2016



(01) 30781412536

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 60 de Madrid
Autos de Juicio Verbal (250.2) 1636/2015

APELANTE: BANCO POPULAR ESPAÑOL SA

PROCURADOR D. EDUARDO CODES PEREZ-ANDUJAR

APELADO: D. AMADO JESUS DIAZ DIAZ y Dña. TERESA GLORIA BLANCO LOPEZ

PROCURADOR D./Dña. FRANCISCO JAVIER BLASCO MATEU

SENTENCIA

ILMO SR. MAGISTRADO ÚNICO: D. SAGRARIO ARROYO GARCÍA

En Madrid, a veintidós de diciembre de dos mil dieciséis.

Vistos en grado de apelación, por el Magistrado de esta Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, el Ilmo. Sr. D. SAGRARIO ARROYO GARCÍA, actuando como Tribunal Unipersonal en segunda instancia, los presentes autos civiles de Juicio Verbal nº 1636/2015 seguidos en el Juzgado de Primera Instancia nº 60 de Madrid, en los que aparece como parte apelante BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A., representada por el Procurador DON EDUARDO CODES PÉREZ-ANDÚJAR , y defendida por el Letrado DON ÁLVARO ALARCÓN DÁVALOS, y como parte apelada DON AMADO JESÚS DÍAZ DÍAZ Y DOÑA TERESA GLORIA BLANCO LÓPEZ, representados por el Procurador DON FRANCISCO JAVIER BLASCO MATEU, y defendidos por el Letrado DON JUAN JOSÉ ORTEGA GARCÍA, todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 1/04/2016.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 60 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 1/04/2016, cuyo fallo es del tenor literal siguiente: “DEBO ESTIMAR Y ESTIMO INTEGRAMENTE la demanda y en consecuencia: Se debe estimar la existencia de una nulidad por error de la orden de compra solicitada y el canje posterior. La consecuencia de dicha nulidad es que se debe condenar a la parte demandada a abonar a la actora el principal invertido que asciende a 6.000 euros y; la parte actora deberá reintegrar a la parte demandada la totalidad de los importes abonados como intereses durante el periodo de vigencia de las participaciones, esto es los llamados intereses brutos. En ejecución de sentencia deberá determinarse concretamente la liquidación de las prestaciones que deben restituirse, sobre la base liquidatoria (art. 219.2 LEC) que se acaba de citar, determinándose la cantidad que, por vía de compensación judicial, resulte ser acreedora la parte actora, así pues, la entidad demandada deberá devolver el capital invertido, incrementado en los intereses legales desde la fecha en que se realizó la respectiva inversión, mientras que el cliente demandante deberá devolver la remuneración percibida, con los intereses legales desde la fecha del pago de la cantidad invertida. Como consecuencia de la nulidad se debe devolver el producto a la parte demandada, y todo lo anterior con expresa condena en costas a la parte actora”.

SEGUNDO.- Notificada la mencionada resolución, contra la misma se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, al que se opuso la representación de los demandantes, y tras dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 457 y siguientes de la LEC, se remitieron las actuaciones a esta sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

TERCERO.- Por Providencia se acordó señalar para el 20 de diciembre de 2016 el examen del recurso de apelación.

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

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Se aceptan los razonamientos jurídicos de la resolución que ha sido apelada, en los términos que, a continuación, se expondrán.

PRIMERO.- Planteamiento del recurso

Para la resolución del presente recurso hemos de comenzar por establecer sus antecedentes.

1.- Sentencia de primera instancia

La sentencia de fecha 1 de abril de 2016 en su primer fundamento reseña los hechos no controvertidos y las cuestiones objeto de controversia, en el segundo, respecto de la caducidad alegada por la demandada, la desestima. En el tercero desestima que el canje pueda implicar la pérdida de la acción de anulabilidad. En el cuarto, respecto del error, se aprecia la existencia de asesoramiento, sin que conste la existencia de realización de test, pues pese al documento 6 de la contestación éste no se aporta, sin que la información escrita que se aporta pueda ser suficiente. En el fundamento quinto se aplican las consecuencias de la anulabilidad por vicio en el consentimiento, y en el sexto, respecto de las costas, aplica el criterio de vencimiento del artículo 394.1 LEC.

2.- Recurso de apelación

El recurso de apelación se fundamenta, en síntesis, en los siguientes motivos:

2.1.- Se debe apreciar la caducidad a los efectos del artículo 1301 CC, pues de conformidad a la jurisprudencia, respecto de los contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del cómputo del plazo, debe fijarse cuando el cliente es consciente del error, en el presente caso, desde que los actores conocieron que no era un simple depósito a plazo fijo, ni un seguro y que estaba sujeto a fluctuaciones en su valor, lo que ocurrió a principios del año 2010, cuando recibieron la información fiscal correspondiente al ejercicio 2009, en la que se les informaba de la bajada de la cotización de los bonos.

2.2.- Inexistencia de error, pues los demandantes recibieron información verbal y documental suficiente para comprender el producto contratado, su naturaleza y sus riesgos. Se suscribió consentimiento informado por la demandante, la orden de compra, la renuncia a realizar del test de conveniencia, decidiendo los clientes contratar el producto, se firmó el folleto resumen de la emisión. Se suscribe el canje, con la realización del test de conveniencia, con entrega del folleto informativo de la emisión, así como documento acreditativo de haber recibido la información relativa a la naturaleza y riesgos de los bonos. Los actores, con anterioridad, eran titulares de múltiples acciones de Iberdrola y Bankia. No hay labores de asesoramiento, sino de recepción y transmisión de órdenes, por lo que no era preciso el test de idoneidad.

2.3.- No procede la condena en costas al existir dudas de derecho.

3.- Por la representación de los apelados se opone a los motivos del recurso de apelación.

SEGUNDO: Caducidad de la acción

Como se deriva de las actuaciones, en la demanda se solicita, como acción principal, la anulabilidad por error en el consentimiento de la orden de suscripción de valores, clase y denominación "BO. POPULAR CAPITAL CONV.V. 2013" de fecha 3 de octubre de 2009, por un valor de 6.000 euros (folio 162 vuelto), y derivado de ésta la orden de oferta pública de adquisición mediante canje de "BO.SUB.OB.CONV.PROPOPULAR V.11-15 ISIN ES0313790059", de 8 de mayo de 2012 (folio 46).

Por la demandada se alega la caducidad de la acción ejercitada.

Al respecto hemos de tener en cuenta que el art. 1301 apartado cuarto del CC fija el inicio del plazo o "dies a quo" para el ejercicio temporáneo de la acción de anulabilidad, por vicios del consentimiento, "desde la consumación del contrato".

De conformidad STS 769/2014, de 12 de enero de 2015 (Pleno), expresamente citada por la 376/2015, de 7 de julio: "*No puede confundirse la consumación del contrato a*

que hace mención el art. 1301 del Código Civil , con la perfección del mismo. Así lo declara la sentencia de esta Sala núm. 569/2003, de 11 de junio , que mantiene la doctrina de sentencias anteriores, conforme a las cuales la consumación del contrato tiene lugar cuando se produce «la realización de todas las obligaciones» (sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1897 , 20 de febrero de 1928 y 11 de julio de 1984), «cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes» (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1989) o cuando «se hayan consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó» (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1983)", y añade "Se exige con ello una situación en la que se haya alcanzado la definitiva configuración de la situación jurídica resultante del contrato, situación en la que cobran pleno sentido los efectos restitutorios de la declaración de nulidad. Y además, al haberse alcanzado esta definitiva configuración, se posibilita que el contratante legitimado, mostrando una diligencia razonable, pueda haber tenido conocimiento del vicio del consentimiento, lo que no ocurriría con la mera perfección del contrato que se produce por la concurrencia del consentimiento de ambos contratantes".

Pues bien, el inicio del cómputo del plazo de los cuatro años para el ejercicio de la acción de anulabilidad a la suscripción no puede establecerse en la orden de valores de 3 octubre de 2009, pues el contrato en ese momento no se había consumado, sino simplemente perfeccionado, y la constancia real del error sufrido no se adquiere hasta un momento posterior, tras producirse la denominada operación "oferta pública de adquisición mediante canje", desde el cual no ha transcurrido el plazo del art. 1301 del CC.

Como ha señalado la jurisprudencia en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo (SSTS 769/2014, de 12 enero de 2015 , 489/2015, de 16 de septiembre , 102/2016, de 25 de febrero y 435/2016, de 29 de junio, entre otras).

Se pretende por la apelante que entendamos como fecha de constancia de la existencia del error la de recepción de la información fiscal del 2009 a inicios del 2010. Se

aporta, para ello, una serie de documentos de información fiscal elaborados por el propio Banco, en concreto, el que obra al folio 139 vuelto, en el que se reseña que la cotización de las acciones en las que se convertirían necesariamente los bonos había descendido a 97,886% , pero al margen de no constar la recepción de los mismos por los actores, aun admitiendo que lo recibieran lo cierto es que, de su simple lectura, una persona lega en productos complejos, como los contratados, no tiene ni mucho menos que adquirir el conocimiento real y efectivo de la verdadera naturaleza y concretas características de los valores adquiridos.

En todo caso, de la mera recepción de la información fiscal no cabe deducir el indicado conocimiento, a los efectos de poder fijar, con el mínimo rigor exigible, que en tales fechas habían tomado constancia real de los productos contratados, máxime si tenemos en cuenta, que en el documento que examinamos se señala "*Valores negociados en merc. organizados <Renta Fija >*", lo que corrobora la idea de un producto de ahorro, sin que la mera referencia numérica a la cotización o al importe efectivo, sin mayor aclaración, sea unívoca.

En conclusión, el motivo ha de ser desestimado.

TERCERO: Complejidad de las obligaciones necesariamente convertibles en acciones

Antes de entrar a resolver los concretos motivos del recurso, hemos de reseñar la complejidad de los productos adquiridos.

A tales efectos, hemos de traer a colación la STS 17 de junio 2016 Recurso: 1974/2014 "*1.- Los bonos necesariamente convertibles son activos de inversión que se convierten en acciones automáticamente en una fecha determinada, y por tanto, el poseedor de estos bonos no tiene la opción, sino la seguridad, de que recibirá acciones en la fecha de intercambio. A su vencimiento, el inversor recibe un número prefijado de acciones, a un precio determinado, por lo que no tiene la protección contra bajadas del precio de la acción que ofrecen los convertibles tradicionales. Los bonos necesariamente convertibles ofrecen al inversor sólo una parte de la futura subida potencial de la acción a cambio de un cupón*

prefijado, y exponen al inversor a parte o a toda la bajada de la acción. Por ello, estos instrumentos están más cercanos al capital que a la deuda del emisor; y suelen tener, como ocurre en el caso litigioso, carácter subordinado.

2.- Según la clasificación de los productos financieros realizada por el art. 79 bis 8 a) LMV (actual art. 217 del Texto refundido de la Ley del Mercado de Valores aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), son productos no complejos, los que cumplan todas y cada una de las siguientes cuatro características: a) que sean reembolsables en cualquier momento a precios conocidos por el público; b) que el inversor no pueda perder un importe superior a su coste de adquisición, es decir, a lo que invirtió inicialmente; c) que exista información pública, completa y comprensible para el inversor minorista, sobre las características del producto; y d) que no sean productos derivados. A sensu contrario, son productos o instrumentos financieros complejos los que no cumplen con todas o alguna de las características anteriores. Los productos complejos pueden suponer mayor riesgo para el inversor, suelen tener menor liquidez (en ocasiones no es posible conocer su valor en un momento determinado) y, en definitiva, es más difícil entender tanto sus características como el riesgo que llevan asociado.

El propio art. 79 bis 8 a) LMV parte de dicha diferenciación y considera los bonos necesariamente convertibles en acciones como productos complejos, por no estar incluidos en las excepciones previstas en el mismo precepto (así lo estima también la CNMV en la Guía sobre catalogación de los instrumentos financieros como complejos o no complejos).

3.- Pero es que, además, si tenemos en cuenta que los bonos necesariamente convertibles en acciones del Banco Popular son un producto financiero mediante el cual y, a través de distintas etapas, hasta llegar a la conversión en acciones ordinarias de esa misma entidad, el banco se recapitaliza, siendo su principal característica que al inicio otorgan un interés fijo, mientras dura el bono, pero después, cuando el inversor se convierte en accionista del banco, la aportación adquiere las características de una inversión de renta variable, con el consiguiente riesgo de pérdida del capital invertido; es claro que se trata de un producto no solo complejo, sino también arriesgado. Lo que obliga a la entidad financiera que los comercializa a suministrar al inversor minorista una información especialmente cuidadosa, de manera que le quede claro que, a pesar de que en un primer momento su aportación de dinero tiene similitud con un depósito remunerado a tipo fijo, a la postre implica la adquisición obligatoria del capital del banco y, por tanto, puede suponer la pérdida de la inversión”.

Doctrina que es aplicable al presente supuesto, al tratarse del mismo producto financiero.

CUARTO: Deber de asesoramiento soportado por Banco Popular Español, S.A.

No podemos compartir los argumentos de la apelante al sostener que no asumió el deber de asesoramiento por haber firmado con los actores sólo las órdenes de compra, sin compromiso de prestar asesoramiento. Este argumento no puede ser de recibo pues la existencia y extensión del deber de asesoramiento de la entidad financiera no deriva necesariamente de los pactos escritos alcanzados entre las partes, ni exige (como elemento esencial) el pago de una retribución, como ya señaló esta Sección 14ª en su Sentencia de 14 de julio de 2015 recurso 151/2015 .

A tal efecto, hemos de tener en cuenta, tal y como se deriva de la demanda (folio 5) y no se ha desvirtuado de contrario, la iniciativa correspondió a los empleados del Banco, por lo que hemos de derivar que nos encontramos ante un supuesto de asesoramiento, pues el art. 63.1.g) LMV (en la redacción aplicable al presente supuesto) declara que se considerarán servicios de inversión "el asesoramiento en materia de inversión, entendiéndose por tal la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de servicios de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros. No se considerará que constituya asesoramiento, a los efectos de lo previsto en este apartado, las recomendaciones de carácter genérico y no personalizadas que se puedan realizar en el ámbito de la comercialización de valores e instrumentos financieros. Dichas recomendaciones tendrán el valor de comunicaciones de carácter comercial".

Corroboramos la anterior conclusión lo declarado en STS 20 Enero 2014 recurso 879/2012 , de donde resulta que se produce asesoramiento en función de la vía en que el instrumento financiero es ofrecido al cliente, y siempre que se le presente el producto como conveniente y no esté divulgado exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público. Declara dicha resolución que " *Como afirma la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011) , "(l)a cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del*

instrumento financiero en qué consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente" (apartado 53). Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el art. 52 Directiva 2006/73, que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.4 Directiva 2004/39/CE. El art. 4.4 Directiva 2004/39/CE define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como "la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros". Y el art. 52 Directiva 2006/73/CE aclara que "se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...)", que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales. Carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público. De este modo, el Tribunal de Justicia entiende que tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un swap, realizada por la entidad financiera al cliente inversor, "que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público" (apartado 55). A la vista de esta interpretación y de lo acreditado en la instancia, no cabe duda de que en nuestro caso Caixa del Penedés llevó a cabo un servicio de asesoramiento financiero, pues el contrato de swap fue ofrecido por la entidad financiera, por medio del subdirector de la oficina de Palamós, aprovechando la relación de confianza que tenía con el administrador del cliente inversor, como un producto financiero que podía paliar el riesgo de inflación en la adquisición de las materias primas".

En el mismo sentido STS 25 de febrero de 2016 recurso 2578/2013 " y en este caso hubo asesoramiento, en tanto que los clientes adquirieron los diferentes productos - depósitos estructurados, obligaciones subordinadas y participaciones preferentes- porque les fueron ofrecidos por la empleada de "C..." con la que tenían una especial relación. Para que exista asesoramiento no es requisito imprescindible la existencia de un contrato remunerado "ad hoc" para la prestación de tal asesoramiento, ni que estas inversiones se incluyeran en un contrato de gestión de carteras suscrito por la demandante y la entidad financiera. Basta con que la iniciativa parta de la empresa de inversión y que sea ésta la que ofrezca el producto a sus clientes, recomendándoles su adquisición" y STS 29 de marzo de

2016 recurso 3398/2012 *"puesto que siendo el servicio prestado de asesoramiento financiero (la suscripción de los contratos fue ofrecida por el Banco al cliente), el deber que pesaba sobre la entidad comprendía tanto cerciorarse de que el cliente minorista conocía bien en qué consistía el swap que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, como asimismo haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía"*.

Por lo expuesto, resulta aplicable el art. 79 bis. 6 LMV, en su redacción entonces vigente, en cuya virtud "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, 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 aquél, 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. En el caso de clientes profesionales la entidad no tendrá que obtener información sobre los conocimientos y experiencia del cliente", es decir, se hacía preciso haber realizado el test de idoneidad, que suma al test de conveniencia (conocimientos y experiencia) un informe sobre la situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y los objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del cliente, para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan.

En todo caso, en el supuesto de que la entidad bancaria se hubiera limitado a prestar servicios de ejecución y transmisión de órdenes de inversión, sin asesoramiento, tanto los "Bonos subordinados necesariamente canjeables en acciones" suscritos el 3 de octubre de 2009 como los "Bonos subordinados obligatoriamente convertibles" suscritos el 8 de mayo de 2012 son productos complejos en los términos del art. 79 bis 8) LMV. Así resulta, además, de la propia documentación confeccionada por la demandada, así las órdenes de valores y resumen explicativo de condiciones de la emisión (folios 164 vuelto y ss.); de igual modo, la jurisprudencia reseñada en el anterior fundamento. Por lo tanto, aunque no hubiera habido asesoramiento, era de aplicación el art. 79 bis 7 LMV, en su redacción entonces vigente, y con base al mismo, cuando se presten servicios distintos de los previstos en el

apartado anterior, la empresa de servicios de inversión deberá solicitar al cliente, incluido en su caso los clientes potenciales, que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente. Cuando, en base a esa información, la entidad considere que el producto o el servicio de inversión no sea adecuado para el cliente, se lo advertirá. Bien entendido que el test de conveniencia en cuestión deberá realizarse de forma válida y eficaz.

De igual modo, el *RD 217/2008, de 15 de febrero, en su artículo 64* regula, con mayor detalle, este deber de información, al disponer: "1. Las entidades que prestan servicios de inversión deberán proporcionar a sus clientes, incluidos los potenciales, una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional. En la descripción se deberá incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas".

El mismo precepto, su apartado 2, especifica que "En la explicación de los riesgos deberá incluirse, cuando sea justificado en función del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los conocimientos y perfil del cliente, la siguiente información:

a) Los riesgos conexos a ese tipo de instrumento financiero, incluida una explicación del apalancamiento y de sus efectos, y el riesgo de pérdida total de la inversión.

b) La volatilidad del precio de ese tipo de instrumento financiero y cualquier limitación del mercado, o mercados, en que pueda negociarse.

c) La posibilidad de que el inversor, asuma, además del coste de adquisición del instrumento financiero en cuestión, compromisos financieros y otras obligaciones adicionales, incluidas posibles responsabilidades legales, como consecuencia de la realización de transacciones sobre ese instrumento financiero.

d) Cualquier margen obligatorio que se hubiera establecido u otra obligación similar aplicable a ese tipo de instrumento".

Además, 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.

Pues bien, en el presente supuesto se incumplió, en su integridad, la legislación aplicable, pues no sólo no se realizó el preceptivo test de idoneidad, de entender que existió asesoramiento, sino que ni tan siquiera se confeccionó el test de conveniencia, tanto en el año 2009 como en el 2012, pues de los documentos aportados con la contestación no se puede derivar su existencia, en el documento 4 (sin que conste la firma) los clientes asumieron la falta de suscripción del test (folio 163 vuelto) y el documento 6 (en el que sí constan las firmas) se reseña que se ha realizado el test (que no se aporta) y que del mismo el producto “no pudiera ser adecuado...” (folio 168 vuelto).

En consecuencia, no puede derivarse que por la apelante se cumplieran las obligaciones de información que a la misma incumbían, incluso aunque se tratara de una mera comercializadora.

QUINTO.- Declaraciones no de voluntad sino de conocimiento

La omisión de los deberes de la apelante, en los términos reseñados en el anterior fundamento, no puede ser suplida con declaraciones del cliente de asumir la decisión de contratar el producto, ni puede ser suficiente la declaración del cliente de que con la documentación recibida la misma es suficiente para adoptar la decisión de invertir en los productos (documentos 4,6 y 7 de la contestación).

El documento 4 (folio 163 vuelto) de fecha 03/10/2009 se hace constar no haberse realizado el test de conveniencia, por lo que añade "BANCO POPULAR ESPAÑOL advierte que ha informado al cliente de esta circunstancia, así como de la naturaleza y riesgos asociados al producto/servicio. El Cliente, no obstante, manifiesta que ha decidido, actuando por cuenta propia y con base a sus estimaciones, contratar el producto/ servicio", y en el documento 6 de fecha 8-5-2012 se señala que se ha realizado el test de conveniencia y se añade "El Cliente manifiesta que, pese a haber sido informado de que, en base a lo declarado a la entidad, ésta estima que el producto o servicio pudiera no ser adecuado al nivel de conocimientos y experiencia declarado, y tras haber sido informado sobre la naturaleza y

riesgos asociados al mismo, ha decidido, actuando por cuenta propia, de forma libre e independiente, y con base en sus propias estimaciones, contratar el producto/servicio" (folio 168 vuelto). Por último, en el documento 7 de fecha 8-5-2012 se hace constar "Con anterioridad a su contratación, me ha sido entregado un ejemplar completo de la información relativa a la naturaleza de los Bonos Subordinados Obligatoriamente Convertibles y sus riesgos inherentes. Dicha información me resulta comprensible y suficiente para permitirme adoptar una decisión de inversión consciente y fundada" (folio 169 vuelto).

La asunción de responsabilidad por el cliente en modo alguno puede suplir el deber de información, al tratarse de fórmulas estereotipadas sin contenido alguno, al respecto STS 4 de febrero de 2016 recurso 3024/2012 " 5.- *Tampoco es correcta la trascendencia que la sentencia de la Audiencia Provincial otorga a la existencia de menciones predisuestas en el contrato conforme a las cuales el cliente declaraba conocer las características del producto, entender el riesgo que asumía, y tener experiencia en la contratación de productos de la misma naturaleza. Ya hemos declarado en ocasiones anteriores (sentencias 244/2013, de 18 abril , 769/2014, de 12 de enero de 2015 , 222/2015, de 29 de abril , 265/2015, de 22 de abril , 651/2015, de 20 de noviembre , entre otras) la ineficacia de las menciones predisuestas que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento o de fijación como ciertos de determinados hechos, que se revelan como fórmulas predisuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos. La normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si para cumplir con estas exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predisuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarara disponer de la información necesaria, tener experiencia y entender el riesgo. Tanto más si con ellas la empresa de servicios de inversión pretende eludir el cumplimiento de sus obligaciones, como son las de dar información imparcial, clara, no engañosa y con suficiente antelación a sus clientes cuando les ofrece contratar productos financieros complejos y de riesgo, como es el caso del swap", STS 1 de febrero de 2016 recurso 2791/2012 " Además, hemos advertido en numerosas resoluciones que este tipo de menciones predisuestas por la entidad bancaria, consistentes en declaraciones, no de voluntad, sino de conocimiento, que se revelan como fórmulas preestablecidas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos, no pueden tener la trascendencia que pretende otorgarle el predisponente (sentencias 244/2013, de 18*

de abril ; 769/2014, de 12 de enero de 2015 ; 265/2015, de 22 de abril ; 675/2015, de 25 de noviembre ; y 742/2015, de 18 de diciembre ; entre otras muchas). La normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si, para cumplir con tales exigencias, bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predispuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declara haber sido informado adecuadamente".

En consecuencia, los documentos aportados con la contestación no pueden implicar que a la entidad se le exonere de sus obligaciones, ya reseñadas en el fundamento anterior, ni pueden suponer que por la misma se haya informado adecuadamente a los clientes sobre los productos contratados.

**SEXTO.- Documentos entregados en el momento de suscribir los bonos.
Conocimientos del cliente**

Por las razones desarrolladas en los anteriores fundamentos hemos de tener por acreditado el incumplimiento de la apelante del deber de información, conforme a la legislación aplicable, que no puede ser suplida por la asunción del riesgo por parte de las actoras-apeladas, de conformidad a los documentos que hemos examinado, por lo que hemos de plantearnos la cuestión relativa a si por los clientes tenían los conocimientos financieros necesarios para suplir la patente falta de información, o si se les dio con base a la documentación que obra en las actuaciones.

Respecto a los documentos entregados en el momento de la suscripción de los bonos subordinados necesariamente canjeables en acciones de Banco Popular Español SA, emisión 1/2009, la documentación se limitó a la orden de valores de fecha 3-10-2009 (folio 162 vuelto), resumen explicativo de condiciones de la emisión de bonos subordinados necesariamente canjeables en acciones del Banco Popular Español, SA I/2009 (folios 164 vuelto y ss.), y el documento transcrito en el anterior fundamento por el que los clientes asumen la decisión de suscribirlos pese a no haber sido posible evaluar la conveniencia del producto.

En el canje de fecha 8-5-2012 se les entregó las órdenes de valores (foli9o 46),

resumen explicativo de condiciones de la emisión de bonos subordinados obligatoriamente convertibles II/2012- Banco Popular Español, S.A. (folios 171 vuelto y ss.), y los documentos transcritos en el anterior fundamento por los que los clientes asumen la decisión de suscribirlos y que la información recibida es suficiente y comprensible.

Las órdenes de compra nada añaden, pues respecto de la suscrita el 3-10-2009 se limita a la reseña de la denominación del valor suscrito "BO POPULAR CAPITAL CONV. V. 2013", el número de valores y sus importes, la cuenta de cargo, la declaración de haberse entregado al cliente el tríptico de la emisión que el cliente ha firmado y de conocer el significado y trascendencia del producto. Lo que, a su vez, es predicable respecto de las suscritas el 8-05-2012, pues sólo cambia la denominación del producto, y la remisión a la normativa del Mercado de Valores (que fue incumplida con base a las consideraciones realizadas en los anteriores fundamentos), los derechos de información del cliente, tratamiento y protección de datos y comunicaciones comerciales. En definitiva, de los indicados documentos no puede derivarse información suficiente respecto de la naturaleza de los productos complejos adquiridos.

A tales efectos, como señala la STS 25 de febrero de 2016 recurso nº 2578/2013 " y ni siquiera la información que aparecía en las órdenes de compra de los productos, prerredactadas por la entidad financiera, era adecuada, puesto que no se explicaba cuál era la naturaleza de los productos adquiridos" y STS 3 de febrero de 2016 recurso 1454/2015 (Sentencia 21/2016) "Dicho de otro modo, en el caso de un inversor no profesional, como eran los recurrentes (una cosa es que se haya concluido que hubieran tenido alguna experiencia previa en productos de riesgo, a los efectos de negar la excusabilidad del error, y otra muy distinta atribuirles la condición de inversor profesional), no basta con que la información aparezca en las cláusulas del contrato, y por lo tanto con la mera lectura del documento. Es preciso que se ilustre el funcionamiento del producto complejo con ejemplos que pongan en evidencia los concretos riesgos que asume el cliente (Sentencia 689/2012, de 16 de diciembre)".

El hecho de haber entregado el folleto informativo y tríptico resumen de la inversión no acredita el cumplimiento de los deberes que le corresponden a la entidad apelante, al tratarse de documentos estereotipados, o modelos genéricos no adaptados a las

circunstancias concretas de cada cliente y operación, que han de considerarse insuficientes para evidenciar o demostrar que los actores fueran plenamente conscientes y conocedores del alcance y de los riesgos de las operaciones suscritas. Los términos y conceptos utilizados son de difícil comprensión para personas sin conocimientos financieros acreditados. La firma por parte de éstos, no pasó de ser más que un mero trámite necesario para que se pudieran consumir las operaciones, pero absolutamente vacío de contenido y sin reflejar lo que aparentemente podría significar; en todo caso, en un supuesto similar, respecto del resumen explicativo, ya se pronunció esta Sección 14ª en Sentencia de 14 de julio de 2015 recurso 151/2015 " *El Resumen explicativo de condiciones de la emisión de bonos subordinados necesariamente canjeables en acciones de Banco Popular Español, S.A., I/2009, con la misma fecha 7 de Octubre de 2009, contiene un texto complejo y de comprensión difícil, a lo largo de seis folios, que precisaría en todo caso de una información verbal complementaria prestada por empleados de la entidad bancaria, en términos tales que permitiera su entendimiento a la cliente*" , y de igual modo respecto de la emisión de 2012.

No consta en las actuaciones que los actores tengan conocimientos financieros en el mercado de valores, ni puede derivarse que pudieran entender la complejidad de los productos adquiridos, con base a las órdenes de valores o por los resúmenes explicativos de las condiciones de las emisiones, pues la información contenida en los indicados documentos, cuando se trata de un producto complejo, no es suficiente.

De igual modo, no se acredita la información verbal que pudieran darles los empleados de la apelantes, y como señala la STS 25 de febrero de 2016 recurso 2578/2013 " *En este caso, no consta que hubiera esa información previa, más allá de las afirmaciones interesadas de la empleada de la entidad, que no pueden suplir el rastro documental que exige la normativa expuesta y que en este caso brilla por su ausencia*".

En conclusión, de los documentos examinados no puede derivarse se cumpliera el deber de información.

De igual modo, no puede presuponerse el conocimiento del producto financiero (bonos subordinados) por el hecho de ser titulares de acciones de Iberdrola y de Bankia. Es más aunque hubieran sido titulares de otros productos financieros, ello no implica que se le

exonere del deber de información, pues como señala la STS 25 de febrero de 2016 recurso 2578/2013 "9.- *Que los clientes hubieran contratado anteriormente productos similares no conlleva que tuvieran experiencia inversora en productos financieros complejos, si en su contratación tampoco les fue suministrada la información legalmente exigida. Como ya declaramos en las sentencias núm. 244/2013, de 18 de abril , y 769/2014, de 12 de enero de 2015 , para la entidad de servicios de inversión la obligación de información que establece la normativa legal del mercado de valores es una obligación activa, no de mera disponibilidad. Es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, no sus clientes, inversores no profesionales, quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional. El cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. Como hemos afirmado en las sentencias núm. 244/2013, de 18 de abril, 769/2014, de 12 de enero de 2015 , y 489/2015, de 15 de septiembre , la actuación en el mercado de valores exige un conocimiento experto. El hecho de tener un patrimonio considerable, o que los clientes hubieran realizado algunas inversiones previas no los convierte tampoco en clientes expertos, puesto que no se ha probado que en esos casos se diera a los demandantes una información adecuada para contratar el producto con conocimiento y asunción de los riesgos de una inversión compleja y sin garantías. La contratación de algunos productos de inversión con el asesoramiento de Caixa Catalunya, sin que la entidad pruebe que la información que dio a los clientes fue mejor que la que suministró en el caso objeto del recurso, y en concreto, que fue la exigida por la normativa del mercado de valores, solo puede indicar la reiteración de la entidad financiera en su conducta incorrecta, no el carácter experto de los clientes".*

Por último, el que se suscribiera la orden de valores de 8 de mayo de 2012 no puede implicar que los actores tuvieran conocimientos financieros y que aceptaran la suscripción, en primer lugar, pues hemos de tener en cuenta la doctrina de la propagación de los efectos de nulidad del contrato hacia los ulteriores conexos, que proclama la jurisprudencia del *Tribunal Supremo en sentencias como la del 17 de junio de 2.010 recurso 1506/2006* , y a su vez, por cuanto el hecho de suscribirlos viene dado por las pérdidas respecto de la

emisión de 2009 como, de manera clara, se recoge en el resumen explicativo II/2012 al señalarse "En consecuencia, el valor de mercado de los Bonos Subordinados Obligatoriamente convertibles II/2012 que se ofrecen, se encuentra por encima del valor del mercado de los Bonos Subordinados Necesariamente Canjeables 2009, objeto de recompra, pero por debajo del valor nominal desembolsado. Por lo tanto, si el aceptante quisiera vender inmediatamente en el mercado secundario los valores recibidos en contraprestación podrían perder aproximadamente un 58% de su inversión inicial. No obstante, esta pérdida sería previsiblemente superior si el aceptante no acudiera a la Oferta de Recompra y procediera a vender los Bonos Subordinados Necesariamente Canjeables 2009" (folio 171 vuelto).

En consecuencia, se acudió a la emisión por la pérdida ya constatada de la emisión de 2009, y no porque se le diera la información adecuada.

SÉPTIMO.- Error como vicio del consentimiento

De lo desarrollado en los anteriores fundamentos se ha de derivar que en el consentimiento prestado al suscribir las órdenes de compra de valores (bonos subordinados) se ha de apreciar la existencia de error en el consentimiento, como se resuelve en la sentencia apelada.

A tales efectos, hemos de traer a colación la STS 25 de febrero de 2016 recurso 2578/2013 " B) *Los deberes de información y el error vicio del consentimiento en los contratos de inversión.*

1.- Las sentencias del Pleno de esta Sala núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014 , y 769/2014, de 12 de enero de 2015 , así como la sentencia 489/2015, de 16 de septiembre , recogen y resumen la jurisprudencia dictada en torno al error vicio en la contratación de productos financieros y de inversión. Afirmábamos en esas sentencias, con cita de otras anteriores, que hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea. Es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración, lo que exige que la equivocación se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

2.- El art. 1266 CC dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer (además de sobre la persona, en determinados casos) sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261.2 del mismo Código Civil). La jurisprudencia ha exigido que el error sea esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones, respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa (sentencia núm. 215/2013, de 8 abril).

3.- El error invalidante del contrato ha de ser, además de esencial, excusable, esto es, no imputable a quien lo sufre. El Código Civil no menciona expresamente este requisito, pero se deduce de los principios de autorresponsabilidad y buena fe. La jurisprudencia niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que ignoraba al contratar. En tal caso, ante la alegación de error, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida.

La diligencia exigible ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso. En principio, cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible, y si no lo hace, ha de cargar con las consecuencias de su omisión. Pero la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas, no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, de modo que es exigible una mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto, y, por el contrario, es menor cuando se trata de persona inexperta que entra en negociaciones con un experto, siendo preciso para apreciar la diligencia exigible valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta, aunque no haya incurrido en dolo o culpa.

En definitiva, el carácter excusable supone que el error no sea imputable a quien lo sufre, y que no sea susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe. Ello es así porque el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando este no merece esa protección por su conducta negligente, ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración.

4.- *En el ámbito del mercado de valores y los productos y servicios de inversión, el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo, de acuerdo con lo declarado por esta sala en las citadas sentencias núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014 , y núm. 769/2014, de 12 de enero , entre otras".*

5.- *La normativa del mercado de valores, incluso la vigente antes de la transposición de la Directiva MiFID da una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza.*

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

Si trasladamos esta doctrina al supuesto del presente recurso, si tenemos en cuenta lo desarrollado en los anteriores fundamentos, en cuanto a la ausencia de información, sin que sean suficientes los documentos entregados al suscribir los bonos subordinados, y sin que se

acrediten los conocimientos financieros de los actores- apelados, la conclusión no puede ser otra que corroborar la existencia de error, como ya apuntamos al comienzo del presente fundamento, pues hemos de reiterar la información dada a los demandantes no puede calificarse como suficiente y no se ajusta a los parámetros exigidos por la normativa que entonces estaba vigente, por lo que el incumplimiento comporta que el error sea esencial y excusable, sin que pudiera ser salvado por los actores. De igual modo, el que acudiera a la emisión del 2012, por la evidente y constatable pérdida de la emisión del 2009, no puede ser óbice para apreciar el error, ni el que pudiera haber obtenido rendimientos, pues como señala la STS 16 de marzo de 2016 recurso 3271/2012 "*Asimismo, la STS 741/2015, de 17 de diciembre, ha declarado que por el hecho de cancelar anticipadamente el producto ante el riesgo cierto de que tal situación se vaya agravando y suponga un importante quebranto económico, no se está realizando voluntariamente ningún acto volitivo que suponga indudable o inequívocamente la decisión de renunciar al ejercicio de la acción de nulidad, toda vez que para poder tener voluntad de renunciar a la acción de nulidad derivada de error consensual, es preciso tener conocimiento claro y preciso del alcance de dicho error, no resultando, así, de aplicación la doctrina de los actos propios y los artículos 7.1, 1.310, 1.311 y 1.313 del Código Civil*", y STS 9 de diciembre de 2015 recurso 1830/2012 "*OCTAVO.- Decisión de la Sala. Inexistencia de confirmación tácita del contrato anulable o de contradicción con los actos propios. Esta Sala ha declarado que, como regla general, ni la percepción de liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato, ni la tardanza en reclamar, ni incluso el encadenamiento de diversos contratos [...], pueden ser considerados actos convalidantes del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento, ya que los mismos no constituyen actos inequívocos de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato. No se produce una contradicción con los actos propios que infrinja el art. 7.1 del Código Civil porque estos actos no tienen carácter inequívoco, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación, confirmando el negocio concertado por error y sorprendiendo a Banco Santander en su buena fe*".

En conclusión, procede desestimar el motivo del recurso interpuesto.

OCTAVO: Costas de primera instancia

Se alega la existencia de dudas de derecho, a los efectos del artículo 394.1 LEC, lo que no puede ser de recibo, si tenemos en cuenta la doctrina jurisprudencial reseñada en los anteriores fundamentos, y el incumplimiento de los deberes por parte de la apelante, respecto de la información facilitada, así como la evidente complejidad del producto. En definitiva, no se aprecia argumento alguno para no aplicar el criterio de vencimiento del precepto citado.

Ahora bien, a los efectos del artículo 214.3 LEC procede aclarar el fundamento de derecho sexto y fallo de la sentencia apelada, pues si bien aplica el criterio de vencimiento, lo que hemos de corroborar, sin embargo, se señala que se condena en costas a la actora, cuando es evidente que la condenada en costas es la demandada, por lo que procede aclarar este extremo.

Respecto de las costas de esta alzada, a los efectos del artículo 398.1 LEC, procede imponerlas a la apelante, pues la aclaración no afecta a la desestimación del recurso.

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

FALLO

Que **DESESTIMANDO** el recurso de apelación interpuesto por BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A., representada por el Procurador DON EDUARDO CODES PÉREZ-ANDÚJAR, contra la sentencia dictada el 1 de abril de 2016 por el Juzgado de Primera Instancia nº 60 de Madrid en el procedimiento de juicio VERBAL registrado con el número 1636/2015, debo **CONFIRMAR** la referida resolución aclarando el fundamento de derecho sexto y fallo, en el sentido de donde dice “condena en costas a la parte actora” debe decir “condena en costas a la parte demandada”, y con condena a la apelante en las costas devengadas en esta segunda instancia.

La desestimación del recurso determina la pérdida 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.

Así, por esta mi Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

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.

En Madrid, a nueve de enero de 2017.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.