

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5
PALMA DE MALLORCA**

SENTENCIA: 00222/2017

N10250
PLAZA MERCAT, 12
-
Tfno.: 971-728892/712454 Fax: 971-227217
MJM

N.I.G. 07032 41 1 2016 0001074
ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000179 /2017
Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.3 de MAÓ
Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000323 /2016

Recurrente: BANCO POPULAR ESPAÑOL SA
Procurador: RICARDO JOSE SQUELLA DUQUE DE ESTRADA
Abogado: FERNANDO MUÑOZ MARTIN
Recurrido: ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS
Procurador: BEGOÑA JUSUE HERNANDEZ
Abogado: CRISTINA BORRALLO FERNANDEZ

S E N T E N C I A n° 222

Ilmos. Sres.:

Presidente:

D. MATEO RAMÓN HOMAR

Magistrados:

D. SANTIAGO OLIVER BARCELÓ

D^a. MARÍA ARÁNTZAZU ORTIZ GONZÁLEZ

En PALMA DE MALLORCA, a veinte de julio de dos mil diecisiete.

Vistos en grado de apelación ante esta Sección Quinta de la Audiencia Provincial de PALMA DE MALLORCA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 323/2016, procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCION N.3 de MAÓ, a los que ha correspondido el Rollo de Sala 179/2017, entre partes, de una, como parte demandada apelante, la entidad BANCO POPULAR

ESPAÑOL SA, representada por el Procurador de los Tribunales D. RICARDO JOSÉ SQUELLA DUQUE DE ESTRADA y asistido por el Abogado D. FERNANDO MUÑOZ MARTÍN; y de otra, como parte actora apelada, la ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS (ASUFIN) en defensa de su asociado D. , representada por la Procuradora de los Tribunales D^a. BEGOÑA JUSUÉ HERNÁNDEZ y asistida por la Abogada D^a. CRISTINA BORRALLO FERNÁNDEZ.

Es PONENTE el Ilmo. Magistrado Sr. D. SANTIAGO OLIVER BARCELÓ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Ilmo. Magistrado Juez del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCION N.3 de MAÓ, se dictó Sentencia nº 20 con fecha 15 de febrero de 2017, cuyo fallo es del tenor literal siguiente: *"Que debo estimar y estimo íntegramente la demanda interpuesta por la representación procesal de la Asociación de Usuarios Financieros en representación de su asociado don y, en consecuencia, dispongo:*

1.- Declarar la anulación del contrato denominado "BO POPULAR CAPITAL CONV. V.2013", la operación de canje denominada "BO SUB OB POPULAR V 11-15" y la operación de compra de acciones de 7 de mayo de 2012 por existir error en el consentimiento prestado por don .

2.- Declarar la obligación de Banco Popular Español S.A. de restituir a don la cantidad de 18.002,52 euros, más los intereses legales devengados desde el adeudo de la anterior cantidad hasta su efectivo pago.

Don *deberá restituir a Banco Popular Español S.A. todas las acciones así como los dividendos que haya cobrado por las mismas.*

3.- Condenar a Banco Popular Español S.A. al pago de las costas procesales".

SEGUNDO.- Que la expresada Sentencia fue recurrida en Apelación por la parte demandada y, seguido el recurso por sus trámites, se deliberó y votó en fecha 19 de julio de 2017, quedando el mismo concluso para dictar la presente resolución.

TERCERO.- Que en la tramitación del recurso de Apelación se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Formulada demanda de juicio ordinario, en ejercicio de la acción de anulación contractual por vicio de consentimiento, y subsidiariamente de responsabilidad civil contractual, por parte de la "Asociación de Usuarios Financieros" (ASUFIN), contra la entidad "Banco Popular Español, SA"; en suplico de que se dicte Sentencia que: "1º) *Declare la anulación del contrato denominado "BO POPULAR CAPITAL CONV. V.2013", la operación de canje denominada "BO SUB OB POPULAR V 11-15", así como la última compra de acciones para paliar el daño anterior, por existir error en el consentimiento prestado por a DON*

*2º) Declare, como consecuencia de la declaración de anulación del mismo, la obligación de BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. de restituir a DON la cantidad total de
18.002,52 euros, incrementada con los correspondientes intereses legales desde el adeudo de la anterior cantidad*

hasta su efectivo pago. El Sr. _____, por su parte, devolverá todas las acciones así como los dividendos que haya cobrado por las mismas.

3º) Subsidiariamente, en caso de apreciar la petición de responsabilidad civil de la demandada, declare la restitución íntegra del capital inicialmente invertido en el producto "OB. POPULAR CAPITAL CONV. V. 2013" como consecuencia de los daños y perjuicios causados por la irregular comercialización de éste, y su posterior canje, así como la última compra de acciones para paliar el daño anterior, todo ello incrementado con los correspondientes intereses legales desde la adjudicación de esas cantidades por la entidad financiera demandada hasta su efectivo pago.

4º) La expresa condena a la entidad bancaria demandada de las costas causadas en el presente procedimiento", fue contestada y opuesta por la entidad demandada; y, tras la práctica de las pruebas propuestas y admitidas, recayó Sentencia, a 15 de febrero de 2017, cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "Que debo estimar y estimo íntegramente la demanda interpuesta por la representación procesal de la Asociación de Usuarios Financieros en representación de su asociado don _____ y, en consecuencia, dispongo:

1.- Declarar la anulación del contrato denominado "BO POPULAR CAPITAL CONV. V.2013", la operación de canje denominada "BO SUB OB POPULAR V 11-15" y la operación de compra de acciones de 7 de mayo de 2012 por existir error en el consentimiento prestado por don _____.

2.- Declarar la obligación de Banco Popular Español S.A. de restituir a don _____ la cantidad de 18.002,52 euros, más los intereses legales devengados desde el adeudo de la anterior cantidad hasta su efectivo pago.

Don *deberá restituir a Banco Popular Español S.A. todas las acciones así como los dividendos que haya cobrado por las mismas.*

3.- Condenar a Banco Popular Español S.A. al pago de las costas procesales".

Contra la anterior resolución se alza la representación procesal del "Banco Popular Español, SA", alegando que la contratación de bonos subordinados convertibles en acciones y la suscripción de acciones en la ampliación de capital de noviembre de 2012 fue independiente, que la acción de anulabilidad de los bonos subordinados convertibles en acciones ha caducado; que el contrato fue confirmado en el año 2012 al producirse el canje en acciones con vencimiento en octubre de 2015; que el banco dio cumplimiento a la normativa aplicable sobre el deber de información sobre naturaleza y riesgos, escrita y verbal; que no concurre error en el consentimiento; que es errónea la apreciación de la propagación de los efectos de la nulidad; por todo lo cual interesa que "se dicte resolución por la que, estimando el recurso interpuesto, se revoque la Sentencia recurrida en los términos interesados en el cuerpo de este escrito, con íntegra desestimación de la demanda rectora de este procedimiento y expresa condena a la parte demandada a las costas causadas en la instancia".

La representación procesal de la entidad "ASUFIN" se opone al recurso formalizado de adverso, alegando que la nulidad del contrato primigenio debe conllevar la de posteriores negocios vinculados; que la acción ejercitada no ha caducado pues tuvo conocimiento de lo realmente contratado en noviembre de 2015 o fecha del canje del producto; que no hay acto de conformación tácita con el canje obligado de acciones; que la entidad bancaria incumplió el deber de información precontractual, extracontractual y

postcontractual; que de la prueba practicada se deduce la existencia de error en el consentimiento; que el actor no acudió a la ampliación de capital libre y voluntariamente, sino por vinculación a las pérdidas de los bancos; por todo lo cual interesa que se "dicte resolución por la que:

1.- *Desestime el recurso de apelación interpuesto por BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A y confirme en todos sus extremos la sentencia de instancia.*

2.- *Imponga las costas de esta apelación a la recurrente BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A".*

SEGUNDO.- Sobre la carga y la valoración probatorias ha reseñado de forma reiterada este Tribunal que, en materia relativa a la carga de la prueba y las consecuencias derivadas de la falta de probanza, regulada en el artículo 217 LEC, precepto que, en sus apartados 2 y 3, establece que corresponde al actor y al demandado reconviniendo la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención, e incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior; lo cual significa que corresponde a la parte actora acreditar los hechos constitutivos del derecho cuyo reconocimiento y protección invoca y, a la parte demandada, los impeditivos o extintivos del mismo, sin que deba desconocerse, por un lado, que, conforme al apartado 1 del referido precepto, si al tiempo de dictar sentencia el Tribunal considera dudosos unos hechos relevantes para la decisión, habrá de desestimar las pretensiones del actor o del reconviniendo o del demandado o reconvenido según corresponda

a unos y otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones, y, por otro que, a tenor del apartado 6 del tan repetido artículo, para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores, el Tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponda a cada una de las partes del litigio.

Sobre éste último extremo debemos señalar que para determinar si un hecho tiene una u otra consideración ha de examinarse la situación concreta, pues un hecho puede variar según la perspectiva que se invoque, es decir, adaptándose a cada caso concreto, teniendo en cuenta los hechos afirmados o negados.

Por ello la regla de la carga de la prueba ha de interpretarse teniendo en cuenta la doctrina de la flexibilidad, en el sentido que no puede realizarse una interpretación rigurosa y rígida de dicha regla, como dice la STS de 20 de marzo de 1987, y la doctrina de la facilidad, desplazando la carga de una a otra parte según la facilidad y disponibilidad que expresamente contempla el apartado sexto del artículo 217 LEC.

Concretamente, la STS de 18 de mayo de 1988 declara en relación con tal doctrina legal de la carga de la prueba que ha de interpretarse: "según criterios flexibles y no tasados, que se deben adaptar a cada caso, según la naturaleza de los hechos afirmados o negados y la disponibilidad o facilidad para probar que tenga cada parte".

Asimismo, es necesario dejar claro que el proceso valorativo de las pruebas incumbe a los órganos judiciales exclusivamente y no a las partes que litigan, a las que les está vedado toda pretensión tendente a sustituir el criterio objetivo e imparcial de los Jueces por el suyo propio, dado la mayor subjetividad de estas por razón de defender sus

particulares intereses (SSTS 1 de marzo de 1994, 20 de julio de 1995) debiendo quedar claro, por tanto, que dentro de las facultades concedidas al efecto a Jueces y Tribunales, estos pueden conceder distinto valor a los medios probatorios puestos a disposición e incluso, optar entre ellos por el que estime más conveniente y ajustado a la realidad de los hechos. Además, según los argumentos utilizados por los apelantes respecto a sus declaraciones a la pericial y testifical, se limitan a valorar las mismas de manera subjetiva y completamente o parcial, como veremos posteriormente, pretendiendo sustituir con su criterio las conclusiones más ponderadas del Juzgador de instancia, que basa su decisión en un objetivo y razonado análisis del conjunto probatorio; pero sin desvirtuar los argumentos judiciales, por lo que no resulta atendible la impugnación genérica del error en la valoración de la prueba recogida en el primer motivo, subdividido en siete apartados, habida cuenta la abundante doctrina jurisprudencial elaborada sobre la prevalencia de la valoración de las pruebas que realizan los órganos judiciales, por ser más objetiva que la de las partes en defensa de sus particulares intereses (STS 1 de marzo de 1994).

Las pruebas están sujetas a su ponderación en concordancia con los demás medios de prueba (STS 25 de enero de 1993), en valoración conjunta (STS 30 de marzo de 1988) con el predominio de la libre apreciación que es potestad de los tribunales de instancia (SSTS 22 de enero de 1986, 18 de noviembre de 1987, 30 de marzo de 1988). Los preceptos de la LEC relativos a las pruebas practicadas, no contienen reglas valorativas, sino admoniciones a los jueces y una apelación a la sana crítica y al buen sentido y para destruir una conclusión presuntiva, debe demostrarse que el Juez ha seguido, al establecer dicho nexo o relación, un camino erróneo no razonable o contrario a las reglas de la sana

lógica y buen criterio constituyendo la determinación de dicho nexo lógico y directo un juicio de valor que está reservado a los tribunales y que hay que respetar, en cuanto no se acredite que es irrazonable.

Con respecto a las concretas pruebas, que se dicen valoradas erróneamente, por lo que respecta a la valoración de la prueba testifical, los preceptos de la LEC facultan al Juzgador de instancia para apreciar libremente las declaraciones del testigo según las reglas de la sana crítica, tomando en consideración la razón de ciencia que hubieren dado y las circunstancias que en ellas concurren, pues insistimos, las reglas de la sana crítica no se hallan consignadas en norma positiva alguna, y que la apreciación de la prueba testifical es facultad discrecional de los juzgadores de instancia, operando como límites valorativos las conclusiones obtenidas de las mismas que se evidencian arbitrarias, irracionales o contrarias a la razón de ciencia y demás circunstancias de los testigos deponentes, y a que la libertad de apreciación no quiere decir apreciación arbitraria del resultado de la prueba, sino apreciación crítica, por lo que la Ley prescinde de indicar circunstancias y formular reglas para esa apreciación, remitiéndose a la experiencia y buen sentido del Juzgador, debiendo tener en cuenta las relaciones del testigo con las partes y con los hechos sobre los que declare y el resto de las circunstancias concurrentes en el testigo, tanto en lo que se refiere a la conducta procesal como respecto a los datos personales del mismo y demás elementos de referencia que servían para determinar y valorar la certeza de los juicios de valor emitidos por el testigo, principios los precedentes que han sido mantenidos por el legislador en la nueva regulación procesal en el art. 376 LEC 2000.

Todo ello, bien entendido que el alcance sobre el control jurisprudencial que se realiza en la segunda instancia viene referido a la legalidad de la producción de las pruebas, a la observancia de los principios rectores de su carga y a la valorabilidad de los razonamientos, pero no puede extenderse a la credibilidad de un testigo, porque esto es una cuestión directamente relacionada con la inmediación del órgano judicial de primera instancia.

Y, fundamentado el recurso en una errónea valoración de la prueba practicada por parte del Juzgador, se estima oportuno dejar claro que el proceso valorativo de las pruebas incumbe a los órganos judiciales exclusivamente y no a las partes que litigan, a las que les está vedado toda pretensión tendente a sustituir el criterio objetivo e imparcial de los Jueces por el suyo propio, dado la mayor subjetividad de éstas por razón de defender sus particulares intereses (SSTS 1 de marzo de 1994, 20 de julio de 1995) debiendo quedar claro, por tanto, que dentro de las facultades concedidas al efecto a Jueces y Tribunales, estos pueden conceder distinto valor a los medios probatorios puestos a disposición e incluso, optar entre ellos por el que estime más conveniente y ajustado a la realidad de los hechos. Además, según los argumentos utilizados por la apelante respecto de las pruebas practicadas se limita a valorar las mismas de manera subjetiva y completamente parcial, pretendiendo sustituir con su criterio las conclusiones más ponderadas del Juzgador de instancia, que basa su decisión en un objetivo y razonado análisis del conjunto probatorio; pero sin desvirtuar los argumentos judiciales, por lo que no resulta atendible la impugnación genérica del error en la valoración de la prueba, habida cuenta la abundante doctrina jurisprudencial elaborada sobre la prevalencia de la valoración de las pruebas que realizan los órganos judiciales, por ser más objetiva que la de las

partes en defensa de sus particulares intereses (STS 1 de marzo de 1994).

Todo ello, bien entendido que el alcance sobre el control jurisprudencial que se realiza en la segunda instancia viene referido a la legalidad de la producción de las pruebas, a la observancia de los principios rectores de su carga y a la valoralidad de los razonamientos.

Cierto es que con la Ley de Enjuiciamiento Civil, la misma inmediación ostenta el Tribunal de Primera Instancia que el Tribunal de Apelación, en cuanto que, a través del soporte audiovisual donde se recogen y documentan todas las actuaciones practicadas en el acto del Juicio, el órgano de segunda instancia puede apreciar de viso propio no sólo el contenido de las distintas pruebas que se practiquen, sino también la actitud de quienes intervienen y la razón de ciencia o de conocer que expresan, al efecto de examinar si esas pruebas se han valorado o no correctamente, mas no debe olvidarse, como ha sido apuntado, que la actividad valorativa del órgano jurisdiccional se configura como esencialmente objetiva, lo que no sucede con las de las partes y en consecuencia, si la prueba practicada en el procedimiento se pondera por el Juez a quo de forma racional y asépticamente, sin que pugne con normas que impongan un concreto efecto para un determinado medio de prueba, llegando a una conclusión razonable y correcta, tal valoración debe mantenerse y no sustituirse por la subjetiva de quien impugna la expresada valoración.

Este Tribunal concuerda la valoración probatoria que reseña el Juzgador de instancia en el considerando sexto de la resolución recurrida, sin perjuicio de lo que se expondrá en el considerando cuarto de la presente resolución.

TERCERO.- Interpuesta la demanda a 5 de octubre de 2016, aun derivándose efectos negativos de la inversión, está presentada en plazo, que incluso podría ser imprescriptible el haberse prestado el consentimiento mediante error, o cuando menos las partes no habían dado total cumplimiento de las pretensiones.

Insistiendo sobre la caducidad: *"En lo que a la excepción formulada por la parte demandada se refiere, debe desestimarse, y ello por cuanto los contratos fueron celebrados en fecha 6 y 14 de octubre de 2.009, sin que dicha fecha, conforme a lo previsto por el artículo 1.301 CC, deba considerarse como de consumación del contrato, por cuanto, como señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1ª), nº 60/2.014, de 12 de marzo (AC/2014/458), "El recurrente considera que cuando se interpone la demanda la acción ya habla caducado. En relación a este extremo, la Sentencia de 10 de octubre de 2.013 dictada por esta misma Sala en un caso similar viene a decir: "Ciertamente, el plazo de cuatro años recogido en el artículo 1.301 del Código Civil, es un plazo de caducidad (STS como la de 3 de marzo de 2.006), sin que como tal sea susceptible de interrupción (sentencias del Tribunal Supremo como la de 6 de febrero del presente año, y apreciable incluso de oficio sentencias del Tribunal Supremo como la de 10 de marzo de 1.994). Ahora bien, dicho artículo 1.301 del Código Civil dispone que en los casos de error, o dolo, o falsedad de la causa, el plazo empieza a correr desde la consumación del contrato, y como también sostiene el Tribunal Supremo en sentencias como la de 11 de junio de 2.003: "... En orden a cuando se produce la consumación del contrato, dice la sentencia de 11 de julio de 1.984 que "es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad del contrato de compraventa, con más precisión por anulabilidad, pretendida por intimidación, dolo o error se produce a partir de la*

consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones (sentencias, entre otras, de 24 de junio de 1.897 y 20 de febrero de 1.928), y la sentencia de 27 de marzo de 1.989 precisa que "el art. 1.301 del Código Civil señala que en. Los casos de error o dolo la acción de nulidad del contrato empezará a correr "desde la consumación del contrato". Este momento de la "consumación" no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar, como acertadamente entendieron ambas sentencias de instancia, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes, criterio que se manifiesta igualmente en la sentencia de 5 de mayo de 1.983 cuando dice "en el supuesto de entender que no obstante la entrega de la cosa por los vendedores el contrato de 8 de junio de 1.955, al aplazarse en parte el pago del precio, no se había consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó". Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de 1.897 afirmó que "el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo", y la sentencia de 20 de febrero de 1928 dijo que "la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó". Tal doctrina jurisprudencial ha de entenderse en el sentido, no que la acción nazca a partir del momento de la consumación del contrato, sino que la misma podrá ejercitarse hasta que no transcurra el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato que establece el art. 1.301 CC. Entender que la acción solo podría ejercitarse consumación del contrato, llevarla a la jurídicamente ilógica de que hasta ese momento

ejercitarse por error, dolo o falsedad en la causa, en los Contratos de tracto sucesivo, con prestaciones periódicas, durante la vigencia del contrato, concretamente, en un contrato de renta vitalicia como son los traídos a debate, hasta el fallecimiento de la beneficiarla de la renta. (Ejercitada, por tanto, la acción en vida de la beneficiarla de las rentas pactadas, estaba viva la acción en el momento de su ejercicio al no haberse consumado aún los contratos. Por ello procede la estimación del motivo....". Nuestra sentencia continua diciendo: "Y dado que, en el presente caso, además de una orden de valores existe un contrato de depósito y administración de valores, que, si bien, conforme a su condición general 2, puede resolverse por cualquiera de las partes en cualquier momento..., es de duración indefinida, y según la propia documentación aportada por la ahora parte apelante sigue vigente, la relación entre las partes y puesta en cuestión en virtud de la demanda rectora de la presente Litis, y, repetimos no simplemente de mandato (siguiendo la terminología empleada en la orden de valores), sino también de depósito y administración de valores, no puede considerarse consumada". El caso que nos ocupa es similar al entonces estudiado, la suscripción de estas participaciones tiene carácter indefinido, el plazo de caducidad debe comenzar a contarse no desde su perfección (julio de 2.007), sino desde que el contrato se consuma, y no podemos considerarlo consumado puesto que es un contrato que continúa vigente, periódicamente vencen los intereses y se realizan las liquidaciones, o deberían realizarse. En suma, el motivo no puede prosperar".

Aplicada dicha doctrina al supuesto de autos, la fecha de inicio del cómputo del plazo de caducidad no puede ser, como señala la parte demandada, la de perfección de los contratos, 6 y 14 de octubre de 2.009, en tanto que contratos de tracto

sucesivo, resultando que la demandante no pudo ejercitar la acción sino cuando tuvo conocimiento del alcance de las consecuencias de lo pactado y de la imposibilidad de retirar el principal invertido". Y según la Sentencia de esta Sala, de fecha 23-1-17: "En el mes de octubre de 2.009 ya había entrado en vigor la normativa Mifid, la cual obliga a tratar los intereses de los inversores "como si fueran propios" (artículo 79 de la Ley del Mercado de Valores), a dar una información "imparcial, clara y no engañosa" (artículo 79.bis 2), con el deber de facilitarles información comprensible "sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión" (artículo 79 bis 3), de suerte que tal información debe "incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias" (artículo 79 bis 3, pto. 3º), exigiendo además, aunque no se preste el servicio de asesoramiento, un deber de la entidad de identificar la cualificación y conocimientos del inversor con relación a un concreto producto "con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente", debiendo advertir al cliente de su inadecuación cuando así lo sea (artículo 79.bis 7 de la Ley del Mercado de Valores).

La obligación de información que incumbe a las entidades bancadas depende, de modo, esencial, del perfil del cliente, y si se trata de un inversor minorista, la protección es máxima cuando, además, los productos que se le vendían eran complejos como los de autos (artículo 79 bis. 8, en relación con el artículo 2 apartados 2 al 8 de la Ley del Mercado de Valores). Ante un inversor minorista y con un producto complejo, la entidad queda sujeta a una obligación de información reforzada. Ha de tratarse de una información "imparcial, clara y no engañosa" (artículo 79.bis 2). Además, El Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero (EDL 2008/4324), que derogó el Real

Decreto 629/1993, de 3 de mayo (EDL 1993/16198), reguló en los artículos 60, 62 y 64 los parámetros esenciales de la información que deben prestar las entidades, y en concreto y en lo que aquí interesa en el primero de los mencionados preceptos establece que "...b) La información deberá ser exacta y no destacará los beneficios potenciales de un servicio de inversión o de un instrumento financiero sin indicar también los riesgos pertinentes, de manera imparcial y visible, c) La información será suficiente y se presentará de forma que resulte comprensible para cualquier integrante medio del grupo al que se dirige o para sus probables destinatarios, d) La información no ocultará, encubrirá o minimizará ningún aspecto, declaración o advertencia importantes".

"Como primera cuestión, el día inicial del cómputo del plazo de ejercicio de la acción no es el de la perfección del contrato.... 5.- Al interpretar hoy el art. 1301 del Código Civil (EDL 1889/1) en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por la concurrencia de vicio del consentimiento, no puede obviarse el criterio interpretativo relativo a «la realidad social del tiempo en que (las normas) han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas», tal como establece el art. 3 del Código Civil (EDL 1889/1) La diferencia de complejidad entre las relaciones contractuales en las que a finales del siglo XIX podía producirse con más facilidad el error en el consentimiento, y los contratos bancarios, financieros y de inversión actual, es considerable. Por ello, en casos como el que es objeto del recurso no puede interpretarse la "consumación del contrato" como si de un negocio jurídico simple se tratara. En la fecha en que el art. 1301 del Código Civil (EDL 1889/1) fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del

consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la "actio nata", conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (art. 4:113).

En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento.

Por ello, 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. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error.

En el caso concreto, la Sala comparte la argumentación de la sentencia de instancia, y considera que hasta el canje obligatorio en acciones acaecido en el mes de noviembre de 2.015, en supuesto de existencia del error, el demandante

cliente minorista no pudo apercibirse plenamente del mismo, destacando que hasta dicha fecha no podía saberse si el resultado final de la inversión tendría pérdidas por la notable bajada en la cotización de las acciones de la entidad demandada. Nos hallamos ante un producto híbrido que inicialmente proporciona un interés fijo mientras dura el bono, y sólo cuando se plantea el canje obligatorio por acciones, es cuando el inversor alcanzó a percibir el error.

Las informaciones que pudieron ser remitidas, sean o no de tipo fiscal, no son suficientes para determinar la existencia del error, y hasta tal canje no pudo conocerse el error en el que habría incurrido de considerar que el capital invertido no podía tener pérdidas, o lo que es lo mismo, estaba garantizado"; ídem de 27-12-12; y la Sentencia de 9-10-15: "El primero de los motivos de apelación se refiere a la caducidad de la acción por el transcurso del plazo de cuatro años fijado en el artículo 1.301 del Código civil (EDL 1889/1).

En la sentencia de instancia, tras reproducir las sentencias dictadas por este tribunal sobre este punto en las que, siguiendo el criterio fijado por la jurisprudencia en la interpretación del artículo 1301 del Código civil (EDL 1889/1) de que no debe confundirse consumación con perfección del contrato, sino que coincide con el momento en el que estén completamente cumplidas las obligaciones derivadas del mismo.

Sobre este punto debe hacerse referencia a la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en fecha 12 de enero de 2015 en la que se incide en que no debe confundirse la consumación del contrato con la perfección y, respecto a la anulación de los contratos bancarios señala:

"Al interpretar hoy el art. 1301 del Código Civil (EDL 1889/1) en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento, no puede obviarse el criterio

interpretativo relativo a « la realidad social del tiempo en que (las normas) han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas », tal como establece el art. 3 del Código Civil (EDL 1889/1).

La redacción original del artículo 1301 del Código Civil (EDL 1889/1), que data del año 1881, solo fue modificada en 1975 para suprimir la referencia a los «contratos hechos por mujer casada, sin licencia o autorización competente », quedando inalterado el resto del precepto, y, en concreto, la consumación del contrato como momento inicial del plazo de ejercicio de la acción.

La diferencia de complejidad entre las relaciones contractuales en las que a finales del siglo XIX podía producirse con más facilidad el error en el consentimiento, y los contratos bancarios, financieros y de inversión actuales, es considerable. Por ello, en casos como el que es objeto del recurso no puede interpretarse la "consumación del contrato" como si de un negocio jurídico simple se tratara. En la fecha en que el art. 1301 del Código Civil (EDL 1889/1) fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante quejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la "actio nata", conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (art. 4:113).

En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento.

Por ello, 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. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error".

Se desestima la caducidad invocada.

Al respecto se estima oportuno traer a colación lo referido en la STS de 11 de junio de 2003, que dispone que el artículo 1.301 del Código Civil establece que en los casos de error, dolo o falsedad de la causa, el plazo de cuatro años empezará a correr, desde la consumación del contrato, norma a la que ha de estarse de acuerdo con el artículo 1969 del citado Código. En orden a cuando se produce la consumación del contrato, dice la sentencia de 11 de julio de 1984 que es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad del contrato de compraventa, con más precisión de anulabilidad, pretendida por intimidación, dolo o error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas

las obligaciones y la sentencia de 27 de marzo de 1989 precisa que el artículo 1301 del Código Civil señala que en los casos de error o dolo la acción de nulidad del contrato empezará a correr "desde la consumación del contrato". Este momento de la consumación no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes, criterio que se manifiesta igualmente en la sentencia de 5 de mayo de 1983 cuando dice "en el supuesto de entender no obstante la entrega de la cosa por los vendedores el contrato de 8 de junio de 1955, al aplazarse en parte el pago del precio, no se había consumado en la integridad de los vínculos obligaciones que generó..".

Conforme a dicha doctrina, debe considerar que si la consumación de los contratos sinalagmáticos no se ha de entender producida sino desde el momento en que cada una de las partes ha cumplido la totalidad de las obligaciones derivadas del mismo, debiéndose por tanto distinguir entre perfección y consumación del contrato, incluso aún alcanzar una tercera fase, denominada doctrinalmente como de agotamiento, cuando el contrato deja ya de producir todos los efectos que le son propios, es evidente, que en el caso, la consumación no se produce hasta el cumplimiento recíproco de la totalidad de las prestaciones pactadas y, aun cuando dicho momento no puede hacerse coincidir con el abono de las remuneraciones, pues sería tanto como decir que el contrato es de carácter perpetuo, sí que nos obliga a considerar que tal consumación no se produce hasta el vencimiento del ejercicio del derecho de amortización de la inversión que se reservaba a su favor la entidad emisora, esto es, a partir del 30 de septiembre de 2009.

Entender que la acción sólo podría ejercitarse desde el momento en que se formalizó el contrato de compraventa de las

participaciones, por coincidir la consumación del contrato con la entrega del precio y puesta a disposición de las mismas a favor de los actores, sería olvidar una parte de las obligaciones contraídas, cuál era el ejercicio del derecho de amortización de las participaciones por parte del emisor, una vez transcurridos 5 años desde la fecha de la emisión, que es precisamente cuando se constata el error denunciado, puesto que lo que los actores consideraban como un hecho cierto, resultó ser una simple facultad del emisor, y como bien argumentan los apelados, de acogerse la tesis de la recurrente, "sería tanto como dar carta blanco al Banco de Santander" colocando en el mercado un producto financiero haciendo creer a los inversores que reembolsaría su importe transcurridos cinco años, para luego no hacer uso de dicha facultad cuando ya la acción de anulabilidad se encontrara prescrita.

Es por ello, que en un caso como en el que nos ocupa, debe entenderse que el computo del plazo no debe comenzar a contar sino desde el momento en que el acreedor tiene pleno conocimiento de que se le ha suministrado una información incorrecto o errónea y no interpretar dicho computo de la forma más favorables a quien ha trasmitido dicha información, para hacer defendible un negocio celebrado bajo un consentimiento viciado.

En definitiva, el dies a quo para el cómputo del plazo no es el de la fecha de la compraventa de las participaciones, que se corresponde con el momento de la perfección, sino el del conocimiento del error invalidante del consentimiento, que ha de situarse en el momento en que tuvo conocimiento de que la inversión no podía ser recuperada, precisamente porque lo que se le aseguró como cierto, no era sino una mera decisión unilateral por parte del emisor, de transcurridos cinco años decidir o no recuperar las participaciones mediante el pago de

su valor nominal. O dicho de otro modo, el plazo extintivo de cuatro años debe computarse desde que la recuperación de capital invertido debió efectuarse, pues es evidente que el contrato debe ser analizado en su verdadera unidad, como de compraventa de participaciones con una serie de estipulaciones y pactos que se prolongan en el tiempo, y por tanto "la consumación" no puede entenderse producida hasta que no se hayan cumplido totalmente la totalidad de las obligaciones contraídas o al menos desde el momento en el cual es conocedor del contenido verdadero de la obligación que, en este caso se consideraba asumida por el emisor, y siendo que la demanda que nos ocupa se presentó el 5 de octubre de 2016 es evidente que aún no se habían cumplido los 4 años.

No cabe hablar pues de dos contratos autónomos, como pretende la recurrente, sino de contratos íntimamente ligados, desde el momento en que no se habría dado uno sin el otro, por lo que la nulidad del contrato principal (compraventa de participaciones) se extiende automáticamente a la relación contractual accesoria (contrato de préstamo).

De los hechos que se declaran probados en la resolución recurrida y que se asumen por este Tribunal, se desprende, sin género de duda, que se formalizó el contrato de préstamo, precisamente como instrumento necesario, para poder recuperar en un período corto en el tiempo, el importe del capital invertido, de modo que de haberse hecho patente desde el primer momento que dicha recuperación no se podía efectuar, o lo que es lo mismo, que el capital invertido no estaba asegurado, resulta indudable que no se hubiera celebrado ni el primitivo contrato ni su posterior novación temporal y cuyo vencimiento se hacía coincidir con el derecho de la entidad emisora de recuperar las participaciones mediante el pago de su valor nominal; o lo que es lo mismo, la formalización de dicho contrato de préstamo no puede entenderse sino en

atención a la información facilitada por los empleados de la entidad demandada, en el sentido primero de una pronto recuperación del capital, en un máximo de seis meses, y luego, novando la vigencia de la misma, para hacer coincidir el vencimiento del derecho que se reservaba el emisor de amortizar las participaciones con reembolso por su valor nominal.

Estos contratos posteriores presuponían, por este camino, la validez del primer contrato y la asunción de sus resultados económicos. Pues según refiere la STS de 22 de diciembre de 2009 "sin el primer contrato y las pérdidas que originó (en el caso la imposibilidad de la disponibilidad del capital invertido en su totalidad) quedaría privada de sentido la operación económico-financiera en su totalidad, integrada también por los contratos posteriores. Éstos estaban causalmente vinculadas 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.. Desaparecida la causa del primer contrato en virtud de la nulidad declarada, desaparecen los presupuestos sobre los que se funda la causa del contrato vinculado a él por efecto de aquella declaración de nulidad".

La corrección tuvo lugar en octubre de 2015 al canje del producto por acciones del Banco Popular con pérdida elevadísima del capital depositado; a falta de entrega de liquidaciones periódicas e informadoras, por lo que la acción

ejercitada, al interponer la demanda, no había caducado; y el canje obligatorio no sustituye a la emisión anterior ni la confirma, siquiera tácitamente (o convalida).

En el mismo sentido, se hacen propias, por acertadas, las consideraciones que, sobre la caducidad, desgrana el juzgador a quo en el considerando segundo de la resolución impugnada.

CUARTO.- Suscritos el contrato de orden de valores de bonos convertibles, a 9 de octubre de 2009 y el de depósito oro a 9 de octubre de 2009 (12.000,- Euros), a 23 de noviembre de 2012 (1.381,80 Euros) y a 28 de noviembre de 2012 (4.620,72 Euros) y depósito y administración de valores a 9 de octubre de 2009, y el posterior de adquisición de acciones mediante canje, a 7 de mayo de 2012, no se deducen advertencias al actor del alto riesgo del producto ni de la necesidad de un canje por acciones del banco, ni se le entregó tríptico de la emisión, a falta de otras pruebas o simulaciones, por lo que es complicado que el actor conociese su significado y trascendencia, con simple remisión a las normativas generales.

Por todo ello, y por la confusión concurrente, máxime al ofrecer productos complejos y de elevado riesgo, hubo error en el consentimiento del actor, desconocedor y sin experiencia financiera; y tributario ello de estimación de la acción de nulidad, ejercitada con carácter principal por la de las órdenes de suscripción de bonos convertibles. Y en cualquier caso el canje de los bonos, de necesariamente canjeables a obligatoriamente convertibles, no sana el error de consentimiento a 3-5-12. Véase test de conveniencia, con sólo 6 preguntas sencillas, quejas, simulaciones, respuestas, objeciones, etc (dtº7), y el tríptico de carácter genérico (dtºs. 9 y 11).

Este Tribunal hace propias, por acertadas y aplicables al supuesto de autos, las consideraciones que desgrana el

Juzgador "a quo" en los fundamentos de derecho segundo, respecto de los requisitos necesarios para apreciar la existencia del error, como vicio del consentimiento, por esencial y excusable.

Las entidades son las que diseñan los productos y las que los ofrecen a sus clientes y, por ello, deben realizar un esfuerzo adicional, tanto mayor cuanto menor sea el nivel de formación financiera del cliente a fin de que éste comprenda el alcance de su decisión, si es o no adecuada a sus intereses y se le va a poner o colocar en una situación de riesgo no deseada; pues, precisamente, la formación de voluntad negocial y la prestación de un consentimiento libre, válido y eficaz exige necesariamente haber adquirido plena conciencia de lo que significa el contrato que se concluye y de los derechos y obligaciones que en virtud del mismo se adquieren, lo cual otorga una importancia relevante a la negociación previa y a la fase precontractual, en la que cada uno de los contratantes debe obtener toda la información necesaria para poder valorar adecuadamente cuál es su interés en el contrato proyectado y actuar en consecuencia, de tal manera que si llega a prestar su consentimiento y el contrato se perfecciona lo haga convencido de que los términos en que éste se contrata responde a su voluntad negocial y es plenamente conocedor de aquellos a los que se obliga y de lo que va a recibir a cambio. Resulta, además, que en el caso no se ha probado que los actores sean personas expertas en temas bursátiles y a quienes además cabe considerarlos como consumidores y usuarios de los servicios bancarios por lo que resulta de aplicación toda la normativa protectora que al efecto se contempla en la LGDCU (RCL 1984, 1906), es especial el artículo 2.1 que establece, con carácter general, que es un derecho básico del consumidor la información correcta sobre los diferentes productos o servicios. Y aun siendo cierto que toda operación

de inversión comporta un riesgo, también lo es que la asunción de ese riesgo sólo puede admitirse si el cliente contaba con toda la información necesaria".

Por otra parte la Ley 47/2.007 de 19 de diciembre (RCL 2007, 2302), que introdujo una importante modificación de la Ley de Mercado de Valores de 1.988, supone la transposición al ordenamiento interno de la Directiva 2.004/39/CE (LCEur 2004, 1848) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2.004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modificaban las Directivas 85/611/CEE (LCEur 1985, 1384) y 93/6/CEE (LCEur 1993, 1705) del Consejo y de la Directiva 2000/12/CE (LCEur 2000, 1203) del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE (LCEur 1993, 1706) del Consejo, y supuso una notable variación en la normativa aplicable, e incremento de la protección, en especial al cliente minorista.

- 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.

- 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; y STS de 7-7-15; Secc 3ª A.P de 17-10-13; Secc 5ª de 3-12-12, 20-6-11; la STS de 13-1-17 por la que: "En cuanto a la omisión del test idoneidad,

ha de precisarse, en primer lugar, que por la fecha de suscripción del contrato, era aplicable la redacción de la Ley del Mercado de Valores que resultaba de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre (EDL 2007/212884), que había traspuesto la Directiva 2004/39/CE (EDL 2004/44323) (MiFID). BBVA ofreció la contratación del producto al cliente, por lo que estamos ante un servicio de asesoramiento. Al tratarse de un producto complejo, era exigible la realización del test de idoneidad.

En este extremo, la sentencia de la Audiencia Provincial no es correcta.

Ahora bien, esta incorrección no afecta al resultado final de su razonamiento y al pronunciamiento estimatorio del recurso. En la sentencia 840/2013, de 20 de enero, declaramos: «En caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación, en atención a los intereses del cliente minorista que contrata el swap, como si al hacerlo tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo, la omisión del test que debía recoger esta valoración, sí bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento 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, del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo».

En el caso objeto del recurso, esa presunción queda desvirtuada por los hechos que han resultado probados y que han sido referidos en los párrafos anteriores. El demandante era un cliente meticuloso y con experiencia. Deseaba contratar un producto más rentable porque no está satisfecho con la rentabilidad que le ofrecían las inversiones más conservadoras que había realizado. Y fue informado suficientemente de los

riesgos que presentaba el producto que le ofreció BBVA, riesgos que constituían la contrapartida de la posibilidad de una rentabilidad mucho más elevada"; y Sentencias de 12-5-17, 25-5-17, de 8-6-17 (2); 16-9-15; 12-1-15 y 20-1-14; entre otras.

En el caso, se trata de un producto complejo, y ello no fue explicado suficientemente, ni advertidos con anterioridad a la suscripción por parte del banco al actor. Por otra parte, se desconoce el contenido o cuestionario sobre el perfil del inversor, y a pesar de ello fue formalizado el test de conveniencia, pero con la operación de canje en mayo-2012 no se realizaron los Tests de Conveniencia ni de Idoneidad, ni documentos informativos al respecto, siendo que el canje de bonos convertibles en acciones tuvo lugar el 25-11-15. Tampoco ha acreditado la entidad bancaria que mantuvieran y completase la información sobre el producto, consentimiento, riesgos y consecuencias, durante el desarrollo del contrato, máxime cuando la precontractual ya era insuficiente y parcial, con invitación -sin embargo- a una inversión garantizada, causante del error. Y no basta que el cliente haya sido informado acerca de su calificación como experto en productos financieros complejos (véase Anexo-4) ni un test de conveniencia justo antes de firmar, sino que se precisa de una constatada idoneidad de los productos ofrecidos ni es suficiente, a efectos informativos, la mera entrega de un ejemplo de "Condiciones Generales para la Prestación de Servicios de Inversión" y otra de un documento denominado "Información sobre los instrumentos financieros" ofrecidos por Grupo Banco Popular (Anexo nº 5), totalmente insuficientes, aunque el banco sólo actuare de comercializador, que no es así pero actuó como asesor financiero de productos, no constan explicación e información sobre el seguimiento y rendimiento del producto siquiera como los abonos mensuales (dtº 6 de la

contestación). Por otra parte, la firma del dtº 10 no acreditaba que se hubiere dado información clara, y suficiente sobre producto, riesgos y consecuencias.

Y como indicaba este Tribunal en la sentencia de fecha 20-11-16: *"Pero en el caso de autos, ya hemos visto que los bonos subordinados necesariamente canjeables son un producto complejo, lo que, dado el perfil del cliente, imponía a la entidad bancaria una especial diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones de información. El hecho constitutivo de la pretensión actora no es, como sostiene el apelante, su creencia de que estaba invirtiendo en un mero depósito bancario. En el relato de la demanda tal hecho se configura como consecuencia de la falta de información y es esa información insuficiente o defectuosa la que determinó la concurrencia de error vicio de consentimiento invalidante del contrato, según se sostiene en el escrito instaurador de la litis. En el caso de autos, en efecto, y en virtud de lo que hasta aquí se ha razonado, hemos de concluir que la información documental facilitada al inversor minorista demandante no cumplía los estándares de claridad, imparcialidad y transparencia exigidos por la normativa de la Ley del Mercado de Valores y disposiciones legales concordantes (...). Los requisitos que se exigen para que el error produzca la nulidad de los contratos como vicio de consentimiento son: a) una conducta insidiosa dirigida a provocar la declaración negocial; b) que la otra voluntad negociadora quede viciada en su voluntad y conocimiento por tal conducta; c) que todo ello determine la celebración del contrato; d) que sea grave; y e) que no se hayan causado por tercero, ni empleado por las dos partes contratantes. Además, y en relación al error, es necesario que sea excusable, es decir, que no pudiese ser evitado mediante una diligencia media (sentencias del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1991,*

21 de mayo de 1997 y 29 de diciembre de 1999). Además, es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que los vicios del consentimiento sólo son apreciables en juicio si existe una cumplida prueba de la existencia y realidad de los mismos, prueba que incumbe a la parte que los alega (Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 1990 y 30 de mayo de 1995). El error, como vicio del consentimiento, siempre ha sido objeto de apreciación restrictiva por parte de los tribunales, antes y después de las sentencias del Tribunal Supremo de 15 y 21 de noviembre de 2012 que la parte apelante cita en apoyo de su recurso. La sentencia de 15 de noviembre de 2012 desestima el recurso en el que se pretendía la nulidad de un SWAP. El Alto Tribunal entiende que el error en que habría incurrido el inversor era inexcusable, por haber "intervenido en otras operaciones iguales", circunstancia que, como antes se ha dicho, no concurre en el caso de autos en el que el Sr. Enriqueta no tenía experiencia alguna en productos financieros similares. La sentencia de 21 de noviembre de 2012 hace referencia igualmente a sendos contratos de permuta de tipos de interés y rechaza la concurrencia de error en su conclusión por entender que no había quedado probado que la entidad financiera hubiera omitido información relevante sobre la evolución de los tipos del euribor. Pero en el caso) de autos, como hasta aquí se ha razonado, sí que hubo una información insuficiente y defectuosa determinante de error vicio del consentimiento invalidante del contrato. El hecho de que el inversor admitiese el cobro de intereses durante un primer periodo no es impeditivo del ulterior ejercicio de una acción de nulidad por vicio del consentimiento como la presente, y ello porque ya hemos dicho que nos hallamos ante un producto híbrido que inicialmente proporciona un interés fijo mientras dura el bono. Solo cuando se planteó el canje por acciones, que al final habla de ser obligatorio, es cuando

el inversor alcanzó a percibir su error (sentencia de este mismo tribunal de 10 de octubre de 2012). Tampoco puede entenderse que esa conducta haya provocado una convalidación tácita de las previstas en el artículo 1.311 del Código Civil al realizarse actos (esto es: la percepción de las liquidaciones positivas) que impliquen necesariamente la voluntad de validarlo, dado que el cobro de intereses no puede calificarse como un acto inequívoco destinado a tal fin (sentencia de la Sección 5ª de esta Audiencia Provincial de 20 de junio de 2011)".

Ítem más, consta practicado un test de Conveniencia, cuando no lo ha sido, el de Idoneidad del producto, que precede al de Conveniencia, siendo que el de Idoneidad es el más adecuado para que el cliente conozca el producto complejo, sus características y sus riesgos, previo asesoramiento del banco oferente de los bonos y de una clara, adecuada y suficiente información precontractual.

Y esta Sección en la Sentencia de 23-1-17 que: "Se destaca:

- El demandante es un cliente minorista.*
- En cuanto a la labor de asesoramiento cita la STS de 20.01.2.014, y conforme a la misma tiene la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir el producto realizado por la entidad financiera al cliente inversor. Es una recomendación dirigida al cliente a través de la propia entidad demandada, tal como se desprende de la testifical de la Sra , de que se ofrecieron bonos porque estaban en campaña en el momento en que al demandante le venció el plazo fijo de 150.000 euros.*
- Refiere la información exigida por el artículo 79 de la LMV (EDL 2015/182875) y jurisprudencia aplicable.*

El test de conveniencia fue suscrito por el cliente justo antes de la orden de suscripción del producto, y se dice que

tiene experiencia en productos no complejos; en el tríptico del documento nº 7 consta la firma, pero no la fecha, con lo cual no queda acreditado que se entregare con la antelación suficiente para su lectura, estudio y reflexión; recibió un ejemplar completo de las condiciones generales para la prestación de servicio de inversión, así como un ejemplar de información sobre los instrumentos financieros ofrecidos por el Grupo Banco Popular, entregado un minuto antes de la suscripción de la orden de valores, y sin la antelación suficiente para su lectura, conocimiento, reflexión y estudio, y es una entrega más formal que efectiva.

Los bonos no se adecúan al perfil inversor del Sr
, quien es un cliente con experiencia en productos financieros no complejos y el producto ofrecido es complejo. No se le informó de la posibilidad de perder la inversión en el momento del canje, así como de las condiciones de la conversión, y por ello la información facilitada no es suficiente para que el Sr ... comprendiera el riesgo asumido.
- Al ser tal falta de conocimiento imputable a la entidad bancada y no al Sr. ..., el error es excusable.

Sobre el particular se ha pronunciado recientemente la STS de 17 de junio de 2.016, citada y transcrita parcialmente en la sentencia de instancia, en relación con el mismo tipo de bonos que en esta litis. Según indica dicha sentencia: 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 (EDL 2015/182875) del Texto refundido de la Ley del Mercado de Valores aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre (EDL 2015/182875)), 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 (EDL 2015/182875) 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".

Por tanto, debemos concluir que se trata de un producto complejo y arriesgado, motivo por el cual cabe desestimar la pretensión de la demandada de que se trata de un producto muy simple de entender, y dicha resolución, aunque sea única, pone de relieve el criterio del Alto Tribunal en el contexto de una notable discrepancia en la jurisprudencia menor. El hecho de que existan en el mercado otros productos que supongan más complejidad, como un swap o participaciones preferentes, no altera la anterior conclusión.

En cuanto a los riesgos que comporta, la aludida SIS, refiere:

2.- En el caso concreto de los bonos necesariamente convertibles en acciones, el riesgo no deriva de la falta de liquidez, puesto que al vencimiento el inversor recibirá unas

acciones que cotizan en un mercado secundario; sino que dependerá de que las acciones recibidas tengan o no un valor de cotización bursátil equivalente al capital invertido. En consecuencia, para que el inversor pueda valorar correctamente el riesgo de su inversión, deberá ser informado del procedimiento que se va a seguir para calcular el número de acciones que recibirá en la fecha estipulada para la conversión y si este número de acciones se calculase con arreglo a su precio de cotización bursátil, el momento que servirá de referencia para fijar su valor, si es que éste no coincide con el momento de la conversión. Cuando con arreglo a las condiciones de una emisión de obligaciones necesariamente convertibles en acciones, no coincida el momento de la conversión en acciones con el momento en que han de ser valoradas éstas para determinar el número de las que se entregarán a cada inversor, recae sobre los inversores el riesgo de depreciación de las acciones de la entidad entre ambos momentos.

3.- El quid de la información no está en lo que suceda a partir del canje, puesto que cualquier inversor conoce que el valor de las acciones que cotizan en bolsa puede oscilar al alza o a la baja. Sino en lo que sucede antes del canje, es decir, que al inversor le quede claro que las acciones que va a recibir no tienen por qué tener un valor necesariamente equivalente al precio al que compró los bonos, sino que pueden tener un valor bursátil inferior, en cuyo caso habrá perdido, ya en la fecha del canje, todo o parte de la inversión.

Dado que, como consecuencia del canje, el inversor en obligaciones convertibles obtendrá acciones, podrá ser consciente, con independencia de su perfil o de su experiencia, de que, a partir de dicho canje, su inversión conlleva un riesgo de pérdidas, en función de la fluctuación de la cotización de tales acciones. Desde ese punto de vista,

no resultaría relevante el error que haya consistido en una frustración de las expectativas del inversor sobre la evolución posterior del precio de las acciones recibidas. Sino que el error relevante ha de consistir en el desconocimiento de la dinámica o desenvolvimiento del producto ofrecido, tal y como ha sido diseñado en las condiciones de la emisión y, en particular, en el desconocimiento de las condiciones de la determinación del precio por el que se valorarán las acciones que se cambiarán, puesto que, según cual sea este precio, se recibirá más o menos capital en acciones.

Es decir, la empresa que presta el servicio de inversión debe informar al cliente de las condiciones de la conversión en acciones de las que deriva el riesgo de pérdidas al realizarse el canje. El mero hecho de entregar un tríptico resumen del producto en el que se haga referencia a la fecha de valoración de las acciones no basta por sí mismo para dar por cumplida esta obligación de informar sobre el riesgo de pérdidas".

En el mes de octubre de 2.009 ya había entrado en vigor la normativa Mifid, la cual obliga a tratar los intereses de los inversores "como si fueran propios" (artículo 79 de la Ley del Mercado de Valores), a dar una información "imparcial, clara y no engañosa" (artículo 79.bis 2), con el deber de facilitarles información comprensible "sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión" (artículo 79 bis 3), de suerte que tal información debe "incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias" (artículo 79 bis 3, pto. 3º), exigiendo además, aunque no se preste el servicio de asesoramiento, un deber de la entidad de identificar la cualificación y conocimientos del inversor con relación a un concreto producto "con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado

para el cliente", debiendo advertir al cliente de su inadecuación cuando así lo sea (artículo 79.bis 7 de la Ley del Mercado de Valores).

La obligación de información que incumbe a las entidades bancadas depende, de modo, esencial, del perfil del cliente, y si se trata de un inversor minorista, la protección es máxima cuando, además, los productos que se le vendían eran complejos como los de autos (artículo 79 bis. 8, en relación con el artículo 2 apartados 2 al 8 de la Ley del Mercado de Valores). Ante un inversor minorista y con un producto complejo, la entidad queda sujeta a una obligación de información reforzada. Ha de tratarse de una información "imparcial, clara y no engañosa" (artículo 79.bis 2). Además, El Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero (EDL 2008/4324), que derogó el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo (EDL 1993/16198), reguló en los artículos 60, 62 y 64 los parámetros esenciales de la información que deben prestar las entidades, y en concreto y en lo que aquí interesa en el primero de los mencionados preceptos establece que "...b) La información deberá ser exacta y no destacará los beneficios potenciales de un servicio de inversión o de un instrumento financiero sin indicar también los riesgos pertinentes, de manera imparcial y visible, c) La información será suficiente y se presentará de forma que resulte comprensible para cualquier Integrante medio del grupo al que se dirige o para sus probables destinatarios, d) La información no ocultará, encubrirá o minimizará ningún aspecto, declaración o advertencia importantes" y que "La representación de la parte demandada argumenta que la sentencia de instancia parte de una premisa errónea, cual es que el banco debía recomendar al Sr. la suscripción de los productos financieros que más le convinieren en virtud del servicio de asesoramiento en latería de inversiones o gestión de carteras; no se contrató ningún

servicio de asesoramiento o gestión de carteras, y la relación es de mera comercialización o intermediación financiera, el banco se limitaba a facilitarle información sobre los distintos productos que se ofertaban de manera general, y el Sr. decidir el tipo de producto y su cuantía.

Esta cuestión es tratada en la ya alegada STS de 17 de junio de 2.016, con cita de otras, en los siguientes términos:

"Las sentencias de esta Sala núm. 460/2014, de 10 de septiembre, y núm. 769/2014, de 12 de enero de 2015, declararon que, en este tipo de contratos, la empresa que presta servicios de inversión tiene el deber de informar, y de hacerlo con suficiente antelación, conforme al art. 11 de la Directiva 1993/22/CEE, de 10 de mayo (EDL 1993/16293), sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, el art. 79 bis LMV (EDL 2015/182875) y el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero (EDL 2008/4324). No se cumple este requisito cuando tal información se ha omitido en la oferta o asesoramiento al cliente en relación a tal servicio o producto, y en este caso hubo asesoramiento, en tanto que el cliente adquirió los bonos u obligaciones convertibles porque les fueron ofrecidos por empleados del Banco Como dijimos en la sentencia núm. 102/2016, de 25 de febrero , 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."

En aplicación de dicha doctrina jurisprudencial, las argumentaciones de la apelante no pueden prosperar. Es preciso recordar que el producto le fue ofrecido y recomendado al

demandante por una empleada de la demandada, quien tenía el deber de informar al cliente minorista. Como establece la STS de 15 de diciembre de 2014," el deber que pesaba sobre la entidad financiera era cerciorarse de que esta cliente minorista, directamente o a través de su propia asesora financiera, conocía bien en qué consistía lo que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto"; ídem Sentencias de 12-5-17; 25-5-17; 8-6-17 (2); 16-9-15, 12-1-15 y STS de 20-1-14; entre otras; además de las de fechas 3 de julio, 8 de febrero, 23 de enero de 2017, de esta Sala.

Y sobre el error en el consentimiento y mismo producto las STS de 17 de junio de 2016, 7 de octubre de 2016; además de las precedentes citadas.

Se insiste, la inversión era de alto riesgo y no se informó al actor completa y precisa sobre el producto, sus riesgos y consecuencias, ni el producto se adaptaba al perfil del actor, y confundible a partir de la denominación atrayente "depósito Oro", y canjeado a 7 de mayo de 2012, lo que provocó el vicio de consentimiento, como es de ver en los folios 96, 97, 98 a 101, totalmente estandarizados hasta f. 106, y 109-110 (canje), ni tampoco fue cumplida la debida información con el simple folleto en relación con el aumento de capital (f. 115 a 118 de autos).

Los tests de conocimiento e idoneidad, y el tríptico, fueron impuestos al actor, sin aquella información completa y suficiente, a 7 de mayo de 2012 y sin firmar (f. 107 y f. 164) o con posterioridad (f. 119, 250 a 263 y f. 266, 267 de autos), por estandarizados y no acredita su completa explicación.

Y la prueba testifical permitió deducir el error, como vicio del consentimiento, al manifestar el Sr. que "el perfil del actor era adecuado al producto, porque ya tenía acciones", que "primero ofreció el producto Depósito Oro

y después los Bonos”, que “advirtió de los riesgos y entregó el folleto”; que “no comentó al cliente que en 2012 habría el canje”, que “se convertirían en acciones”, y desconocía si “remitía cartas o extractos sobre rendimientos al actor”; y por otra parte, el testigo Sr. manifestó que “intervino en la ampliación de capital de 2012”; que “se ofreció al actor porque era accionista del banco”; que “la ampliación de capital no era para mitigar pérdidas, pero que las acciones eran a precios interesantes”; que “explicó que las acciones eran un producto con riesgo”; que “el tríptico y la información fueron firmados”; que “supone que se informaba al actor de los rendimientos, evolución, pérdida, etc, pero no sobre la periodicidad”.

Asimismo, se hacen propias, por acertadas, las consideraciones que sobre el error-vicio del consentimiento, y deber de información, desglosa el Juzgador a quo en los considerandos 4º, 5º y 7º de la resolución impugnada, más concretamente sobre la falta de información en las distintas fases contractuales, tanto verbal como escrita.

QUINTO.- La desestimación del recurso obliga a imponer a la parte apelante las costas procesales causadas en esta alzada, en estricta aplicación de los principios objetivo y de vencimiento, y conforme a lo prevenido en los arts. 398 y 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En atención a lo expuesto,

FALLAMOS

LA SALA ACUERDA:

1º) Desestimar el recurso de Apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Ricardo J. Squella Duque de Estrada, en representación del "Banco Popular Español, SA", contra la Sentencia de fecha 15 de febrero de 2017, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Maó, en los autos de Juicio Ordinario nº 323/2016, de que dimana el presente rollo de Sala; y en su virtud,

2º) Confirmar los pronunciamientos que la resolución impugnada contiene.

3º) Se imponen a la parte apelante las costas procesales devengadas en esta alzada.

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

Información sobre recursos.

Recursos.- Conforme al art. 466.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, contra las **sentencias** dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil podrán las partes legitimadas optar por interponer el **recurso extraordinario por infracción procesal** por el **recurso de casación**, por los motivos respectivamente establecidos en los arts. 469 y 477 de aquella.

Órgano competente.- es el órgano competente para conocer de ambos recursos -si bien respecto del extraordinario por infracción procesal sólo lo es con carácter transitorio- la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo.

Plazo y forma para interponerlos.- Ambos recursos deberán interponerse mediante escrito presentado ante esta Audiencia Provincial en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a la notificación de la sentencia, suscrito por



Procurador y autorizado por Letrado legalmente habilitados para actuar ante este Tribunal.

Aclaración y subsanación de defectos.- Las partes podrán pedir aclaración de la sentencia o la rectificación de errores materiales en el plazo de dos días; y la subsanación de otros defectos u omisiones en que aquella incurriere, en el de cinco días.

- No obstante lo anterior, podrán utilizar cualquier otro recurso que estimen oportuno.

- Debiéndose acreditar, en virtud de la disposición adicional 15ª de la L.O. 1/2009 de 3 de Noviembre, el justificante de la consignación de depósito para recurrir en la cuenta de esta sección quinta de la Audiencia Provincial nº 0501, debiéndose especificar la clave del tipo de recurso