



Roj: **SAP BA 458/2016 - ECLI: ES:APBA:2016:458**

Id Cendoj: **06083370032016100195**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Mérida**

Sección: **3**

Fecha: **01/06/2016**

Nº de Recurso: **171/2016**

Nº de Resolución: **130/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA DOLORES FERNANDEZ GALLARDO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N.3

MERIDA

SENTENCIA: 00130/2016

N10250

AVENIDA DE LAS COMUNIDADES S/N

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Tfno.: 924312470 Fax: 924301046

JAA

N.I.G. 06083 41 1 2015 0005301

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000171 /2016

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.4 de MERIDA

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000410 /2015

Recurrente: **BANCO POPULAR** ESPAÑOL, S.A.

Procurador: MERCEDES ANA LANDIN IRIBARREN

Abogado: MARIA DE LAS MERCEDES FARRAN ARIZON

Recurrido: Feliciano , Rosana

Procurador: JUAN LUIS GARCIA LUENGO, JUAN LUIS GARCIA LUENGO

Abogado: CARLOS ARJONA PEREZ, CARLOS ARJONA PEREZ

SENTENCIA NÚMERO 130/2016

ILMOS. SRES.....

PRESIDENTE:

DON JOAQUÍN GONZÁLEZ CASSO

MAGISTRADOS:

DON LUIS ROMUALDO HERNÁNDEZ DÍAZ AMBRONA

DOÑA JUANA CALDERÓN MARTÍN

DOÑA MARÍA DOLORES FERNÁNDEZ GALLARDO (PONENTE)

DON JESUS SOUTO HERREROS

**Recurso Civil núm. 171/2016****Autos de Procedimiento Ordinario núm. 410/2015****Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Mérida**

En la ciudad de Mérida, a uno de junio de dos mil dieciséis.

Visto en grado de apelación, ante esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Badajoz, el presente recurso de apelación civil dimanante del Procedimiento Ordinario núm. 410/2015 del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Mérida, siendo parte apelante, **BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A.**, representado por la procuradora doña Mercedes Ana Landín Iribarren y defendido por la letrada doña María de las Mercedes Farrán Arizón, y parte apelada, don Feliciano y doña Rosana, representados por el procurador don Juan Luis García Luengo y defendidos por el letrado don Carlos Arjona Pérez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Mérida, se dictó el día 9 de marzo de 2016, en el Procedimiento Ordinario núm. 410/2015, sentencia, en cuyo FALLO se acordaba:

"Que debo ESTIMAR Y ESTIMO la demanda interpuesta por el Procurador don Juan Luis García Luengo, en nombre y representación de don Feliciano y doña Rosana, contra Banco Popular DECLARANDO LA NULIDAD de la compra de bonos subordinados de 5 de octubre de 2009 y de posterior canje de 2 de mayo de 2012 CONDENANDO a ésta a abonar a los demandantes la cantidad de 50.000 € con los intereses correspondientes desde la disposición por la entidad financiera aminorada con los reintegros recibidos por los demandantes y los intereses de éstos.

Las costas se imponen a la demandada."

SEGUNDO.- Contra la expresada sentencia se interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación por la representación procesal de **BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A.**

TERCERO.- Admitido que fue dicho recurso por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Mérida, de conformidad con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil, se dio traslado a la otra parte personada para que, en el plazo de diez días, presentara escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que le resulte desfavorable, traslado que evacuó, impugnando dicho recurso.

CUARTO.- Una vez verificado lo anterior, se remitieron los autos a este Tribunal, previo emplazamiento de las partes, donde se formó el rollo de Sala y se turnó la ponencia, señalándose para deliberación y fallo para el día 25 de mayo de 2016, quedando los autos en poder del ponente para dictar sentencia en el plazo previsto en el artículo 465 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Ha sido ponente la Ilma. Sra. Magistrada doña MARÍA DOLORES FERNÁNDEZ GALLARDO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La entidad demandada **BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A.** interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada en primera instancia estimatoria de la demanda formulada por los actores don Feliciano y doña Rosana declarando la nulidad de la compra por éstos de los productos denominados "**Bonos Subordinados Popular Capital Convertibles V.2013**", en fecha 5 de octubre de 2009, por importe de 50.000 €, y de su posterior canje, en fecha 2 de mayo de 2012, en "**Bonos Subordinados Convertibles Popular V. 11-15**", y al reintegro a la parte actora de la cantidad entregada a la entidad demandada, 50.000 €, más los intereses legales, descontadas las cantidades reintegradas a la parte actora por la parte demandada, esgrimiéndose, como motivos del recurso, la caducidad de la acción de nulidad por error en el consentimiento, la inexistencia de error en el consentimiento y consecuentemente, de la nulidad de la orden de suscripción de los **bonos subordinados**, y la no procedencia de la condena en costas a la parte demandada.

Comencemos con el **primero de los motivos, la caducidad de la acción de nulidad por error en el consentimiento**; afirma el recurrente que la acción de nulidad ejercitada está caducada por el transcurso del plazo de cuatro años establecido en el artículo 1301 del CC, toda vez que, como establece nuestro Tribunal Supremo, en relaciones contractuales como las derivadas de contratos bancarios, 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, éste es desde que el cliente es consciente del error, es decir, el inicio del cómputo debe situarse en el momento en el que tiene conocimiento de las características y de los riesgos del producto, que, en el caso de los **bonos convertibles** en acciones, debe situarse en la fecha en la que tiene conocimiento de que el



importe se ha modificado, con la comunicación del descenso del valor de la cotización, y desde esa fecha, que se sitúa, en el supuesto que nos ocupa, cuando el cliente recibió en 2010 la información fiscal de 2009, en la que le informaban de la fluctuación de las cotizaciones, desapareciendo, con ello, toda creencia de que hubiera contratado un depósito a plazo fijo, como afirma, a la de la presentación de la demanda, había transcurrido el referido plazo de cuatro años, refiriendo, asimismo, que el correo que remite el Sr. Feliciano al Banco, en julio de 2011, mostrándole su preocupación por las pérdidas que está sufriendo, al haber pasado el nominal de 50.000 € a 27.500 €, corrobora ese efectivo conocimiento del actor sobre la existencia de los **bonos convertibles**, su funcionamiento y riesgos.

En primer lugar, hemos de indicar que la parte actora solicitaba, con carácter principal, que se declarara la nulidad absoluta del Contrato de Compra de los productos denominados "**Bonos Subordinados Popular Capital Convertibles V.2013**", en fecha 5 de octubre de 2009, por importe de 50.000 €, y de su posterior canje, en fecha 2 de mayo de 2012, en "**Bonos Subordinados Convertibles Popular V. 11-15**", con recíproca restitución de las prestaciones, y ello, por considerar la concurrencia de un error obstativo sobre el producto a contratar y por vulneración de normas imperativas y prohibitivas, y con carácter subsidiario, que se declarara la anulabilidad de dichos contratos con las mismas consecuencias, toda vez que el demandante sufrió un error, que vició su consentimiento, por el dolo de la demandada, al no informarle, al firmar dicho contrato, de las características y riesgos del producto adquirido.

Recordemos que la nulidad absoluta es definitiva e insubsanable, mientras que la anulabilidad, que se produce cuando un negocio jurídico tiene algún vicio susceptible de invalidarlo y que hasta que sea anulado produce todos sus efectos, estando sujeta la acción de anulabilidad a un plazo de caducidad de cuatro años, artículo 1301 del CC .

Aun cuando la juzgadora de instancia no se pronuncia expresamente si estamos ante una nulidad o ante una anulabilidad, tras resolver la excepción planteada de contrario, entendiéndose que la acción de anulabilidad no estaría caducada, declara la nulidad de los contratos que nos ocupan sobre la base de error en el consentimiento por falta de información sobre el producto, lo que nos lleva a concluir, sin género de dudas, que se pronuncia entendiéndose que estamos ante un supuesto de anulabilidad y no de nulidad absoluta, sin que este pronunciamiento sea objeto de discusión en esta alzada, debiendo añadir que, aun cuando la parte actora ejercitaba, con carácter principal, una acción de nulidad absoluta, invocando un error obstativo sobre el producto a contratar y una vulneración de normas imperativas y prohibitivas, este Tribunal entiende que estamos, efectivamente, ante un supuesto de anulabilidad, ya que los actores ciertamente fundan su acción en la existencia de error, como vicio del consentimiento, lo que constituye una causa de anulabilidad, -véase artículo 1.300 del CC -, sin que podamos hablar de error obstativo, que se produce cuando existe un desacuerdo inconsciente entre la voluntad y la declaración, como, por ejemplo, cuando se firma físicamente un documento en lugar de otro que era el que, en realidad, se quería firmar, y en el caso enjuiciado, no se alega por el actor una equivocación material a la hora de firmar el contrato litigioso, sino que su error radicaría en que su voluntad estaba viciada porque suscribió el contrato que nos ocupa en la creencia de que la inversión era una operación sin riesgo alguno, que no podría implicar pérdida de capital, cuando en realidad esa posibilidad sí existía.

Sentado lo anterior, hemos de partir del tenor del artículo 1301 del CC "*La acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr: En los casos de intimidación o violencia, desde el día en que éstas hubieren cesado. En los de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato.....*".

Efectivamente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2003 , citada por la juzgadora de instancia, dice sobre el momento en el que comienza el cómputo de la acción de nulidad en el caso de vicio de consentimiento "*Dispone el art. 1301 del Código Civil que en los casos de error, o 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 art. 1969 del citado Código . En orden a cuándo 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 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 1897 y 20 de Febrero de 1928)», y la sentencia de 27 de Marzo de 1989 precisa que «el art. 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, 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 1983 , 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 1955, 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 1897 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», doctrina que se reitera, entre otras, en la sentencia de fecha 12 de enero de 2015 .

Como la consumación en los contratos sinalagmáticos coincide con el total cumplimiento de las prestaciones de ambas partes, siendo la que nos ocupa una relación de tracto sucesivo y prestaciones periódicas y no de cumplimiento instantáneo, la consumación no se ha producido, así el actor ha seguido percibiendo los intereses derivados de dicho contrato trimestralmente.

Ahora bien, como invoca la demandada recurrente, alegándose vicio de consentimiento por error, debe estarse al momento en el que el cliente es consciente del error padecido, para empezar a computar el plazo de caducidad, y así, como dice nuestro Tribunal Supremo, en la sentencia ya citada de fecha 12 de enero de 2015, recurso núm. 2290/2012 , "La noción de "consumación del contrato" que se utiliza en el precepto en cuestión ha de interpretarse buscando un equilibrio entre la seguridad jurídica que aconseja que la situación de eficacia claudicante que supone el vicio del consentimiento determinante de la nulidad no se prolongue indefinidamente, y la protección del contratante afectado por el vicio del consentimiento. No basta la perfección del contrato, es precisa la consumación para que se inicie el plazo de ejercicio de la acción. 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." y continúa "Al interpretar hoy el art. 1301 del Código Civil 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

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 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.....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."

Pues bien, no podemos compartir la argumentación de la parte recurrida, que al recibir el actor la información fiscal de 2009 fuera consciente del error, de las características y riesgos del producto contratado porque percibía intereses trimestrales que variaban entre 901,37 € y 843,84 € -véase documento núm. 2 de la contestación a la demanda-, como tampoco, podemos situar ese momento al remitir el actor a la demandada el correo que acompaña a su demanda como documento núm. 3, de fecha 27 de julio de 2011, en el que muestra cómo está muy preocupado con el tema de las acciones del **Popular** y las tremendas pérdidas de 50.000 €, como siempre recalca verbalmente que todas las operaciones realizadas con sus cuentas serían asegurando siempre sus importes y porcentajes pactados, sin riesgo alguno, sin importarle si con ello los rendimientos eran menores, que firmaba confiando en que cumplían sus exigencias de seguridad y le solicita le aclare las cantidades que se colocaron en su día y las que están actualmente, fechas de caducidad,, correo al que responde el **Banco** con la carta que obra al documento núm. 4 de la demanda, donde se



limita la entidad bancaria a enviarle los datos actualizados de sus diferentes productos bancarios, con sus vencimientos, importes, valoraciones, en concreto, una imposición a plazo fijo, una cuenta de ahorro, un plan de previsión asegurado, un fondo de inversión garantizado "Eurovalor Garantizado Oro" y unos **bonos convertibles** en acciones del **Banco Popular**, donde se consigna, respecto a los **bonos** que nos ocupan, la inversión inicial de 50.000 € y el valor actual de 25.500 €, con fecha de vencimiento 23 de octubre de 2013, por cierto, ni siquiera se utiliza la expresión "subordinados", añadiendo simplemente que *"consideramos que siempre has recibido toda la información necesaria a la hora de decidir si contratabas o no algún producto por parte de los miembros de esta oficina"*, sin dar respuesta a las quejas planteadas por el cliente, limitándose con esa afirmación genérica, *"siempre has recibido toda la información necesaria"*, sin indicarle que se trataba de obligaciones subordinadas, sin referirle los riesgos y características del producto, es decir, no podemos concluir que entonces tuvo *"cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción"*; hemos de significar, como veremos posteriormente, que estamos ante un cliente minorista y con un perfil conservador, como se observa del resto de los productos bancarios contratados por él.

Por todo lo cual, presentándose la demanda en fecha 14 de septiembre de 2015, no se acredita que el actor fuera consciente del error padecido, que conociera la realidad del producto contratado, es decir, las características y riesgos del mismo, en un momento que permitiera hablar del transcurso del plazo de cuatro años al tiempo de la presentación de la demanda, carga de la prueba que recaía en la parte demandada, y por ello, no cabe hablar de la caducidad de la acción ejercitada, procediendo la **desestimación** de este primer motivo.

SEGUNDO.- En cuanto al **segundo motivo, la inexistencia de error en el consentimiento y consecuentemente, de la nulidad de la orden de suscripción de los bonos subordinados**, toda vez que el actor alegó, -alegación que acogió la juzgadora de instancia-, error en el consentimiento, como causa para solicitar la nulidad del contrato suscrito con la entidad demandada, error derivado del desconocimiento de lo que realmente estaba contratando, ante la falta de información con respecto al producto comercializado, afirma la demandada-recurrente que en la suscripción de dichos **bonos** subordinados no medió error en el consentimiento, ni mucho menos, engaño, pues, el contrato se perfeccionó con plena conciencia de la finalidad que perseguía, obtener la máxima rentabilidad posible del patrimonio invertido, la parte actora recibió la información adecuada por parte de la entidad bancaria, todo ello, unido a la sencillez y claridad de los términos del contrato, comprensibles para cualquier ciudadano medio, lo que evidencia el pleno conocimiento del producto contratado, la entidad bancaria actuó con toda la diligencia que le era requerida por la ley, se le explicaron al cliente los aspectos relevantes y las características del producto, su funcionamiento exacto, así como una serie de riesgos inherentes a su contratación, y si realmente la parte actora no era consciente de lo que estaba contratando, dicha falta de diligencia, en modo alguno, puede erigirse en causa de nulidad, pues, los contratos tienen fuerza de ley entre las partes y el error excusable empleando una diligencia media no puede constituirse nunca como vicio invalidante del consentimiento, en especial, cuando consta firmado un consentimiento informado por el demandante, quedando demostrado con la testifical de don Juan María , director de la sucursal al tiempo de la suscripción de los **bonos** objeto del presente procedimiento, que se proporcionó información relativa al producto, tanto vía documental como verbalmente, es decir, que fue debidamente informado de todos los pros y contras de la contratación que iba a efectuar, decidiendo la parte actora, libre y voluntariamente, firmar el contrato, de modo que si realmente no hubiera comprendido la finalidad y contenido del mismo hubiera sido fácil no firmarlo, el propio contrato contiene, de manera clara y precisa, toda la información necesaria para conocer detalladamente el funcionamiento del mismo, que, enmarcándose los servicios prestados por el **Banco** en un contrato de depósito y administración de valores, ejecución de orden y asesoramiento genérico financiero de comercialización en lo que respecta a la orden de suscripción efectuada, cumplió con sus obligaciones de información, todo lo cual lleva a desvirtuar la existencia de error, y el hipotético error, sólo puede ser imputado al demandante, que tenía la responsabilidad de haber procedido a la lectura del contrato, previamente a su firma, y de no haber firmado el mismo, en caso de que hubiese algún término que no comprendiera, recayendo la carga de probar el error en quien lo invoca.

Es decir, viene a invocar una infracción del artículo 217 de la Lec , es la parte demandante quien debe probar la existencia del error que invoca, un error en la valoración de la prueba respecto a la información facilitada por la entidad bancaria al cliente, la prueba practicada ha demostrado la inexistencia de vicio alguno en el consentimiento, y en cualquier caso, el error no sería excusable e invalidante, sino imputable a una negligencia del actor.

Expuestas las argumentaciones del recurrente, es conveniente comenzar con una serie de consideraciones respecto a la naturaleza del producto contratado, obligaciones subordinadas, -véase los documentos núms. 1 y 6 de la demanda, contrato de fecha 5 de octubre de 2009, de "Orden de Valores", de adquisición de 50 valores, "**Bonos Subordinados Popular Capital Convertibles V.2013**" , por una suma total de 50.000 €,



necesariamente canjeables por acciones de **Banco Popular S.A.**, y canjeadas en fecha 2 de mayo de 2012 por "**Bonos Subordinados Convertibles Popular V. 11-15**" -:

- Se emiten conforme a la Ley del Mercado de Valores, 24/1988 de 28 de julio, y comparten con las participaciones preferentes el hecho de que ambas reconocen o crean deuda contra su emisor, son instrumentos de deuda, tal y como regulan los artículos 401 y ss del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

- Son una modalidad específica de obligaciones o valores de renta fija emitida por entidades de crédito que se rigen por las reglas generales de los valores negociables, en particular, de los valores de renta fija.

- Se definen, mayoritariamente, como un producto financiero con un nivel potencial de riesgo elevado, sirviendo para que las empresas (ya sean entidades financieras o no) se financien y puedan, de esa forma, tener dinero para realizar inversiones).

- Suelen tener un vencimiento determinado normalmente superior a los cinco años y que puede llegar a los treinta años; en función de la emisión, puede ser redimible (el principal tiene un vencimiento determinado en el tiempo), no redimible (el principal no tiene vencimiento y produce un deuda perpetua) y **convertible** en acciones (en la fecha fijada puede convertirse en acciones, bien a opción de la sociedad o de los titulares de las obligaciones); y si se quiere disponer del dinero antes de plazo, hay que vender el producto en un mercado secundario, de modo que existe la posibilidad de perder parte o la totalidad del capital, porque están vinculadas directamente a la solvencia de la entidad emisora, y tampoco están cubiertas por el Fondo de Garantía de Depósitos.

- Constituyen una mutación o alteración del régimen de prelación común de las obligaciones, que obedece al propósito de fortalecer los recursos propios de las entidades de crédito y que supone que, en caso de concurso o liquidación, tales obligaciones ocupan un rango inferior a los créditos de los demás.

- Sus titulares carecen del derecho a la suscripción preferente respecto de futuras emisiones, del derecho de participación en las ganancias repartibles del emisor y de la revalorización de su patrimonio, y si participan en sus pérdidas.

- Concluyendo, deben integrarse dentro de la categoría de los valores complejos del artículo 79 bis de la Ley del Mercado de Valores, que considera valores no complejos a los valores típicamente desprovistos de riesgo y a las acciones cotizadas como valores ordinarios cuyo riesgo es de "general conocimiento", especificando, las acciones admitidas a negociación en un mercado regulado o en un mercado equivalente de un tercer país, los instrumentos del mercado monetario, las obligaciones u otras formas de deuda titulizada, salvo que incorporen un derivado implícito y las participaciones en instituciones de inversión colectiva armonizadas a nivel europeo, y como categoría genérica, aquellos en los que concurren las siguientes condiciones: una, que existan posibilidades frecuentes de venta, reembolso u otro tipo de liquidación de dicho instrumento financiero a precios públicamente disponibles para los miembros en el mercado y que sean precios de mercado o precios ofrecidos, o validados, por sistemas de evaluación independientes del emisor, otra, que no impliquen pérdidas reales o potenciales para el cliente que excedan del coste de adquisición del instrumento, y por último, que exista a disposición del público información suficiente sobre sus características, información que deberá ser comprensible de modo que permita a un cliente minorista medio emitir un juicio fundado para decidir si realiza una operación en ese instrumento.

Pues bien, las obligaciones subordinadas no aparecen en la lista legal explícita de valores no complejos y no cumplen ninguno de los tres referidos requisitos, son un producto complejo con riesgos superiores a los de una cuenta o depósito tradicional, por lo que el perfil del inversor de este tipo de productos debería ser un inversor especializado y con conocimientos financieros.

La actual información reglada como procedimiento de protección del inversor se contiene en una serie de normas, los artículos 38 y 39 del Real Decreto 1310/2005 contienen la distinción entre tres clases de inversores en valores negociables, el inversor o cliente minorista, el inversor iniciado o experto y el inversor cualificado, siendo el minorista merecedor de mejor protección jurídica que la procurada por el principio de autotutela previo acceso a una información reglada sobre el emisor y los valores que rige el mercado, de modo que la simple disposición de la información reglada y su registro en la Comisión Nacional del Mercado de Valores no desactiva la responsabilidad del emisor y demás sujetos intervinientes, pues, no produce el efecto de capacitar a todo inversor para evaluar la naturaleza y riesgos, ni para valorar la situación financiera actual y previsible del emisor, dándose una situación objetiva de información asimétrica entre el emisor y el inversor minorista, y, por ello, se establece la necesidad de crear obligaciones de diligencia profesional; las entidades de crédito respecto a los clientes minoristas, deben comportarse con diligencia y transparencia, cuidando sus intereses como si fueran propios, manteniéndolos, en todo momento, informados, información que ha



de ser imparcial, clara y no engañosa y debe versar sobre los instrumentos financieros y las estrategias, naturaleza y los riesgos del tipo específico del instrumento financiero que se ofrece, que permita al cliente tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa; así, la trasposición de las Directivas 2004/39/CE (conocida como MIFID) del Parlamento Europeo y del Consejo, 2006/73/CE, de la Comisión, y 2006/49/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, a nuestro derecho mediante la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que reformó la Ley del Mercado de Valores, y por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, normativa que impone que al colocar este tipo de productos entre clientes minoristas, las entidades de crédito tienen el deber general de *"comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios, y, en particular, observando las normas establecidas en este Capítulo y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo"* (artículo 79 de la LMV), y entre tales obligaciones, la esencial obligación de información (artículo 79 bis de la LMV), la entidad debe *"mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes"*, tal información ha de ser *"imparcial, clara y no engañosa"* y debe versar *"sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión"* en función de que la misma *"les permita comprender la naturaleza y los riesgos..... del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa"*, es más, se concreta que la empresa de servicios de inversión -entre las que se incluyen las entidades de crédito- que asesore, coloque, comercialice o preste cualquier clase de servicio de inversión sobre tales valores complejos debe cumplir las siguientes obligaciones: obtener 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 poder recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan; abstenerse de recomendar servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente minorista cuando la entidad no obtenga la referida información; solicitar al cliente minorista 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; advertir al cliente que el instrumento financiero no es adecuado para él si sobre la base de esa información, la entidad así lo considera; y en caso de que el cliente no proporcione la información requerida o ésta sea insuficiente, la entidad tiene el deber de advertirle de que ello le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él.

El carácter indiscutiblemente complejo de las obligaciones subordinadas, como las que nos ocupan, especialmente en los casos en que se comercializan a inversores sin conocimientos precisos, como en el caso del actor, supone que la entidad bancaria debe ser extremadamente diligente en la obtención de la información sobre los datos esenciales de los clientes para conocer que el producto financiero puede ser ofrecido y también debe facilitar la información precisa para que el cliente sea plenamente consciente del objeto del contrato y de las consecuencias del mismo.

Como indicábamos en la sentencia de fecha 20 de junio de 2014, Recurso núm. 161/14, de esta Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Badajoz, *"Por tanto, si se trata indudablemente de un producto financiero complejo y que implica un alto riesgo para el inversor, la entidad bancaria que los emite o comercializa, debe cumplir un especial deber de diligencia a la hora de ofrecer información al cliente sobre los datos esenciales del producto, a fin de que sea plenamente consciente del objeto del contrato y de las consecuencias del mismo. La reciente sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014 establece cuál es el alcance de los deberes de información y asesoramiento cuando se trata de comercializar productos financieros complejos; dicha sentencia citada que "ordinariamente existe una desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional. La complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros. Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, esta necesidad de protección se acentúa porque las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto"*.

Asimismo, esta Sección 3ª, en sentencia de fecha 8 de junio de 2015 (Recurso núm. 115/15), hemos afirmado *"Es verdad que una cosa es el simple contrato de ejecución de orden de compra y administración de valores y, otra muy distinta, el llamado contrato de gestión de cartera de valores. Este último negocio impone al **banco** emisor las obligaciones de cuidar de la gestión de los valores, de asesorar financieramente de forma periódica y puntual al cliente y de suministrarle información acerca de la evolución del valor en el mercado. Ahora bien, sea como fuere, aun en los casos de meras órdenes de compra, la legislación vigente impone a las entidades determinadas obligaciones a la hora de comercializar productos financieros complejos. Se han de valorar los*



conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, al objeto de evaluar si comprende los riesgos que implica el producto o servicio de inversión que va a contratar. De ahí que no pueda pretenderse sin más eludir toda responsabilidad por el solo hecho de no estarse ante un contrato de gestión de cartera".

Recordemos que el consentimiento es un requisito esencial del contrato, cuya ausencia determina la nulidad del mismo, siendo uno de los motivos que da lugar a la nulidad del contrato por defecto del consentimiento, el error, (artículo 1261 del CC), error que ha de recaer sobre la sustancia del objeto del contrato o sobre aquellas condiciones del mismo que principalmente hubieren dado lugar a su celebración (artículo 1266 del CC), existiendo error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta, es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.

Ciertamente, según la jurisprudencia, para ser invalidante el error padecido en la celebración de un contrato, además de ser esencial, ha de ser excusable, requisito que el Código Civil no menciona expresamente y que se deduce del principio de buena fe, consagrado en el artículo 7 del CC , y que es inexcusable el error cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular y que la apreciación del error sustancial en los contratos ha de hacerse con criterio restrictivo cuando de ello dependa la existencia del negocio, apreciación que tiene un sentido excepcional, ya que el error implica un vicio del consentimiento y no una falta de él.

Dice nuestro Tribunal Supremo, en sentencia de Pleno, de fecha 12 de enero de 2015 , ya citada, "*.....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.*

El respeto a la palabra dada ("pacta sunt servanda") impone la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y quien lo sufrió pueda quedar desvinculado. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos, recogidos en la regulación contenida en el Código Civil y en la jurisprudencia dictada en esta materia.

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.

El art. 1266 del Código Civil 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 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).

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 la citada sentencia núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014 y reiterado en sentencias posteriores....."

En sentencia de fecha 20 de mayo de 2015, recurso núm. 2780/13 , afirma " Respecto del error vicio, esta Sala, en sentencias como las núm. 840/2013, de 20 de enero , y 716/2014, de 15 diciembre , ha declarado que el incumplimiento de los deberes de información, por sí mismo, no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error.

También ha resaltado la Sala la importancia del deber de informar adecuadamente al cliente minorista, al que en principio se presupone que carece de conocimientos adecuados para comprender productos complejos y respecto del que, por lo general, existe una asimetría en la información en relación a la empresa con la que contrata. Pero ha considerado infundadas las pretensiones de anulación por vicio de consentimiento en el caso de contratación de estos productos, generalmente por importes elevados, cuando el contratante, pese a tener la consideración legal de minorista, tiene el perfil de cliente experimentado y la información que se le ha suministrado, pese a que pudiera no ser suficiente para un cliente no experto, sí lo es para quien tiene experiencia y conocimientos financieros (sentencia núm. 207/2015, de 23 de abril). Lo relevante para decidir si ha existido error vicio no es, en sí mismo, si se cumplieron las obligaciones de información que afectaban a la entidad bancaria, sino si al contratar, el cliente tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo.

La omisión en el cumplimiento de los deberes de información que la normativa general y sectorial impone a la entidad bancaria permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y los riesgos asociados, que vicia el consentimiento, pero tal presunción puede ser desvirtuada por la prueba de que el cliente tiene los conocimientos adecuados para entender la naturaleza del producto que contrata y los riesgos que lleva asociados, en cuyo caso ya no concurre la asimetría informativa relevante que justifica la obligación de información que se impone a la entidad bancaria o de inversión y que justifica el carácter excusable del error del cliente.....

Que un cliente bancario sea clasificado, a efectos de la normativa MiFID, como minorista, significa que no reúne los rigurosos requisitos que la Ley del Mercado de Valores exige para ser considerado cliente profesional. Resumidamente, son clientes profesionales las entidades financieras; determinadas administraciones u organismos públicos de considerable importancia; empresarios que individualmente reúnan, al menos, dos de las siguientes condiciones: 1. que el total de las partidas del activo sea igual o superior a 20 millones de euros; 2. que el importe de su cifra anual de negocios sea igual o superior a 40 millones de euros; 3. que sus recursos propios sean iguales o superiores a 2 millones de euros; inversores institucionales que tengan como actividad habitual invertir en valores u otros instrumentos financieros; y clientes que lo soliciten con carácter previo, y renuncien de forma expresa a su tratamiento como clientes minoristas, siempre que se cumplan al menos dos de los siguientes requisitos: 1. que el cliente ha realizado operaciones de volumen significativo en el mercado de valores, con una frecuencia media de más de diez por trimestre durante los cuatro trimestres anteriores; 2. que el valor del efectivo y valores depositados sea superior a 500.000 euros; 3. que el cliente ocupe, o haya ocupado durante al menos un año, un cargo profesional en el sector financiero que requiera conocimientos sobre las operaciones o servicios previstos.

Ciertamente, ser cliente minorista implica una presunción de falta de conocimiento de los instrumentos financieros complejos y, consecuentemente, la existencia de una asimetría informativa que justifica la existencia de rigurosos deberes de información por parte de las empresas de inversión. Pero no significa, como pretenden los recurrentes, que el cliente sea necesariamente un "ignorante financiero", pues puede ocurrir que clientes que no reúnan los rigurosos requisitos que la normativa MiFID exige para ser considerado como cliente profesional tengan, por su profesión o experiencia, conocimientos profundos de estos instrumentos financieros complejos que les permitan conocer la naturaleza del producto que contratan y los riesgos asociados a él, incluso en el caso de no recibir la información a que la normativa MiFID obliga a estas empresas."

Y en la sentencia de 15 de septiembre de 2015, recurso núm. 2095/12 , insiste "en la Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 , compendiamos la jurisprudencia sobre el error vicio, de la que nos habíamos hecho eco en pronunciamientos anteriores sobre el error vicio en la contratación de un Swap (Sentencias 683/2012, de 21 de noviembre , y 626/2013, de 29 de octubre): «hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea».



Volvemos a traer a colación esta jurisprudencia, para analizar a continuación la relevancia de la falta de información denunciada:

«En primer término, para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

»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 CC). Además el error ha de ser 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.

»Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias -pasadas, concurrentes o esperadas- y que es en consideración a ellas que el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses.

»Las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos. Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano.

»El error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente cierta, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre el futuro con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia. Aunque conviene apostillar que la representación ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos, de tal forma que si el conocimiento de ambas cuestiones era correcto, la representación equivocada de cuál sería el resultado no tendría la consideración de error.

»Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración comercial seriamente emitida».

Expuesto todo lo anterior, recordemos que la valoración probatoria es una facultad de los tribunales, facultad que está sustraída a los litigantes, quienes, no obstante, pueden y deben aportar las pruebas necesarias en defensa de sus intereses. Eso sí, esa valoración libre de la prueba no puede ser arbitraria. Por vía del recurso de apelación, se transfiere al tribunal de segunda instancia el conocimiento pleno de la cuestión (artículo 456.1 de la Lec), pero quedando reducida la alzada a verificar si en la valoración conjunta del material probatorio se ha comportado el juez a quo de forma ilógica, arbitraria, contraria a las máximas de la experiencia o a las normas de la sana crítica, o si, por el contrario, la apreciación conjunta de la prueba es la procedente por su adecuación a los resultados obtenidos en el proceso. En definitiva, la segunda instancia ha de limitarse, cuando de valoraciones probatorias se trata, a revisar la actividad del juzgador a quo, en el sentido de comprobar que ésta aparezca suficientemente expresada en la resolución recurrida y no resulte arbitraria, injustificada o injustificable, circunstancias, todas ellas, que no concurren en el supuesto que ahora se enjuicia; debe recordarse que no es posible desarticular una valoración conjunta de la prueba para que prevalezcan solo determinados elementos probatorios que sirvan a los intereses de la parte apelante, al margen de las conclusiones objetivas y desinteresadas del órgano jurisdiccional.

En esta instancia, en virtud de dicha facultad revisora, se ha examinado toda la prueba documental aportada por ambas partes y se ha visionado la grabación del acto del juicio oral, compartiendo totalmente la valoración de la prueba realizada por la juzgadora de instancia, en la que no se aprecia error alguno, descansando en una valoración lógica y racional de las pruebas practicadas, analizadas de forma conjunta, en una exégesis apreciativa razonada y razonable, llegando a una decisión absolutamente correcta, que objetivamente se

corresponde con los resultados de las pruebas practicadas y con las reglas generales que, sobre la carga de la prueba, establece el artículo 217 de la Lec .

Insistiendo la parte demandada-recurrente que el actor recibió toda la información necesaria respecto del producto contratado, características y riesgos, hemos de indicar:

- El actor firmó un documento de fecha 5 de octubre de 2009, -véase documento núm. 1 de la demanda y 7 de la contestación-, en el que bajo el título de "ORDEN DE VALORES", se limita a recoger, el titular, la fecha de la orden, -no la del vencimiento-, la clase y denominación del valor, "BO. **POPULAR CAPITAL CONV.V.2013**", -no se dice que sean obligaciones subordinadas-, número de valores, 50, y total nominal, 50.000 euros, y en letra pequeña, se consignaba que el cliente conocía el significado y la trascendencia de la orden y recibía el tríptico de la emisión; en este documento no existe referencia alguna a la descripción del producto, objeto del mismo, sus requisitos, condiciones, efectos y prestaciones de las partes, se trata de una simple orden que sirve para múltiples tipos de operaciones de esta naturaleza, con independencia del producto objeto del mismo, y sin que la inclusión en el mismo de una declaración del inversor en el sentido de que conoce "su significado y trascendencia", en suma, los riesgos de la operación, signifique que se haya prestado al cliente o inversor minorista la preceptiva información, no constituyendo una presunción "iuris et de iure" de haberse cumplido dicha obligación ni de que el inversor, efectivamente, conozca los riesgos.

- Se acompaña también, como documento núm. 7 de la contestación a la demanda, el denominado "Resumen explicativo de condiciones de la emisión de **bonos** subordinados necesariamente canjeables en acciones de **Banco Popular Español S.A.**", compuesto de seis folios, el último de ellos firmado por el actor, formulario, con letra pequeña, que es un documento de difícil comprensión.

Es decir, los términos en los que aparecen redactados ambos documentos son insuficientes para obtener un conocimiento cabal de lo que verdaderamente constituyen su objeto, como puede observarse de la simple lectura de los mismos.

- Se acompaña con la contestación a la demanda, como documento núm. 6, test de conveniencia, que permite concluir al **Banco** que el nivel de conocimientos y experiencia que se le debe asignar al actor es el de cliente con experiencia en productos financieros no complejos, obrando, asimismo, escrito firmado por el cliente que reza así "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 los 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 BO. **POPULAR CAPITAL CONV.V.2013** "; pues bien, al respecto hemos de significar:

Todos estos documentos llevan la misma fecha y hora que el contrato de Orden de Valores, 13.30 horas, del 5 de octubre de 2009, lo que llama la atención y pone de manifiesto el carácter formalista de la información, ofrecida sin la suficiente antelación y con una finalidad real de búsqueda de un escudo protector frente a las posibles reclamaciones por defecto de información posteriores, sin dar tiempo material suficiente para comprender el alcance de los documentos que se firmaban; como dice nuestro Tribunal Supremo, en sentencia núm. 460/2014, de 10 de septiembre , en este tipo de contratos, la empresa que presta servicios de inversión tiene un deber de informar con suficiente antelación, y la de 12 de enero de 2015 antes citada ".....la información clara, correcta, precisa y suficiente sobre el producto o servicio de inversión y sus riesgos ha de ser suministrada por la empresa de servicios de inversión al potencial cliente no profesional cuando promueve u oferta el servicio o producto, con suficiente antelación respecto del momento en que se produce la emisión del consentimiento, para que este pueda formarse adecuadamente. 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 la cliente recibió recomendaciones personalizadas), y solo se facilita en el momento mismo de firma del documento contractual, inserta dentro de una reglamentación contractual que por lo general es extensa. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2014, dictada en el asunto C-449/13 , en relación a la Directiva de Crédito al Consumo, pero con argumentos cuya razón jurídica los hace aplicable a estos supuestos, declara que las obligaciones en materia de información impuestas por la normativa con carácter precontractual, no pueden ser cumplidas debidamente en el momento de la conclusión del contrato, sino que deben serlo en tiempo oportuno, mediante la comunicación al consumidor, antes de la firma de ese contrato, de las explicaciones exigidas por la normativa aplicable."

Llama también la atención que en ese documento se consigne "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 "ha decidido, actuando por cuenta propia, de forma libre e independiente, y con base en sus propias estimaciones contratar..." , cuando el Director de la Sucursal don Juan María , al ser preguntado por la dirección letrada del actor, "¿Usted le recomendó la contratación de los **bonos**?" responde



afirmativamente, y en ningún momento refiere, a lo largo de su interrogatorio, que le informara que el **Banco** estimaba "que el producto pudiera no ser adecuado al nivel de conocimientos y experiencia declarado...".

En modo alguno, podemos concluir que esa información documental, que no fue adecuada, fue completada por una información clara y sencilla, y al mismo tiempo, completa, de modo verbal, por los empleados del **Banco**, sin que podamos afirmar que resulte acreditado con la testifical del Director de la sucursal, don Juan María, - recordemos que son los empleados de la entidad bancaria los obligados a facilitar tal información y, por tanto, responsables de la omisión en caso de no haberla facilitado-; basta ver su interrogatorio, toda la información que contesta le dió, prácticamente, se reducía a la alta rentabilidad del producto, su transformación en acciones después, y que cuando tuviera el **Banco** pérdidas no habría intereses, es decir, no se acredita que, ni antes ni durante la celebración del contrato, se ofreciera al actor información suficiente para comprender los riesgos que asumía al suscribir el producto ofrecido por la entidad apelante, información que se hacía precisa al carecer el actor de conocimientos financieros para comprender estos contratos complejos, cuando la propia entidad bancaria, como hemos apuntado, califica al cliente como cliente minorista.

Pues bien, teniendo en cuenta que en el caso de autos no hubo una información adecuada a las circunstancias concretas del sujeto y tipo de negocio, - recordemos un cliente minorista, que como revela la documentación de los distintos productos contratados por el actor con el **Banco** y aportados con la contestación a la demanda, eran productos no complejos y sin riesgo, lo que corrobora el director de la sucursal-, lo que le hizo incurrir en un error, error que en cuanto recae sobre un elemento esencial que atiende a la propia finalidad del negocio, la propia inversión contratada y, en concreto, el alcance del riesgo asumido, tiene aptitud suficiente para invalidar su consentimiento, error que se reveló claramente como excusable en función de su conocimiento sobre inversiones financieras y sobre el producto en cuestión, el actor contrató el producto en la creencia de que era una inversión sin riesgo; y la conclusión es que ha habido un vicio esencial del consentimiento que da lugar a la nulidad del contrato, era la entidad demandada la obligada, conforme a las normas de distribución de la carga de la prueba del artículo 217 de la Lec, quien debía acreditar que proporcionó al actor la información necesaria, para que éste pudiera prestar un consentimiento cabal e informado sobre el producto que iba a contratar, cosa que no hizo, producto que se salía por completo de la línea de productos comunes que hasta ese momento había contratado con el **Banco**, recordando que la diligencia que le es exigible a la entidad bancaria no es la de un buen padre de familia, sino la de un ordenado empresario y representante legal, en defensa de los intereses de sus clientes; por todo lo cual, no procede sino la **desestimación** de este segundo motivo.

TERCERO .- Como **último motivo y con carácter subsidiario**, -aun cuando no lo diga expresamente en su escrito-, para el supuesto de desestimación del recurso, viene a **solicitar la no imposición de las costas de la primera instancia**, de conformidad con el artículo 394.1, párrafo segundo, de la Lec, al entender que estamos ante una cuestión muy controvertida, en la que la jurisprudencia es dispar, -si bien, en el suplico de su escrito se olvida de esta petición subsidiaria, no obstante lo cual entramos a examinar-.

El artículo 394.1 de la Lec reza "En los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. Para apreciar, a efectos de condena en costas, que el caso era jurídicamente dudoso se tendrá en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares.", es decir, consagra como regla general, el vencimiento objetivo, y dos excepciones, serias dudas de derecho y serias dudas de hecho; invocándose dudas de derecho por el recurrente, deben entenderse por tales cuando caben varias interpretaciones de las normas y conceptos jurídicos implicados, de forma igualmente razonable, tanto cuanto a la elección de la norma, como en su aplicación, indicando dicho artículo que para apreciar, a efectos de condena en costas, que el caso era jurídicamente dudoso, se tendrá en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares.

La juzgadora de instancia impuso las costas a la parte demandada aplicando el principio del vencimiento, que sólo cede cuando "el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho", de forma que corresponde, como facultad exclusiva del juzgador, determinar si existen tal series dudas que excluyan la aplicación de dicho principio general del vencimiento, cosa que no hizo en el supuesto que nos ocupa, criterio que se comparte en esta alzada, vista la retirada y coincidente jurisprudencia que sobre la cuestión litigiosa se ha dictado por esta Sección; por todo lo cual este último motivo debe ser **desestimado** y desestimados todos los motivos invocados, no procede sino la confirmación de la resolución recurrida.

CUARTO.- De conformidad con el artículo 398.1 de la Lec, desestimado el presente recurso de apelación, procede la imposición de las costas de esta alzada al apelante.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación, en nombre de S. M. el Rey y por la Autoridad que nos concede la Constitución, pronunciamos el siguiente



FALLAMOS

DESESTIMANDO el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la procuradora doña Mercedes Ana Landín Iribarren, en nombre y representación de **BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A.**, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Mérida en fecha 9 de marzo de 2016 , en el Procedimiento Ordinario núm. 410/2015, **CONFIRMAMOS** dicha resolución en su integridad, con imposición de las costas de esta alzada al apelante.

Notifíquese a las partes interesadas esta resolución y con certificación literal a expedir por el Sr. Letrado de la Administración de Justicia de esta Audiencia Provincial y del oportuno despacho, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, para cumplimiento y ejecución de lo acordado. Archívese el original en el libro-registro correspondiente de esta Sección.

Contra esta resolución no cabe recurso ordinario alguno. Sólo se admitirán los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación, si se fundan en los motivos y supuestos previstos, respectivamente, en los artículos 469 (en relación con la Disposición Final 16 LEC) y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , de los que conocerá la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y que, en su caso, deberán interponerse por escrito ante este Tribunal, en el plazo de los veinte días hábiles siguientes al de su notificación.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de Sala, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CERES