



Roj: **SAP C 1660/2016 - ECLI: ES:APC:2016:1660**

Id Cendoj: **15030370042016100221**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **4**

Fecha: **23/06/2016**

Nº de Recurso: **234/2016**

Nº de Resolución: **234/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4

A CORUÑA

SENTENCIA: 00234/2016

FERROL Nº 3

ROLLO 234/16

S E N T E N C I A

Nº 234/16

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCION CUARTA

CIVIL-MERCANTIL

ILTMOS. SRS. MAGISTRADOS:

JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG

ANTONIO MIGUEL FERNÁNDEZ MONTELLS Y FERNÁNDEZ

PABLO GONZÁLEZ CARRERÓ FOJÓN

En A Coruña, a veintitrés de junio de dos mil dieciséis.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 004, de la Audiencia Provincial de A CORUÑA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000909 /2015, procedentes del XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 3 de FERROL, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000234 /2016, en los que aparece como parte demandante-apelante, Frida , representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. RAFAEL RODRIGUEZ RAMOS, asistido por el Abogado D. FELIPE PATIÑO JUNQUERA, y como parte demandada-impugnante-apelada, **BANCO POPULAR** ESPAÑOL, S.A., representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. MARIA ALONSO LOIS, asistido por el Abogado D. GUILLERMO ROMANI FOURNIER, sobre DECLARACION DE NULIDAD DEL CONTRATO DE SUSCRIPCIÓN DE **BONOS** SUBORDINADOS NECESARIAMENTE CANJEABLES EN ACCIONES DEL **BANCO POPULAR** ESPAÑOL, S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada, dictada por EL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 3 DE FERROL de fecha 15-3-16. Su parte dispositiva literalmente dice: "Que debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda presentada por DOÑA Frida , representada por el procurador de los Tribunales SR. RODRIGUEZ RAMOS, contra: **BANCO POPULAR** ESPAÑOL, S.L., representado por la procuradora de los Tribunales SRA. ALONSO LOIS, u en consecuencia, debo absolver



y absuelvo a la demandada **BANCO DE POPULAR ESPAÑOL, S.L.**, de las pretensiones dirigidas contra ella en este procedimiento.

Todo ello, sin hacer expresa imposición de las costas".

SEGUNDO.- Contra la referida resolución por el demandante se interpuso recurso de apelación para ante la Audiencia Provincial que les fue admitido, elevándose los autos a este Tribunal, pasando los autos a ponencia para resolución.

TERCERO.- Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **D.JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG.**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Es objeto del presente litigio, sometido a consideración judicial en la alzada, la demanda que es formulada por la actora D^a Frida , directamente encaminada a la obtención de un pronunciamiento judicial, que proclamase la nulidad del contrato de suscripción de **bonos** subordinados necesariamente canjeables en acciones NUM000 de fecha 5 de octubre de 2009, por un valor de 20.000 euros, con el hoy **BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A.**, con restitución recíproca de prestaciones, así como la nulidad del contrato de fecha 2 de mayo de 2012 de suscripción de **bonos** de obligaciones subordinadas **convertibles Popular** NUM001 , por el mismo importe, con restitución recíproca de prestaciones Y con intereses legales en uno y otro caso, todo ello con expresa condena en costas.

Seguido el juicio en todos sus trámites se dictó sentencia por parte del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Ferrol, que desestimó la demanda sin imposición de costas.

Contra el referido pronunciamiento judicial se interpuso recurso de apelación por la actora, solicitando la revocación de la referida resolución judicial, y que, en su lugar, se dictase otra estimando íntegramente las acciones ejercitadas. La entidad demandada, por vía impugnativa, postuló la apreciación de la caducidad de la acción y de no ser acogida ésta, en cuanto al fondo, instó la confirmación de la sentencia apelada.

SEGUNDO: Un orden lógico de cosas exige entrar con carácter previo en el motivo de impugnación esgrimido por la entidad demandada, en el que solicita se declare la caducidad de la acción por transcurso del plazo de cuatro años al que se refiere el art. 1301 del CC .

En primer término, es preciso señalar, pese a lo que sostiene la parte recurrente, que no está resuelto si el plazo de cuatro años que establece el art. 1301 del CC es de caducidad o de prescripción.

Es cierto que la tesis de la apelante encuentra amparo en las SSTS de 27 de marzo de 1963 , 7 de febrero de 1966 , 5 de diciembre de 1981 , 2 de junio de 1989 , 25 de julio de 1991 , 30 de septiembre de 1992 , 27 de febrero de 1995 y obiter dicta 18 de octubre de 2005 y 18 de junio de 2012 , igualmente parece que se inclina por la caducidad la STS de 6 de noviembre de 2013 .

Otras, por el contrario, afirman que nos hallamos ante un plazo de prescripción, al ser planteada expresamente tal cuestión, así, por ejemplo, las SSTS de 23 de octubre de 1989 -con cita de las SSTS de 25 de abril de 1960 , 28 de marzo de 1965 y 28 de octubre de 1970 - susceptible, por lo tanto, de interrupción por reclamación extrajudicial o reconocimiento del deudor, en el mismo sentido admitiendo la interrupción las SSTS de 14 de mayo de 1955 , 27 de marzo de 1989 y 8 de abril de 1995 .

La STS de 1 de febrero de 2002 , por su parte, niega que dicho plazo pueda apreciarse de oficio -lo que lo distancia de la caducidad-; más recientemente optan por la prescripción las SSTS de 3 de marzo de 2006 , 9 de mayo de 2007 , 14 y 30 de noviembre de 2008 .

Existen igualmente resoluciones que no lo califican, como las SSTS de 6 de septiembre de 2006 y 30 de mayo de 2008 o eluden hacerlo como la STS de 8 de octubre de 2012 : "aunque se aceptara que el plazo de cuatro años establecido en dicho artículo es de prescripción, como consideran muchas sentencias de esta Sala (SSTS 1 de febrero de 2002 , 27 de febrero de 1997 , 27 de marzo de 1987 y 28 de octubre de 1974 entre otras), y no de caducidad".

Del mismo modo la STS 769/2014, de 12 de enero de 2015 , del Pleno señala: "En todo caso, no sería siquiera necesario entrar a decidir "de oficio" sobre la naturaleza del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error vicio del consentimiento, para sostener que el ejercicio de la acción había sido realizado en tiempo, pues para ello bastaba el último de los motivos planteados".

Efectuada tal precisión, es necesario tener en cuenta que el art. 1301, apartado IV, del CC fija el inicio del plazo o dies a quo para el ejercicio temporáneo de la acción de anulabilidad, por vicios del consentimiento, "desde la consumación del contrato".



En definitiva, se parte de la base de que cuando se consuma la relación contractual se conocen las cualidades de la cosa que constituye su objeto y las consecuencias derivadas de las prestaciones convencionales. O dicho de otro modo, el despliegue del contrato, a través de su consumación, permite el conocimiento de su contenido y reconocer o desvelar el error o dolo sufrido.

Es necesario tener en cuenta también que no podemos confundir el perfeccionamiento del contrato con su consumación, al tratarse de realidades jurídicas distintas.

Ya la antigua STS de 20 de febrero de 1928 nos enseñaba que: "de los tres momentos que hay en toda contratación, a saber: de perfección, de consumación y de terminación, es evidente que cuando son varias las compras y los actos a realizar y dependientes algunos de los otros durante el desarrollo del contrato éste no puede entenderse cumplido ni consumado hasta la realización de todas las obligaciones".

La consumación se produce pues cuando estén totalmente cumplidas las obligaciones derivadas del contrato suscrito, es decir implica el cumplimiento completo de las prestaciones por ambas partes.

En este sentido, podemos citar las SSTS de 4 de mayo de 1945 y 27 de marzo de 1989, según la primera "la palabra consumación referida a los contratos significa jurídicamente el cumplimiento de los mismos que se produce por el de las obligaciones que contienen, del que se sigue, como consecuencia, la extinción del vínculo". Por su parte, la segunda de las mentadas sentencias insiste en tal doctrina al razonar que: "Este motivo debe también decaer, por no atenerse tampoco a los hechos que sirvieron de base a la sentencia recurrida. En efecto, 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". O la STS 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 que generó". Por su parte, la STS de 11 de junio de 2003 precisa que en los contratos de tracto sucesivo se consuman cuando se agota el cumplimiento, razonando que 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".

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. 1301 del Código Civil.

Y la STS de 11 de mayo de 2007 reprocha al recurrente la confusión entre la consumación del contrato con su perfección.

Pues bien, siendo así las cosas como así son, la entidad demandada, por vía impugnativa, sostiene que ha caducado la acción de nulidad sobre el contrato de 5 de octubre de 2009, relativo a la adquisición de los **bonos** necesariamente canjeables en acciones.

No podemos aceptar tal causal de apelación, toda vez que, según sus condiciones generales de contratación, en ningún caso se prevé la amortización de los **bonos** en efectivo, disponiéndose que serán canjeables en obligaciones y, éstas a su vez en acciones, bien voluntariamente en los supuestos previstos, y, necesariamente, a la fecha de su vencimiento el 23 de octubre de 2013, que se debe entender como de consumación del contrato conforme a la jurisprudencia antes expuesta.

En el caso que nos ocupa se lleva a efecto el canje el 2 de mayo de 2012 y la demanda se interpone el 20 de octubre de 2015, es decir sin haber transcurrido el plazo de caducidad.

Lo afirmado en esta resolución de apelación no infringe la doctrina sentada por la sentencia del Pleno de Sala 1ª 769/2014, de 12 de enero, expresamente citada por la 376/2015, de 7 de julio, que insiste en la doctrina tradicional, al señalar que: "No puede confundirse la consumación del contrato a que hace mención el art. 1301 del Código Civil, con la perfección del mismo. Así lo declara la sentencia de esta Sala núm. 569/2003, de 11 de junio, que mantiene la doctrina de sentencias anteriores, conforme a las cuales la consumación del contrato tiene lugar cuando se produce «la realización de todas las obligaciones» (sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1897, 20 de febrero de 1928 y 11 de julio de 1984), «cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes» (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1989) o cuando «se hayan consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó» (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1983)".



Y añade más adelante: "Se exige con ello una situación en la que se haya alcanzado la definitiva configuración de la situación jurídica resultante del contrato, situación en la que cobran pleno sentido los efectos restitutorios de la declaración de nulidad. Y además, al haberse alcanzado esta definitiva configuración, se posibilita que el contratante legitimado, mostrando una diligencia razonable, pueda haber tenido conocimiento del vicio del consentimiento, lo que no ocurriría con la mera perfección del contrato que se produce por la concurrencia del consentimiento de ambos contratantes".

Pues bien, esa jurisprudencia no adelanta el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, a momento anterior a la consumación del contrato, realizando una interpretación amplia del instituto extintivo de la prescripción o caducidad, con base a la apreciación de la posibilidad de que los actores tomaran constancia anterior del carácter ruinoso de la operación jurídica concertada.

Precisamente lo que se viene a señalar es que el inicio del cómputo del plazo no se identifica necesariamente con la suscripción del contrato, cuando la susceptibilidad de alcanzar el conocimiento del vicio del consentimiento sólo se genera posteriormente en relaciones jurídicas de tracto indefinido en las que coinciden perfección con consumación, y ello por razones de seguridad jurídica de las que son buenos ejemplos las preferentes u obligaciones subordinadas de naturaleza perpetua, en las que era necesario establecer el dies a quo para que comenzase el plazo para el ejercicio de la acción.

No empece lo afirmado, sino que, por el contrario, lo refuerza, las conclusiones de los magistrados y magistradas de las Audiencias Provinciales de Galicia de 4 de diciembre de 2013, en las que, tras señalar de nuevo que no se puede confundir perfección con consumación, en los contratos de duración perpetua -que no es el litigioso, pues la conversación se lleva a efecto en el plazo de cinco años o voluntariamente con antelación en los casos expresamente previstos-, al existir en el tiempo obligaciones pendientes de cumplimiento, el día del comienzo del plazo del ejercicio de la acción, conforme al art. 1969 del CC, es desde que se tiene conocimiento de la existencia del error.

Desde luego lo que tampoco cabe aceptar es la tesis sustentada en el recurso, relativa a que la actora debió de tomar constancia de las características del complejo producto financiero ofertado por iniciativa del **Banco**, a través de la remisión de la información fiscal, a principios de 2010, en la que constaba que las acciones en que se convertirían necesariamente los **bonos** habían descendido a 97,886% y que el importe se había reducido en 422,8 euros, pues desde luego hay que ser realmente sagaz o un cualificado experto, para deducir, de tan escasa información, cuáles eran las condiciones reales de los productos ofertados, máxime cuando también aparece en dicho documento transcrito: "renta fija 20.000 euros".

Todo ello, además, en un contexto en el que constituyen elementos circunstanciales a ponderar, que la adquirente era una persona mayor de ochenta años, sin conocimientos financieros acreditados, en un producto que el propio **banco** considera inadecuado para ella, pese a lo cual, ya no sólo se le oferta por iniciativa de la entidad financiera, sino que, con su intervención y asesoramiento, se suscriben los contratos cuestionados objeto de este pleito.

Deducir, aceptando la alegación de la apelante por vía impugnativa, que dicho documento (f 227 vuelto) demuestra la carga económica real del contrato suscrito, y que, por lo tanto, la actora, en tal momento, debió tomar constancia del error sufrido, abriéndose el plazo de ejercicio de la acción, no resiste la más mínima crítica racional. Y no responde a una prudente y lógica valoración probatoria, según elementales máximas de experiencia siguiendo los postulados de la sana crítica como impone el art. 218.2 LEC.

TERCERO: A los efectos resolutorios de la presente controversia judicializada hemos de partir de las consideraciones siguientes:

3.1 Sobre la prestación por la demandada de un servicio de inversión.-

Pues bien, en este caso, es el **Banco** quien ofertó a la actora el nuevo producto, que comercializaba, tomando la iniciativa contractual -ver testifical del empleado del **banco** Sr. Valeriano - y, pese a reputar tal producto como no conveniente para la demandante, la apelada no tuvo problema en suscribirlo mediante el empleo de una cláusula general de exención de responsabilidad, de escasa credibilidad, según la cual, en contra de la advertencia de la entidad financiera, fue D^a Frida la que, de forma libre e independiente, opta por contratar.

Siendo contradictoria la conducta del **Banco** de ofertar un producto, cuya colocación en el mercado conformaba una estrategia comercial suya, para posteriormente considerarlo poco adecuado para el nivel de conocimientos y experiencia de la actora - elementos subjetivos circunstanciales de la apreciación del error- y no obstante lo cual someterlo a la suscripción por su clienta.

Desde luego se aprecia un auténtico conflicto de intereses, en que se hacen prevalecer los propios del **Banco** sobre los de la consumidora minorista.



3.2 Sobre el perfil de la actora.-

Con respecto al perfil de la actora no se niega su calificación jurídica de minorista conforme al art. 78 bis de la LMV, y, desde luego, no se ha aportado al proceso prueba por parte del **banco** de que se tratase de una inversora de productos complejos y de riesgo, con experiencia en la contratación de instrumentos similares a los que constituyen el objeto del proceso. En modo alguno, tal circunstancia resulta del hecho de que tenga algunos fondos de inversiones, con prevalencia de productos de ahorro, que no la convierten en una experta financiera, con cualificados conocimientos de comprensión del producto complejo que adquirió objeto de este proceso.

Es más, en documento del propio **Banco**, de 5 de octubre de 2009, se concluye que "el nivel de conocimientos y experiencia que se le debe asignar -a la actora- es cliente con experiencia en productos financieros no complejos" (f 243 vuelto).

En definitiva, en modo alguno, cabe deducir que la demandante sea persona con especiales conocimientos económicos y financieros, que le permitan comprender el producto adquirido, sin completas y suficientes explicaciones adicionales por parte de la entidad demandada -los dos empleados del **Banco** que declararon en el acto del juicio no intervinieron en la contratación litigiosa con la actora- o que tengan experiencia inversora constatada en el conocimiento del producto comercializado.

Por otra parte, ha declarado la jurisprudencia que no bastan los conocimientos usuales del mundo de la empresa o incluso de quien tiene estudios de ciencias empresariales o económicas, pues son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros para que pueda excluirse la existencia de error o considerar que el mismo fue inexcusable (SSTS 549/2015, de 22 de octubre , 633/2015, de 19 de noviembre , 651/2015, de 20 de noviembre y 26 y 27/2016, de 4 de febrero) - casos referentes a swap, pero cuya doctrina es perfectamente extrapolable a los productos litigiosos, no habituales y, por lo tanto, poco conocidos en el mercado al tiempo de su comercialización, complejos y de riesgo-.

De nuevo se insiste en tal doctrina en la reciente STS 60/2016, de 12 de febrero , en la que se afirma: "No cualquier capacitación profesional, relacionada con el Derecho y la Empresa, ni tampoco la actividad financiera ordinaria de una compañía, permiten presumir está capacidad de tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente los riesgos".

3.3. Sobre el cumplimiento por el **Banco** del deber de informar.-

Es cierto que la orden de adquisición de valores de 5 de octubre de 2009 señala que: el "ordenante hace constar que recibe copia de la presente orden, que conoce su significado o trascendencia", siendo las 11.51 horas de la precitada fecha.

Es verdad también que aparece firmada, con igual fecha 5 de octubre de 2009, la entrega a la demandada de un resumen de condiciones de emisión de **bonos** subordinados necesariamente canjeables en acciones de **Banco Popular** Español, en el que constan factores de riesgo (ver folios 229 vuelto a 232, en letra realmente pequeña, cuya lectura exige esfuerzos). Pues bien es obvio que con tal entrega, el mismo día de la suscripción, con el empleo de terminología técnica y sin tiempo material para su lectura y comprensión, no se cumple con el deber de informar.

Y lo reseñado encuentra mayor refrendo en el documento nº 7 de la contestación (f 245 vuelto), en el que consta con relación a la actora que: "He recibido un ejemplar completo de las "Condiciones Generales de la Prestación de Servicios de Inversión" protocolizadas en fecha 16 de octubre de 2007 ante el Notario de Madrid . . . Asimismo he recibido un ejemplar completo del documento denominado "Información sobre Instrumentos Financieros ofrecidos por el Grupo **Banco Popular**".

Pues bien, según resulta de este último documento, elaborado por el **Banco**, el mismo se entrega a las 11.43.24 horas del día 5 de octubre de 2009, y la suscripción se lleva efecto, como hemos indicado, a las 11.51 horas de dicho día. Por consiguiente, tan sólo D^a Frida , persona mayor de 80 años, contó con ochos minutos para proceder a la detenida, compleja y difícil lectura de tales documentos.

Pero seguimos, a las 11.44.33 horas del indicado día, obra en autos otro documento del **Banco**, en el que se puede leer, con firma de la demandante, que: "Con el fin de evaluar si los productos/servicios de inversión son adecuados para el cliente **BANCO POPULAR** ESPAÑOL le ha realizado el test de conveniencia. De los datos declarados por el cliente se deduce que el nivel de conocimientos y experiencia que se le debe asignar es cliente con experiencia en productos financieros no complejos".

Y de nuevo, con fecha 5 de octubre de 2009, a las 11.51 horas, consta que se suscribe otro documento, en el que se lee que: "El cliente manifiesta que pese a haber sido informado de que, en base a lo declarado a la Entidad, ésta estima que el producto o servicio pudiera no ser adecuado al nivel de conocimientos y experiencia declarado, y tras haber sido informado sobre la naturaleza y riesgos asociados al mismo, ha decidido, actuando



por cuenta propia, de forma libre e independiente, y con base a sus propias estimaciones contratar el producto/servicio".

O dicho de otro modo, en escasos ochos minutos, a la actora se le informa de su calificación como clienta, de que el producto suscrito no le resulta conveniente para su perfil, se le entrega una compleja y extensa información para que proceda a su atenta lectura, y decide además, de forma consciente y libre, suscribir el contrato, con un importante desembolso de 20.000 euros, y todo ello con la anuencia e interés del **Banco** en la comercialización del producto ofertado.

Desde una óptica de la valoración racional de la prueba nadie puede, en ese contexto, sostener que el **Banco** cumplió con su deber de informar, velando por los intereses de su clienta, y que ésta adquiriese o pudiera racionalmente adquirir el conocimiento real de los productos que suscribió y de las consecuencias para su economía.

En definitiva, las circunstancias temporales expuestas acreditan que la facilitación de dicha información, determinante de la obtención de un consentimiento contractual válido, concorde con la asimetría existente entre la entidad financiera y la clienta bancaria, así como con la naturaleza de los productos complejos ofertados, se convirtió en un mero trámite formal, sin constituir manifestación real y efectiva del deber precontractual de informar que, a la entidad financiera demandada, le impone el ordenamiento jurídico.

Por su parte, el contrato de canje lleva fecha 2 de mayo de 2012, aparece suscrito a las 11.54 horas. Se le entrega folleto "Resumen explicativo de condiciones de emisión de **bonos** subordinados obligatoriamente **convertibles** II/2012, **Banco Popular** - cuya letra no puede ser más pequeña, teniendo el Tribunal grandes dificultades para proceder a su lectura (f 235 y ss)- el mismo día 2 de mayo de 2012, sin que conste en esta ocasión la hora.

Nuevo documento de 2 de mayo de 2012 del **Banco**, firmado por la actora, en que se lee: "Con anterioridad a su contratación, me ha sido entregado un ejemplar completo de la información relativa a la naturaleza de los **Bonos** Subordinados Obligatoriamente **Convertibles** y sus riesgos inherentes. Dicha información me resulta comprensible y es suficiente para permitirme adoptar una decisión de inversión consciente y fundada", no consta hora.

Y de nuevo, documento de 2 de mayo de 2012, a las 11.54 horas, en el que consta que: "El cliente manifiesta que pese a haber sido informado de que, en base a lo declarado a la Entidad, ésta estima que el producto o servicio pudiera no ser adecuado al nivel de conocimientos y experiencia declarado, y tras haber sido informado sobre la naturaleza y riesgos asociados al mismo, ha decidido, actuando por cuenta propia, de forma libre e independiente, y con base a sus propias estimaciones contrata el producto/servicio".

En esta ocasión no se aporta test de conveniencia.

Las mismas consideraciones llevadas a efecto con respecto al contrato de adquisición de **bonos** de 2009, antes analizado, son extrapolables a la contratación de 2 de mayo de 2012.

Las circunstancias temporales expuestas no son inocuas, sino que adquieren especial valor, dado que, como ha declarado la jurisprudencia comunitaria, por ejemplo, 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 aplicables a estos supuestos, 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. Con cita de tal resolución, y aplicación de la mentada doctrina, la STS 769/2014, de 12 de enero de 2015 .

Incide de nuevo en la necesidad de que la información facilitada deba hacerse "con suficiente antelación para que la información pueda ser examinada con el necesario detalle y comprendida", la STS 26/2016, de 4 de febrero .

Por otro lado, no cabe que la entidad demandada se ampare en la entrega de la precitada documentación sobre características y riesgos, cuando, como ha declarado también nuestro más Alto Tribunal, en las sentencias 244/2013, de 18 de abril , 769/2014, de 12 de enero de 2015 y 27/2016, de 4 de febrero , entre otras, "la obligación de información que establece la normativa legal del mercado de valores a las entidades financieras es una obligación activa, no de mera disponibilidad. . . La parte obligada a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir la información correcta debió haberse asesorado por un tercero y que al no hacerlo, no observó la necesaria diligencia".

La jurisprudencia ha establecido, por ejemplo en la STS 769/2014, de 12 de enero de 2015 , con respecto a las menciones sobre el cumplimiento del deber de informar o de de constancia de los riesgos reales de



los contratos, así como de sus condiciones, que son "menciones predisuestas por la entidad bancaria, que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento que se revelan como fórmulas predisuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos, como ya se manifestó al respecto la STS 244/2013, de 18 abril".

En el mismo sentido SSTS 222/2015, de 29 de abril , 265/2015, de 22 de abril , 651/2015, de 20 de noviembre , entre otras.

Más recientemente, se expresa de la misma forma la STS 26/2016, de 4 de febrero , cuando sostiene que: "La normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si para cumplir con estas exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predisuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarara disponer de la información necesaria, tener experiencia y entender el riesgo".

En definitiva, no podemos aceptar que la simple firma de una documentación bancaria sea prueba del cumplimiento del deber de informar y de la inexistencia de error, pues tal conclusión es contraria al principio de la sana crítica. Bastaría entonces la inclusión de tales cláusulas para liberarse el **Banco** del deber de informar, lo que no es de recibo. Ninguna prueba propuso al respecto la entidad demandada, pues sus empleados, que declararon en el acto del juicio, no intervinieron en la negociación de los **bonos** con la actora, ni asumieron la obligación de informarla.

CUARTO: Sobre los requisitos relativos a la apreciación del error como vicio del consentimiento.-

Se recogen dichos requisitos en los arts. 1265 y 1266 del CC , cuya concurrencia determina la operatividad del error invalidante alegado.-

4.1 El error como vicio del consentimiento.-

Se da el error vicio del consentimiento, cuando la voluntad del contratante se ha formado a partir de una creencia inexacta - SSTS 114/1985, de 18 de febrero , 295/1994, de 29 de marzo , 756/1996, de 28 de septiembre , 434/1997, de 21 de mayo , 695/2010, de 12 de noviembre , 683/2012, de 21 de noviembre entre otras muchas-. Es decir, cuando la representación mental que hubiera servido de presupuesto para la celebración del contrato fue equivocada o errónea.

Igualmente para que quepa hablar de error jurídicamente relevante es necesario que la representación equivocada merezca la consideración de tal. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura, no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias (SSTS de 29 de octubre de 2013 y 769/2014, de 12 de enero de 2015 entre otras).

En definitiva, como han señalado las más recientes SSTS de 840/2013, de 20 de enero de 2014 , del Pleno, cuya doctrina se reitera en la 769/2014, de 12 de enero de 2015 , con cita de otras anteriores, 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.

4.2 Los requisitos del error.-

La existencia del error está condicionada a la concurrencia de una serie de requisitos que le otorgan eficacia jurídica anulatoria, cuya finalidad no es otra que garantizar la estabilidad de los contratos ("pacta sunt servanda"), al tiempo de dar protección a la contraparte que confió de buena fe en la validez del contrato suscrito (principio de confianza). En definitiva, la seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos - STS de 15 de febrero de 1977 -.

Dispone el artículo 1266 del Código Civil que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo. Ha de tratarse pues de un error esencial y excusable, de modo tal que, cuando concurren tales requisitos, pueda realizarse una legítima transferencia del error de la persona que lo sufre a la otra parte contratante, provocando su anulabilidad y restitución ordenada de prestaciones.

4.3 El error sustancial o esencial.-

El error es sustancial cuando "la cosa carezca de algunas condiciones que se le atribuyen, y precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio atendida la finalidad de éste" (SSTS 17 de julio de 2006 , 695/2010, de 12 de noviembre , 683/2012, de 21 de noviembre de 2012 y 6 de junio de 2013 en recurso 2039/2010 entre otras).

También cabe enfocar tal requisito desde una perspectiva causal, en el sentido de que el error padecido fue decisivo a la hora de comprometerse contractualmente. Y así la STS de 29 de octubre de 2013 , proclama que



el error debe "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", en el mismo sentido SSTs 215/2013, de 8 abril y 769/2014, de 12 de enero de 2015 .

4.4 La excusabilidad del error: su imputabilidad y apreciación ponderada con el deber precontractual de información.-

El otro requisito es el de la excusabilidad del error. Pese a que no se menciona expresamente en el mentado art. 1266 del CC , cabe deducirlo, como hace doctrina y jurisprudencia, de los llamados principios de autorresponsabilidad y de buena fe, este último consagrado los arts. 7 y 1258 del CC .

La inexcusabilidad del error habrá de ser apreciada ponderando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso sometido a consideración judicial. En definitiva, la función de este requisito radica en impedir que el ordenamiento proteja a quien alega un error que le resulta imputable por su falta de diligencia exigible, perjudicando a la contraparte, que debe ser prioritariamente amparada, por la confianza infundida por la declaración contractual efectuada.

En este sentido, reiterada jurisprudencia exige que el error sea excusable; es decir, que no se pueda atribuir a negligencia de la parte que lo alega; o dicho de otro modo, que no pueda ser superado mediante el comportamiento civiliter de emplear una diligencia media en atención a las circunstancias de la persona y lugar (SSTs de 14 y 18 febrero 1994 , 6 noviembre 1996 , 30 septiembre 1999 , 12 de julio de 2002 , 24 enero 2003 , 12 de noviembre de 2004 y más recientemente 4 de octubre de 2012 entre otras).

En la apreciación de tal requisito hoy en día alcanzan especial valor los denominados deberes precontractuales de información, de clara finalidad tuitiva o protectora, a los efectos de facilitar el conocimiento real de lo que efectivamente se está contratando, y posibilitar de esta manera la formación de un consentimiento válido sobre el que construir el carácter vinculante de los contratos.

La STS 384/2014, de 7 de julio , proclama que: "Según se declaró en la STS nº 840/2013 , la habitual desproporción que existe entre la entidad que comercializa servicios financieros y los clientes, derivada de la asimetría informativa sobre productos financieros complejos, es lo que ha determinado la necesidad de una normativa específica protectora del inversor no experimentado, que tiene su último fundamento en el principio de la buena fe negocial, a la que ya se había referido esta Sala en la STS nº 244/2013, también del Pleno, de 18 de abril de 2013, recurso nº 1979/2011 ..." y sigue razonando: "Conforme a esta línea jurisprudencial, el cliente debe ser informado por el **banco**, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa, como una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe que se contienen en el artículo 7 CC , y para el cumplimiento de ese deber de información no basta con que esta sea imparcial, clara y no engañosa, sino que deberá incluir de manera comprensible información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión y también orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias (art. 79 bis LMV, apartados 2 y 3 ; art. 64 RD 217/2008)".

La naturaleza de determinados negocios jurídicos, máxime cuando se trata de productos financieros complejos y de riesgo, como son los **bonos convertibles** litigiosos, exige que el cliente bancario disponga de una información relevante y completa para formar una voluntad convencional consciente y libre. Estos deberes de información, ya sean legales o provenientes de la buena fe objetiva, tienen, como no puede ser de otra forma, una influencia decisiva a la hora de apreciar la imputabilidad del error (confianza provocada).

En consecuencia, la excusabilidad del error habrá de ser apreciada, ponderando la posición prevalente de quien cuenta con la información oportuna para ofertar tales productos contractuales en el tráfico jurídico, con respecto a quien carece de dichos conocimientos, ocupando una posición debilitada, que le hace acreedor a una indiscutible protección jurídica, que le garantice un real y equitativo equilibrio contractual; máxime cuando tales situaciones se desenvuelven en una atmosfera de confianza, depositada en quien se encuentra -como son las entidades financieras- legalmente obligadas a actuar, con objetividad y transparencia, no ofertando productos de elevado riesgo y complejidad, que sean inadecuados al perfil del consumidor contratante.

Ello implica que la diligencia contractual exigible a las entidades bancarias consista en ser especialmente celosas en sus deberes de información y leales gestoras de los intereses ajenos, cerciorándose de que el consumidor quiere de forma consciente transmutar la finalidad de sus ahorros en productos financieros, susceptibles de generarles una rentabilidad mayor, pero también con el riesgo de la pérdida total o más que significativa del capital destinado a su adquisición.

Es precisamente en situaciones como las expuestas en las cuales, tanto el Legislador comunitario como el nacional, en atención a principios de transparencia en el mercado y protección de la parte más débil, les



interesa que los contratantes alcancen especial conocimiento de las obligaciones y riesgos que asumen, pretendiendo equilibrar situaciones de verdadera asimetría convencional.

En el contexto expuesto, la determinación de la excusabilidad del error se encuentra anudada al comportamiento contractual de la contraparte, lo que puede dar lugar a estas tres situaciones, en las que cabe calificar dicho vicio de consentimiento como disculpable, y, por lo tanto, no imputable a quien lo padeció:

Primera, cuando el error es provocado por hecho propio del otro contratante o por la concurrencia de dolo por su parte;

Segundo, cuando quien no actuó con tal vicio del consentimiento conocía o pudo fácilmente conocer que el otro contratante actuaba equivocadamente, en cuyo caso el comportamiento civiliter exigía rescatarle de la situación en que se encontraba, conforme a elementales deberes de buena fe (art. 1258 del CC);

O tercero, cuando estaba legalmente obligada a suministrarle determinada información y no lo hace o se la presta de forma inadecuada, al margen de las exigencias requeridas, provocando con ello el error en la otra parte contratante.

En efecto, para medir la excusabilidad del error el Tribunal Supremo no se fija únicamente en el contratante que lo sufrió, sino también en el comportamiento de la contraparte. En este sentido, la STS de 4 de enero de 1982 , cuya doctrina es seguida por la de 22 de mayo de 2006 , señala "valorando las respectivas conductas según el principio de la buena fe (art. 1258) pues si el adquirente tiene el deber de informarse, el mismo principio de responsabilidad negocial le impone al enajenante el deber de informar"; por eso la STS de 14 de febrero de 1994 exige tener en cuenta "la condición de las personas, no sólo del que lo invoca, sino de la otra parte contratante, cuando el error pueda ser debido a la confianza provocada por las afirmaciones o la conducta de ésta".

Se alude, en estos casos, a un deber de advertir a cargo de la entidad demandada, que está tipificado en la legislación tuitiva del cliente bancario.

La STS de 26 de septiembre de 1996 aprecia el error inducido por la conducta del otro contratante "que no es necesario que sea constitutiva de dolo o culpa para que sea tenida en cuenta a estos efectos".

En otras ocasiones se reputó excusable el error cuando quien lo padece no es un profesional experto (SSTS de 4 de enero de 1982 , 14 y 18 de febrero de 1994 , 1 de julio de 1995 entre otras), máxime dada la complejidad de los contratos que nos ocupan.

En este sentido, la STS 769/2014, de 12 de enero de 2015 , precisa que la diligencia exigible, para valorar la excusabilidad del error, se aprecia "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".

Se aprecia, en definitiva, error excusable en casos en los que existe una gran asimetría en el conocimiento de los hechos por una y otra parte, o cuando se ha inducido de alguna forma a error a quien impugna el contrato (SSTS de 14 de junio de 1943 , 26 de octubre de 1981 , 23 de noviembre de 1989 , 14 de febrero de 1993 , 14 de febrero de 1994 , 18 de febrero de 1994 , 28 de septiembre de 1996 y 6 de febrero de 1998).

Más recientemente, la STS nº 840/2013, de 20 de enero de 2014, del Pleno de la Sala 1ª señala 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".

Por su parte, la STS de 29 de octubre de 2013 , admite que un defecto de información puede causar error en la formación de la voluntad de quien la necesitaba, derivado de que "el genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de proporcionar a la otra parte información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran (...) los concretos riesgos que comporta el producto financiero que se pretende contratar» (SSTS 840/2013, de 20 de enero de 2014 , 458/2014, de 8 de septiembre y 60/2016, de 12 de febrero).



La precitada sentencia del Pleno de la Sala 1ª de 20 de enero de 2014, señala que "la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente".

Es decir, que el propio Tribunal Supremo, en una sentencia del Pleno, nos está diciendo que una información inadecuada permite a un minorista incurrir en un error esencial y excusable. Y más recientemente, las SSTS 384/2014, de 7 de julio, y 53/2016, de 11 de febrero refrendan tal doctrina.

En el presente caso, el error se aprecia, en la medida en que no ha quedado probado que el cliente, que no es inversor profesional, recibiera esta información clara y completa sobre los concretos riesgos, que es carga de la prueba de la entidad demandada (STS 53/2016, de 11 de febrero).

4.5 Valoración del Tribunal en atención a las circunstancias concurrentes.-

Cuando se concertaron los contratos litigiosos cuya nulidad se solicita, las "normas de conducta para la prestación de servicios de inversión a clientes" del art. 19 de la Directiva MiFID ya habían sido traspuestas al Derecho interno por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que introdujo el contenido de los arts. 78 y siguientes LMV. También había entrado en vigor el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero (en lo sucesivo, RD 217/2008), sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, que desarrolla esta regulación.

El art. 79 bis LMV regula los deberes de información que recaen sobre las entidades financieras que presten estos servicios de inversión. Estos deberes no se reducen a que la información dirigida a sus clientes sea imparcial, clara y no engañosa (apartado 2), sino que además deben proporcionarles, «de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión», que «deberá incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias» (apartado 3).

El art. 64 RD 217/2008 regula con mayor detalle este deber de información sobre los instrumentos financieros y especifica que la entidad financiera debe «proporcionar a sus clientes (...) una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional». Y aclara que esta descripción debe «incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas».

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

- » a) Los riesgos conexos a ese tipo de instrumento financiero, incluida una explicación del apalancamiento y de sus efectos, y el riesgo de pérdida total de la inversión.
- » b) La volatilidad del precio de ese tipo de instrumento financiero y cualquier limitación del mercado, o mercados, en que pueda negociarse.
- » c) La posibilidad de que el inversor, asuma, además del coste de adquisición del instrumento financiero en cuestión, compromisos financieros y otras obligaciones adicionales, incluidas posibles responsabilidades legales, como consecuencia de la realización de transacciones sobre ese instrumento financiero.
- » d) Cualquier margen obligatorio que se hubiera establecido u otra obligación similar aplicable a ese tipo de instrumento».

Además, las entidades financieras deben valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad.

Establece el apartado 7 del art. 79 bis LMV que la entidad financiera debe realizar al cliente un test de conveniencia cuando se prestan servicios que no conllevan asesoramiento. Se entiende por tales, los casos en que el prestatario del servicio opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada.

En definitiva, apreciamos que no se dio a las actora la información adecuada con las precitadas exigencias legales, no se les advirtió de forma debida sobre los riesgos reales de los productos adquiridos, la documentación facilitada lo fue sin el tiempo mínimo suficiente para su estudio y reflexión, remitiéndonos para ello a todo el contenido argumental expuestos.



Por todo ello, como sostienen las SSTS 53/2016 y 840/2013, de 20 de enero de 2014, «la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente».

QUINTO: Sobre la supuesta extinción de la acción de nulidad por confirmación.-

Tampoco podemos aceptar este causal de apelación. La confirmación expresa o tácita debe realizarse después de que hubiera cesado la causa que motiva la impugnabilidad y con conocimiento de ésta (STS 689/2015, de 16 de diciembre), lo que no ocurre en este caso.

Según explican las SSTS 769/2014, de 12 de enero de 2015 y 535/2015, de 15 de octubre : «la confirmación del contrato anulable es la manifestación de voluntad de la parte a quien compete el derecho a impugnar, hecha expresa o tácitamente después de cesada la causa que motiva la impugnabilidad y con conocimiento de ésta, por la cual se extingue aquel derecho purificándose el negocio anulable de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración».

Ahora bien en este caso no concurre el requisito del conocimiento y cese de la causa de nulidad que exige el art. 1311 del Código Civil .

SEXTO: Sobre la imposición de las costas procesales.-

Las costas se rigen por el criterio del vencimiento objetivo que imponen los arts. 394 y 398 de la LEC .

FALLAMOS

Con estimación del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, y desestimación de la impugnación formulada por la demandada, debemos revocar y revocamos la sentencia apelada, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Ferrol, y, en su lugar pronunciamos otra, por mor de la cual estimando la demanda formulada por D^a Frida , decretamos la nulidad del contrato de suscripción de **bonos** subordinados necesariamente canjeables en acciones V.2013 ISIN ES0370412001 de fecha 5 de octubre de 2009, por un valor de 20.000 euros, con el hoy **BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A.**, así como la nulidad del contrato de fecha 2 de mayo de 2012 de suscripción de **bonos** de obligaciones subordinadas **convertibles Popular V.11-15** ISIN ES0313790059, por el mismo importe, con la correlativa restitución recíproca de prestaciones, con sus intereses legales en uno y otro caso, todo ello con expresa condena en costas de primera instancia, sin imposición de las costas de la alzada correspondientes a dicho recurso.

Que debemos desestimar y desestimamos la impugnación al recurso de apelación formulado por la entidad financiera demandada, con imposición de las costas de la alzada.

Se decreta devolución del depósito constituido por la actora y la pérdida del relativo a la impugnación.

Contra esta resolución cabe recurso de casación por interés casacional, y, en su caso, extraordinario por infracción procesal, a interponer en el plazo de veinte días ante este Tribunal para la Sala 1^a del Tribunal Supremo.

Y al Juzgado de procedencia, líbrese la certificación correspondiente con devolución de los autos que remitió.

Así por esta sentencia de la que se llevará certificación al rollo de apelación civil, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior resolución por los Ilmos. Srs. Magistrados que la firman y leída en el mismo día de su fecha, de lo que yo Secretario doy fe.