



Roj: **SAP BI 1/2015 - ECLI:ES:APBI:2015:1**

Id Cendoj: **48020370052015100001**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Bilbao**

Sección: **5**

Fecha: **10/02/2015**

Nº de Recurso: **311/2014**

Nº de Resolución: **21/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **LEONOR ANGELES CUENCA GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA - SECCIÓN QUINTA BIZKAIKO PROBINTZIA AUZITEGIA - BOSGARREN SEKZIOA

BARROETA ALDAMAR 10-3ª planta - C.P./PK: 48001

Tel.: 94-4016666

Fax / Faxes: 94-4016992

N.I.G. P.V. / IZO EAE: 48.02.2-13/008082

N.I.G. CGPJ / IZO BJKN :48.013.42.1-2013/0008082

A.p.ordinario L2 311/2014

O.Judicial origen / Jatorriko Epaitegia : Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Barakaldo / Barakaldoko Lehen Auzialdiko 4 zk.ko Epaitegia

Autos de Procedimiento ordinario 1031/2013(e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: Vanesa y Ángel Daniel **Procurador/a / Prokuradorea**: BELEN MARIA CAMPANO MURO y BELEN MARIA CAMPANO MURO **Abogado/a / Abokatua**: IKER FERNANDEZ PUJADAS y IKER FERNANDEZ PUJADAS

Recurrido/a / Errekurritua : BANCO SANTANDER S.A.

Procurador/a / Prokuradorea: JESUS FUENTE LAVIN

Abogado/a / Abokatua: DAVID FERNANDEZ DE RETANA GOROSTIZAGOIZA

SENTENCIA Nº: 21/2015

ILMAS. SRAS.

Dña. **MARÍA ELISABETH HUERTA SÁNCHEZ**

Dña. **LEONOR CUENCA GARCÍA**

Dña. **MAGDALENA GARCÍA LARRAGAN**

En BILBAO, a diez de febrero de dos mil quince.

En nombre de S.M. el Rey, por la autoridad que le concede la Constitución. Vistos por la Sección 5ª de esta Audiencia Provincial en grado de apelación, los presentes autos de **JUICIO ORDINARIO Nº 1031/13** seguidos en primera instancia ante el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Barakaldo y del que son partes como demandante **Vanesa Y Ángel Daniel** , representados por la Procuradora Sra. Campano Muro y dirigidos por el Letrado Sr. Fernández Pujadas y como demandada **BANCO SANTANDER, S.A.** , representada por el Procurador Sr. Fuente Lavín y dirigida por el Letrado Sr. Caramés Puente, siendo Ponente en esta instancia la Ilma. Sra. Magistrada Dª LEONOR CUENCA GARCÍA.



ANTECEDENTES DE HECHO

Se dan por reproducidos los antecedentes de la sentencia apelada.

PRIMERO.- Por el Juzgador de primera instancia se dictó con fecha de 4 de julio de 2014 sentencia cuya parte dispositiva dice literalmente:

" DESESTIMO la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Campano Muro en nombre de DOÑA Vanesa y DON Ángel Daniel frente a BANCO SANTANDER S.A., ABSOLVIENDO a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra.

Se condena en costas a la parte demandante. "

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación de Vanesa y Ángel Daniel y admitido dicho recurso en ambos efectos se elevaron los autos a esta Audiencia, previa su tramitación y emplazamiento de las partes.

TERCERO.- Seguido este recurso por sus trámites se señaló el día 27 de enero de 2015 para su votación y fallo.

CUARTO.- En la tramitación de estos autos en ambas instancias, se han observado las formalidades y términos legales, haciéndose constar que la duración de la grabación del Cd correspondiente al trámite de audiencia previa es la de 11 minutos y 33 segundos y la del del acto de juicio es la de 49 minutos y 42 segundos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte apelante, demandantes en la instancia, interesa la revocación de la resolución recurrida y que en su lugar se dicte otra por la que, tras una adecuada valoración de la prueba practicada y aplicación del derecho, se estime su demanda y se declare la nulidad de los contratos de suscripción de Valores Santander concertados, entre las partes en litigio, el día 16 de setiembre de 2009, con todas las consecuencias a ello inherentes, y en concreto, con la devolución de las cantidades en ellos invertidas (más los intereses legales desde la fecha de la contratación.

Y ello por entender que frente a lo considerado en la sentencia de instancia, de lo actuado se evidencia que se ha dado un incumplimiento de la normativa legal reguladora del deber de información o una situación de error como vicio del consentimiento determinante de nulidad, ya que:

a.- El perfil del inversor (Test Mifid).

Así resulta que el matrimonio actor, que no olvidemos son **consumidores**, son unas personas de edad avanzada, 78 y 79 años, sin formación específica para comprender un producto como el de autos, no siendo clientes de la oficina de la demandada a la que acuden por primera vez el día de la contratación y sin más vinculación con el Banco Santander que la de ser titulares de unas acciones, lo que es de todo punto insuficiente y debió a llevar al personal de la demandada a extremar las precauciones en cuanto al cumplimiento del deber de información, comprobando los datos que dice el director le facilitaron los mismos sobre su perfil inversor, debiendo haber sido más exhaustivo a la vez que se debió emplear el tiempo preciso en la explicación del producto.

Es más el estricto cumplimiento del test de conveniencia, ciertamente realizado, aunque con datos erróneos (no es cierto que hayan operado sobre otros instrumentos financieros..) y con el resultado de no estar ante un producto adecuado al perfil inversor de los actores, no le exonera de responsabilidad a la demandada, cuando no se demuestra el cumplimiento de sus deberes de información.

Es más, en nuestro caso, el error se aprecia de forma clara, en la medida en que la demandada no ha acreditado haber proporcionado la referida información concreta y explicada sobre los riesgos de la contratación de un producto tan complejo y de riesgo tan elevado

b.- el producto adquirido: Valores Santander.

En discrepancia con la sentencia de instancia, tras valorar la prueba, debe considerarse que se trata de un producto complejo (bonos convertibles en acciones), como lo califica la CNMV conforme a la normativa vigente en el momento de su colocación en el año 2007, pensemos que este producto era inicialmente renta fija, para convertirse al final en renta variable, con la incidencia que ello tiene en el orden de prelación de acreedores.

Este producto en los manuales del Banco se califica como " ROJO" al no garantizar la recuperación del capital invertido al vencimiento.

c.- la información facilitada.



No consta que se les facilitara la información adecuada, pues si nos atenemos a la declaración del Director de la oficina, estuvieron reunidos una hora, tiempo en el que para quienes no eran clientes, se dice se les informa, se mira su vinculación con el Banco, se les hacen los test de conveniencia, se cursan las órdenes de compra, y se firma el contrato-tipo de depósito y administración de valores ..., sin que se acredite que se les diera folleto alguno del producto, careciendo de validez la cláusula de estilo que al respecto suele existir, o se les advirtiera del riesgo de la pérdida del capital invertido al vencimiento, no pudiendo hacerse equiparar la situación como equivalente a la situación de una compra de acciones.

SEGUNDO.- Con carácter previo al análisis de lo ajustado a derecho o no de la sentencia de instancia cuando desestima la demanda, debe realizarse una consideración acerca del significado del ámbito del recurso de apelación.

Esta Sala en su sentencia de 28 de enero de 2015 con cita de anteriores resoluciones ha declarado lo siguiente:

" El deber de congruencia que obliga a los Tribunales en el dictado de sus resoluciones, como establece el art. 216 y el art. 218 LECn ., no solo afecta al debate en la instancia sino también en la alzada en el ámbito del recurso de apelación, habiendo declarado esta Sala sobre esta cuestión en reiteradas resoluciones (S. 18 de mayo de 2004 y 17 y 25 de febrero y 6 y 12 de mayo de 2005, 18 de octubre de 2006, 16 de enero de 2007, 4 de mayo de 2011, 15 de octubre de 2013 y 17 de junio de 2014, entre otras), lo siguiente, siguiendo la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sala Primera que, entre otras, en su sentencia de 17 de Julio de 2001 reflexionaba al respecto:

" como dijo el Tribunal Constitucional en su sentencia 152/1998, de 13 de julio , el recurso de apelación confiere plenas facultades al órgano judicial ad quem para resolver cuantas cuestiones se le planteen de hecho o de derecho, por tratarse de un recurso ordinario que permite un "novum indicium"; esta Sala, en sentencia de 15 de julio de 1998 dijo: La segunda instancia es una fase procesal que permite un nuevo examen completo de la cuestión litigiosa y una revisión de la sentencia dictada; la apelación se extiende a todo el objeto de la primera instancia: así se expresan literalmente las sentencias de esta Sala de 25 de noviembre de 1997, fundamento 1º, y de 5 de mayo de 1997, fundamento 3º, primer párrafo, reiterando lo ya expresado por las sentencias de 7 de junio de 1996 y 24 de enero de 1997, lo que había sido mantenido también por la sentencia del Tribunal Constitucional 3/1996, de 15 de enero. E insiste la de 28 de marzo del 2000: el recurso de apelación es un recurso devolutivo utilizado contra sentencias definitivas con la finalidad de su sustitución por entender la parte recurrente un error en el juicio."

Así mismo, la competencia del Tribunal de apelación, dado el alcance que tiene la segunda instancia en la L.E.C. (carácter devolutivo del recurso de apelación), le coloca en una posición frente a los litigantes que ha de ser la misma que ocupó el Juez de la instancia en el momento de decidir, sin que esté autorizado para separarse de los términos en los que el debate se desarrolló, debiendo conocer íntegramente sobre la cuestión resuelta en la instancia, con plenitud de jurisdicción o de conocimiento, y pudiendo, por tanto, siempre con respeto al principio de congruencia (actual art. 218 LECn y art. 11 L.O.P.J.), revocar, adicionar, suplir o enmendar las sentencias recurridas, eso sí, con el único límite adoptado por las partes en el recurso, respecto de aquellas cuestiones litigiosas que hayan devenido firmes por allanamiento de las partes o conformidad, respecto de las cuales la sentencia ha devenido firme y ha adquirido la autoridad de cosa juzgada (T.S. 1ª S. 7 de Febrero y 14 de Marzo de 1.995; 30 de Diciembre de 1.994, entre otras). Criterio éste que se ve avalado en la nueva LEC de 7 de Enero de 2001, en su art. 456 nº 1 LEC.

Si esto es así, ello supone que el Tribunal deberá respetar al igual que el Juzgador de instancia, los términos del debate planteado entre las partes, los cuales se fijan en los escritos fundamentales del proceso, esto es, y para un proceso como el presente, juicio de ordinario, los de demanda y contestación, sin que quepa, por tanto, plantear extemporáneamente cuestiones no suscitadas en ellos, puesto que producen indefensión y violan el principio de preclusión procesal, y que como tal implican cuestiones nuevas a ser desestimadas sin más. Desde esta premisa el Juzgador o el Tribunal se siente vinculado, no por los fundamentos de Derecho que alegan las partes (iura novit curia; dabo mihi factum dabo tibi ius), no produciéndose incongruencia por el cambio del punto de vista respecto del mantenido por los interesados, sino por el respeto a la causa petendi, y a los hechos fijados en aquellos escritos, que son los únicos elementos que pertenecen a la exclusiva disposición de las partes, si bien con la facultad del Juzgador de fijarlos de modo definitivo según el resultado de las pruebas (T.S. 1ª 23 de Enero de 1.996; 18 de Abril, 10 y 25 de Mayo, 24 de Octubre y 28 de Noviembre de 1.995, y 15 de Junio de 2004, entre otras).

El Tribunal Supremo, Sala Primera, en su sentencia de 20 de marzo de 2013 al reflexionar sobre el alcance del planteamiento de cuestiones nuevas en el recurso de casación, considera en doctrina aplicable al recurso de apelación, que ello no es posible debiendo ser desestimadas sin más, declarando al respecto lo siguiente:



" A) Constituye doctrina reiterada (SSTS de 13 de julio de 2011, RC n.º 912/2007 ; 6 de mayo de 2011, RC n.º 2178/2007 ; 21 de septiembre de 2011, RC n.º 1244/2008 y 10 de octubre de 2011, RC n.º 1331/2008 , entre las más recientes) que no resulta admisible plantear en casación cuestiones nuevas, entendiéndose por tales tanto las que no fueron suscitadas por la parte recurrente en primera instancia como las que sí lo fueron pero no integraron el objeto del debate en apelación, y por tanto, quedaron fuera de la razón decisoria mencionada en la sentencia de la Audiencia Provincial objeto del presente recurso, ya que el recurso extraordinario de casación tiene por finalidad corregir las posibles infracciones legales en que hubiera podido incurrir la sentencia impugnada, que únicamente resultarán predicables respecto de aquellas cuestiones sobre las que se haya pronunciado por constituir objeto del recurso de apelación, además de que su examen *ex novo* [por vez primera] produciría indefensión en la parte contraria, que no ha dispuesto en la instancia de los argumentos y medios de prueba adecuados para combatir la cuestión ue se plantea por primera vez en casación, y se vería afectado el derecho de defensa y los principios de preclusión, audiencia bilateral, igualdad de partes y congruencia (SSTS de 28 de mayo de 2004, RC n.º 2171/1998 ; 3 de diciembre de 2009, RC n.º 2236/2005 ; 21 de julio de 2008, RC n.º 3705/2001 , 10 de mayo de 2011, RC n.º 1401/2007 y 10 de octubre de 2011, RC n.º 1331/2008).". En igual sentido las sentencias de 26 de junio y 14 de noviembre de 2012 .".

TERCERO.- Partiendo de la reflexión realizada en el fundamento de derecho precedente esta Sala entiende que, pese a las diversas acciones ejercitadas en la demanda y a las que da cumplida respuesta la resolución de instancia, debe estimarse, dado el contenido del escrito de interposición del recurso de apelación, que las que se reiteran en esta alzada lo son la de nulidad absoluta o nulidad radical por incumplimiento de la normativa en cuanto al deber de información y la de nulidad por vicio del consentimiento al entender que ha mediado error en su prestación al momento de la adquisición por los actores de los Valores Santander, el día 16 de septiembre de 2009.

Si ello es así, son varias las consideraciones previas a realizar: I.- *El producto y sus características.*

De la prueba documental que se aporta en el actual litigio, cabe inferir al respecto que:

1.-) En el marco de la oferta pública de adquisición de la totalidad de las acciones ordinarias de ABN Amro, formulada por BANCO SANTANDER junto con otras dos entidades, Royal Bank of Scotland y Fortis se procedió a la ampliación de su capital para financiar la adquisición de las acciones y se emitieron Valores Santander por valor nominal de 5.000 euros cada una de ellos y por un importe total de 7.000.000.000 Eur., en octubre de 2007.

2.-) Si no se adquiría ABN Amro, la amortización de los Valores se produciría el día 4 de octubre de 2008 con reembolso del nominal del Valor más la remuneración a un 7,30 % nominal anual (7,50% TAE)

3.-) Si se adquiría ABN Amro, como así se produjo, los Valores serían necesariamente canjeables por obligaciones necesariamente convertibles en acciones de nueva emisión; en ningún caso, se produciría el reembolso en metálico.

El canje de los Valores en obligaciones y la conversión de éstas en acciones se produciría simultáneamente. Para la conversión, la acción Santander se valorará al 116% de su cotización cuando se emitan las obligaciones convertibles.

El canje se produciría voluntariamente por el titular de los valores el día 4 de octubre de 2008, 2009, 2010, 2011 y, obligatoriamente, el día 4 de octubre de 2012.

4.-) La retribución al titular de los Valores se fijaba en un tipo de interés anual del 7,30 % hasta el día 4 de octubre de 2008 y, del Euribor más 2,75% a partir de esa fecha.

En atención a estas características, un sector de las Audiencias Provinciales estima que no se trata de un producto complejo:

.- La Audiencia Provincial de Ourense Sec. 1ª en su sentencia de 22 de septiembre de 2014 declara:

" Los valores convertibles no tenían el capital garantizado y su adquisición era económicamente similar a la compra de acciones ya que estaban llamados a convertirse automáticamente en acciones a una fecha determinada, retribuyéndose a un interés fijo hasta que se produjese la conversión. La esencia final del negocio era la adquisición de acciones y, con ello, el inversor estaba asumiendo un riesgo de volatilidad aunque atenuado por los intereses que a cambio recibía.

En todo caso, se trataba de un producto líquido, es decir podía ser vendido y adquirido en cualquier momento a precio de mercado al estar admitido a cotización en el Mercado Electrónico de Renta Fija de la Bolsa de Madrid, y tenían la solvencia del Banco Santander y la adicional de La Caixa respecto al 10 % del total de la emisión.



La complejidad de este producto no se encuentra en su funcionamiento sino, en su caso, en el hecho de que la emisión termina convirtiéndose en acciones del Banco Santander, sociedad cotizada que opera en bolsa, de manera que el carácter complejo, entendido como de riesgo, surge porque una vez asegurada la rentabilidad fija en el primer año y variable en los demás, lo que termina adquiriendo el inversor son acciones de la emisora, sin que pueda desconocer que el valor de la cotización de las acciones de cualquier mercantil está sometido a los riesgos de volatilidad del mercado.

En resumen, se trataba de un producto económicamente similar a la compra de acciones, por lo que el adquirente estaba asumiendo un riesgo de fluctuación atenuado por los intereses que recibía a cambio. Su único riesgo es la dependencia del valor del mercado de las acciones y el de la fecha de conversión de los valores en acciones."

La misma sentencia se pronuncia acerca de la valoración del producto como "rojo" "Entiende la parte actora que debía ser calificado como un producto rojo, complejo, de alto riesgo. Al respecto debe señalarse que la calificación de los Valores Santander como producto "amarillo" está contenida en la Nota de Valores registrada, aprobada y publicada por la CNMV y ha sido validada por la entidad pública supervisora. El Manual de Procedimientos para la comercialización a clientes minoristas de productos financieros (documento que recogía la clasificación de productos verdes, amarillos y rojos, de menor a mayor riesgo), aprobado en marzo de 2004, vigente al tiempo de comercializarse los Valores Santander, señala que son productos amarillos, entre otros, los valores de renta fija y las acciones ordinarias, siempre que sean objeto de colocación pública previa la verificación del correspondiente folleto, y que dichos productos podían destinarse a clientes de banca particulares en la medida en que los comerciales consideraran que sus características podían ajustarse al perfil de riesgo e inversión del cliente de que se tratara. Dentro de los productos rojos se encontraban los productos financieros que no garantizasen la recuperación del principal al vencimiento aunque garantizasen un cupón mínimo, y cualquiera que fuese, en su caso, el subyacente al que estuviesen vinculados. En este caso, la valoración realizada por el comercial a raíz de sus conversaciones y su conocimiento de los clientes, a los que conocía desde hacía tiempo, le condujo a una conclusión positiva sobre la comercialización del producto. No era un producto excesivamente complejo, pues si la condición de éxito de la OPA no se cumplía, se trataba simplemente de un producto de renta fija, con vencimiento a un año y una elevada rentabilidad, y si la condición se cumplía, se trataba de la adquisición de obligaciones necesariamente convertibles en acciones, con fijación anticipada del valor de esa acción, estableciéndose además a favor del cliente una remuneración en forma de intereses, por lo que sólo suponía una adquisición de valores aplazada en el tiempo, con el riesgo inherente a la volatilidad del valor de las acciones, mitigada con la remuneración de los intereses. En el tríptico además se exponían dos ejemplos técnicos de rentabilidad, uno con rentabilidad positiva y, otro, con rentabilidad negativa. En el folleto informativo se indica que se calificó internamente el producto como "producto amarillo", siendo éstos "aquéllos cuyo nivel de riesgo y complejidad se considera de tipo medio", recogiendo tal calificación también en las propias órdenes de compra, por lo que no puede considerarse un producto complejo, como mantienen las actoras, en cuanto a la comprensión de su funcionamiento y la consecuencia final de su conversión en acciones, si no han operado las conversiones voluntarias previas, con el riesgo implícito que esta conversión y la entrada en el mercado bursátil siempre conlleva, habiendo sido calificado por la CNMV como un producto de riesgo y complejidad medios."

- La Audiencia Provincial de Baleares (Secc. 5ª) en su sentencia de 11 de febrero de 2014, al referirse al producto litigioso, niega su carácter complejo y destacando que el riesgo es la dependencia del valor de mercado de las acciones y el de la fecha de conversión de valores en acciones. En el mismo sentido la sentencia de la AP Cáceres (Secc. 1ª) 12-2-2014 dice que la complejidad del producto no se encuentra en su funcionamiento, sino en el hecho de que la emisión, de alguna manera, termina convirtiéndose en acciones del Santander, de manera que el carácter complejo o de riesgo surge porque, una vez asegurada una rentabilidad fija en el primer año y variable en los demás, lo que termina adquiriendo el suscriptor son acciones de la mercantil emisora, sin que pueda desconocerse que el valor de cotización de las acciones está sometido a los riesgos de volatilidad del mercado. Y así también, la SAP Asturias (Secc. 7ª) 27-3 y 4-4-2014 entienden que no se trata de un producto que conllevara un riesgo sensiblemente más elevado que el de las acciones propias del Banco Santander. Y la reciente sentencia de la AP Ourense (Secc. 1ª) 22-9-2014 indica que los valores convertibles no tenían el capital garantizado y su adquisición era económicamente similar a la compra de acciones, ya que estaban llamados a convertirse automáticamente en acciones a una fecha determinada, de manera que, siendo la esencia final del negocio la adquisición de acciones, el inversor estaba asumiendo un riesgo de volatilidad, aunque atenuado por los intereses que recibía a cambio, y concluye que no puede considerarse un producto complejo de alto riesgo.

- En igual sentido la Audiencia Provincial de Córdoba, Sec. 1ª en su sentencia de 5 de enero de 2015 y las en ella citadas:



" En este sentido, la inmensa mayoría de Órganos Judiciales que ha analizado el tema coinciden en afirmar que los Valores Santander no tienen más complejidad ni conllevan un riesgo superior al de cualquier inversión en bolsa, y en tal sentido se pronuncian, por ejemplo, la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7ª, en Sentencia de 27.03.2014, recurso 263/2013 , o la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 4ª, en Sentencia de 14.05.2014 . "

Por el contrario, se ha de reconocer que para otras Audiencias, estamos ante un producto complejo, así la Audiencia Provincial de Jaén, Sec. 1ª en su sentencia de 26 de diciembre de 2014 y la Audiencia Provincial de Gipuzkoa, Sec.ª en su sentencia de 19 de diciembre de 2014 en la que al respecto, con ciertas matizaciones, declara

" CUARTO.- CARACTERES DE PRODUCTO:

A la vista de lo anterior también ha de enunciarse la notas que caracterizan a dicho producto, en que bajo de la denominación de " Valores Santander " se integran lo que son bonos convertibles en acciones y que son un producto financiero complejo, un híbrido entre los bonos simples (renta fija) y las acciones (renta variable).

En este punto, en la sentencia de la A.P. de Asturias de 29 de octubre de 2.014 se expone en relación a este mismo producto Valores Santander , además, de que es un producto híbrido conforme a lo anteriormente expuesto que: "La Sentencia de la Sección 5ª de ésta Audiencia Provincial de Asturias, de 15 de marzo de 2.013 , dice que las obligaciones subordinadas constituyen una mutación o alteración del régimen común de las obligaciones, que obedece al exclusivo propósito de fortalecer los recursos propios de las entidades de crédito y muy especialmente de las Cajas de Ahorros, caracterizándose porque en caso de quiebra o liquidación de la entidad de crédito tales obligaciones-préstamos ocupan un rango inferior a los créditos de todos los demás acreedores y no se reembolsarán hasta que se hayan pagado todas las deudas vigentes en ese momento, constituyendo unos de sus requisitos el que dichos fondos deben tener un vencimiento inicial de al menos 5 años, tras dicho período podrán ser objeto de reembolso, así como que las autoridades competentes podrán autorizar el reembolso anticipado de tales fondos siempre que la solicitud proceda del emisor y la solvencia de la entidad de crédito no se vea afectada por ello.

La idea fundamental desde el punto de vista jurídico reside en que la entidad de crédito prestataria y el adquirente inversor prestamista pactan, entre otras condiciones, que tales préstamos ocupen un rango inferior a los créditos de todos los demás acreedores y no se reembolsen hasta que no se hayan pagado todas las demás deudas vigentes del momento y es por ello, como señala la doctrina, por lo que la computabilidad como fondos propios no reside tanto en la titularidad de los recursos captados ni en su funcionalidad, cuanto fundamentalmente en su inexigibilidad.

En este producto se pacta no ya que el crédito carece de privilegio alguno, sino que ni siquiera alcanza el estatus de crédito ordinario, se produce un desplazamiento del crédito, de forma que el principio de la "par conditio creditorum" sufre en este caso una excepción contraria a la de los acreedores privilegiados, estamos ante una excepción "en menos" inversa a la de los privilegios, que altera el régimen común de la prelación y que sitúa a las obligaciones subordinadas tras los acreedores comunes del derecho civil citados en el sexto lugar del orden establecido en el art. 913 del Código de Comercio . El precio de la postergación lo constituye el devengo de los intereses más altos que la media del mercado de renta fija privada, de modo que a menor seguridad de tales obligaciones debido a su carácter subordinado debe incrementarse la rentabilidad de las mismas. Así mismo, las obligaciones subordinadas tienen la consideración oficial de producto complejo del art. 79 bis 8.a) de la Ley del Mercado de Valores , si se tiene en cuenta que este precepto considera no complejos dos categorías de valores : una primera, que englobaría los valores típicamente desprovistos de riesgo y las acciones cotizadas como valores ordinarios, cuyo riesgo es de general conocimiento; y una segunda, que considera valores no complejos aquellos en los que concurran tres condiciones, a saber: 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 variados, por sistemas de evaluación independientes del emisor. Y, finalmente, que no impliquen pérdidas reales o potenciales para el cliente que excedan del coste de adquisición del instrumento y que exista a disposición del público información suficiente sobre sus características que sea comprensible, de modo que permita a un cliente minorista emitir un juicio fundado para decidir si realiza o no la operación.

No obstante, en el caso de los "Valores Santander " , hemos de destacar varias notas que nos llevan a concluir que no nos encontramos ante un producto que conlleve un riesgo sensiblemente más elevado para la parte demandante que la inversión en otros productos financieros (como las acciones que venía manteniendo Dª María Rosario , 422 de Telefónica, de Antena Tres Televisión), pues se trataba de un producto dotado desde un principio de total liquidez, dado que los Valores eran negociables en la Bolsa de Madrid y tenían ventanas anuales de canje voluntario por acciones y por otra parte, el riesgo derivado de su subordinación, vinculado



a la insolvencia del emisor se veía en este caso desdibujado por la fuerte y notoria posición dominante de la entidad emisora en el mercado bancario. No se entiende que en el caso de los "Valores Santander" se diga que la intención de las demandantes era invertir en un plazo fijo, sino es precisamente porque se puede ver en ello la intención de eludir en el caso de los "Valores Santander" las consecuencias de dicha prelación de éstos sobre las acciones. Es obvio, por tanto, que a diferencia de lo ocurrido con las obligaciones subordinadas colocadas por otras entidades cuya situación en el mercado financiero era mucho más arriesgada en el momento en que emitieron obligaciones subordinadas para obtener crédito, porque necesitaban urgentemente financiación (caso de ciertas Cajas de Ahorro que se han convertido después en Bancos), los "Valores Santander" fueron emitidos por una entidad solvente, que no consta que hiciese la emisión porque se encontrase en una situación "delicada", sino para participar en una OPA que concluyó con pleno éxito".

Igualmente dicha sentencia establece que: "en los "Valores Santander" se aprecia como riesgo el determinado por la pérdida de valor, no lo es menos que tienen la ventaja, de que durante el tiempo anterior al canje obtuvieron una rentabilidad fija conocida de antemano, y pudieron negociar los Valores en cualquier momento en el mercado de renta fija de la Bolsa de Madrid o haberlos canjeado voluntariamente en las ventanas anuales de cancelación".

...Así la sentencia de la A.P. STA Cruz de Tenerife de fecha 30-4-2014

"Naturalmente, tal operación exigía una información precisa y exacta da esa consecuencia ajustada además al perfil del cliente, porque de lo que se trataba era, en definitiva, de asumir el riesgo de un producto que incluía elementos con elevados niveles de volatilidad (las acciones) pero se solapaba a través de una operación compleja que nada tiene que ver con una simple adquisición de acciones fácilmente comprensible aunque con un alto riesgo. Es decir, y como ya se ha señalado en otras ocasiones por Sección, la complejidad de una operación financiera no está totalmente correlacionada con el mayor o menor riesgo de nivel potencial, sino con su contenido y estructura, pues por ejemplo las acciones del Ibex incluyen un alto riesgo pero integran un producto fácilmente comprensible y asequible a cualquier persona aunque no tenga formación financiera. En el presente caso, sin embargo, se enmascaraba o articulaba esa operación fácil de comprender (es decir, la inversión mediante la compra de acciones con asunción del riesgo correlativo) a través de un instrumento indudablemente complejo (basta con leer el tríptico de la operación para advertir esa complejidad sobre todo para una persona con la formación de la actora) con el ofrecimiento de un interés inicial alto por medio para hacer atractivo el producto y una prima final".

De lo expuesto y en el caso de los Valores Santander dos notas caracterizan a este producto:

1.-a diferencia de las obligaciones subordinadas o preferentes más arriesgadas, ya que tienen carácter perpetuo, lo constituye que pueden ser canjeadas a las fechas señaladas y habrán de serlo, de manera obligatoria, a la fecha señalada por acciones.

2.-la finalidad última del producto es que sí el presupuesto en base al cual se emiten se cumple los bonos se transforman en acciones."

De todo lo considerado, en definitiva lo relevante es que sea cual sea la calificación que nos merezca el producto financiero, lo importante es que aquellos que lo adquieren hayan sido correctamente informados.

II.- *Alcance de los deberes de información en el sistema bancario.*

Es un hecho no controvertido, tal y como se relata por la Juzgadora de instancia que los actores no eran clientes de la entidad demandada y en concreto, de su sucursal de la localidad de Trapagaran, donde se realizan las órdenes de compra de Valores Santander, tal y como declara su Director el Sr. Luis Pablo (minuto 0,42 y ss Cd nº1) y ellos no lo niegan y quienes acuden ese día para interesarse por el modo de invertir la cantidad de 10.000 euros, barajándose diversas opciones y entre ellas, la que finalmente dio lugar a la contratación de autos.

De lo así considerado podemos hablar de unos clientes minoristas en el concepto del sistema bancario, lo que como tal no se cuestiona y se infiere de la propia documentación expedida por el Banco demandado en el cumplimiento de la normativa Mifid (doc. nº 22 contestación), respecto de los cuales al haberse dado la contratación de los Valores Santander el día 16 de septiembre de 2009, una vez producida la entrada en vigor de la normativa Mifid, se ha de considerar lo que la misma supone como ha declarado esta Sala en sus sentencias, entre otras, de 21 de mayo y 30 de septiembre de 2013 y 3 de diciembre de 2014, lo siguiente:

"El RD 217/2008 citado traspuso al ordenamiento interno la Directiva Comunitaria 2004/39/CE de 29 de abril, denominada "Directiva MIFID" (*Markets Instruments Financial Directive* : directiva sobre instrumentos de mercados financieros), que regula la información y la valoración de la idoneidad del cliente para la contratación de determinado producto financiero. Establece la clasificación de los clientes en función de su conocimiento y experiencia, de su situación financiera y objetivos de inversión.



De este modo una entidad podrá tener: contrapartes elegibles (empresas de inversión, compañías de seguros, entidades de créditos, etc.), clientes profesionales (inversores institucionales y grandes empresas, entendiéndose por tales las que tengan un balance de 20 millones de euros, un volumen de negocio de 40 millones y fondos propios de 2 millones) o clientes minoristas (cuyo nivel de protección será máximo).

El art. 60 del citado Real Decreto regula las condiciones que debe cumplir la información facilitada por la entidad, refiriéndose el art. 61 a la clasificación de clientes en minoristas, profesionales y contrapartes elegibles, así como el derecho de éstos a exigir una clasificación distinta a la otorgada.

El art. 64 regula la información sobre los instrumentos financieros y exige que se facilite al cliente 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.

El art. 72 obliga a las entidades a obtener de sus clientes la información necesaria para que puedan comprender los datos esenciales y para que puedan disponer de una base razonable para pensar, teniendo en cuenta debidamente la naturaleza y el alcance del servicio prestado, que la transacción específica que debe recomendarse, o que debe realizarse al prestar el servicio de gestión de cartera, cumple con condiciones relativas a la experiencia y conocimientos del cliente.

Sobre la valoración de la idoneidad del cliente y la previa obtención de información, dispone el art. 79.bis.6 de la Ley 24/1988 de Mercado de Valores que *" Cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, la entidad obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate; sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquel, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan. Cuando la entidad no obtenga esta información, no recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente. En el caso de clientes profesionales la entidad no tendrá que obtener información sobre los conocimientos y experiencia del cliente "*.

Y dice el art. 73 del repetido R.D. 217/2008 que *" A los efectos de lo dispuesto en el artículo 79 bis.7 de la Ley 24/1988, de 28 de julio , las entidades que prestan servicios de inversión distintos de los previstos en el artículo anterior deberán determinar si el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado. En este sentido, la entidad podrá asumir que sus clientes profesionales tienen la experiencia y conocimientos necesarios para comprender los riesgos inherentes a esos servicios de inversión y productos concretos, o a los tipos de servicios y operaciones para los que esté clasificado como cliente profesional" .*

Para articular la obtención de dicha información, el art. 74 del R.D. se refiere a la evaluación de idoneidad y conveniencia, para lo que deberá informarse la entidad sobre los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que esté familiarizado el cliente, la naturaleza de las operaciones financieras del mismo y su nivel de estudios y profesión. Concretamente, en el apartado 1 que *" A los efectos de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, la información relativa a los conocimientos experiencia del cliente incluirá los datos enumerados a continuación, en la medida en que resulten apropiados a la naturaleza del cliente, a la naturaleza y alcance del servicio a prestar y al tipo de producto o transacción previstos, incluyendo la complejidad y los riesgos inherentes: a) Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que esté familiarizado el cliente. b) La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el período durante el que se hayan realizado. c) El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes* Añade, en el apartado 2 que *"En ningún caso, las entidades incitarán a sus clientes para que no les faciliten la información prevista en los apartados 6 y 7 del artículo 79 bis de la Ley/1988"*.

Finalmente el Pleno del Tribunal Supremo, Sala Primera, en su sentencia de 20 de enero de 2014 dictada en relación con un contrato de swap bajo la vigencia de la normativa Mifid, declara al respecto lo siguiente:

" Alcance de los deberes de información y asesoramiento.

6.- Normativa aplicable al contrato de swap cuya nulidad se pretende. 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.

Para entender bien el alcance de la normativa específica, denominada MiFID por ser las siglas del nombre en inglés de la Directiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instrumentos financieros (Markets in Financial Instruments Directive), de la que se desprenden específicos deberes de información por parte de la entidad financiera, debemos partir de la consideración de que estos deberes responden a un principio general: todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate. Este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 CC y en el derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, reflejo de lo cual es la expresión que adopta en los Principios de Derecho Europeo de Contratos (The Principles of European Contract Law -PECL-cuyo art. 1:201 bajo la rúbrica " Good faith and Fair dealing " ("Buena fe contractual"), dispone como deber general: " Each party must act in accordance with good faith and fair dealing " ("Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe"). Este 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 en este caso los concretos riesgos que comporta el producto financiero que se pretende contratar.

En lo que ahora interesa, que es determinar el alcance de los deberes de información y asesoramiento de la entidad financiera en la contratación con inversores minoristas de productos financieros complejos, como es el swap , al tiempo en que se llevó la contratación objeto de enjuiciamiento (13 de junio de 2008), "las normas de conducta para la prestación de servicios de inversión a clientes" del art. 19 Directiva 2004/39/CE ya habían sido traspuestas a nuestro ordenamiento por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que introdujo el contenido de los actuales arts. 78 y ss de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en adelante LMV). También había entrado en vigor el RD 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, que desarrolla esta regulación.

7. Información sobre los instrumentos financieros. 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, de 15 de febrero , 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 ".

8. Evaluación de la conveniencia y de la idoneidad. 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.



La entidad financiera debe realizar al cliente un test de conveniencia, conforme a lo previsto en el art. 79bis. 7 LMV (arts. 19.5 Directiva 2004/39/CE), 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. Este test valora los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente, con la finalidad de que la entidad pueda hacerse una idea de sus competencias en materia financiera. Esta evaluación debe determinar si el cliente es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión ofertado o demandado, para ser capaz de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa. Como aclara el art. 73 RD 217/2008, de 15 de febrero , se trata de cerciorarse de que el cliente " tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado " .

Esta " información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos enumerados a continuación, en la medida en que resulten apropiados a la naturaleza del cliente, a la naturaleza y alcance del servicio a prestar y al tipo de producto o transacción previsto, incluyendo la complejidad y los riesgos inherentes:

- a) Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que está familiarizado el cliente.
- b) La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el periodo durante el que se hayan realizado.
- c) El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes " (art. 74 RD 217/2008, de 15 de febrero).

Contrariamente a lo que entiende el recurrente, estas exigencias propias del test de conveniencia son menores que cuando debe valorarse la idoneidad del producto conforme al art. 79bis. 6 LMV (art. 19.4 Directiva 2004/39/CE). El test de idoneidad opera en caso de que se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras mediante la realización de una recomendación personalizada.

La entidad financiera que preste estos servicios debe realizar un examen completo del cliente, mediante el denominado test de idoneidad, que suma el test de conveniencia (conocimientos y experiencia) a un informe sobre la situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y los objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del cliente, para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan.

Para ello, especifica el art. 72 RD 217/2008, de 15 de febrero , las entidades financieras " deberán obtener de sus clientes (...) la información necesaria para que puedan comprender los datos esenciales de sus clientes y para que puedan disponer de una base razonable para pensar, teniendo en cuenta debidamente la naturaleza y el alcance del servicio prestado, que la transacción específica que debe recomendarse (...) cumple las siguientes condiciones:

- a) Responde a los objetivos de inversión del cliente. En este sentido, se incluirá, cuando proceda, información sobre el horizonte temporal deseado para la inversión, sus preferencias en relación a la asunción de riesgos, su perfil de riesgos, y las finalidades de la inversión.
- b) Es de tal naturaleza que el cliente puede, desde el punto de vista financiero, asumir cualquier riesgo de inversión que sea coherente con sus objetivos de inversión (...).
- c) Es de tal naturaleza que el cliente cuenta con la experiencia y los conocimientos necesarios para comprender los riesgos que implica la transacción (...) (C-604/2011), "(l)a cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente" (apartado 53). Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el art. 52 Directiva 2006/73 , que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.4 Directiva 2004/39/CE .

El art. 4.4 Directiva 2004/39/CE define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como " la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros ". Y el art. 52 Directiva 2006/73/CE aclara que " se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...)", que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales. Carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público.

De este modo, el Tribunal de Justicia entiende que tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un swap, realizada por la entidad financiera al cliente inversor, "que se



presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público" (apartado 55).

A la vista de esta interpretación y de lo acreditado en la instancia, no cabe duda de que en nuestro caso Caixa del Penedés llevó a cabo un servicio de asesoramiento financiero, pues el contrato de swap fue ofrecido por la entidad financiera, por medio del subdirector de la oficina de Palamós, aprovechando la relación de confianza que tenía con el administrador del cliente inversor, como un producto financiero que podía paliar el riesgo de inflación en la adquisición de las materias primas. Caixa del Penedés debía haber realizado un juicio de idoneidad del producto, que incluía el contenido del juicio de conveniencia, y ha quedado probado en la instancia que no lo llegó a realizar. Para ello, debía haber suministrado al cliente una información comprensible y adecuada sobre este producto, que incluyera una advertencia sobre los concretos riesgos que asumía, y haberse cerciorado de que el cliente era capaz de comprender estos riesgos y de que, a la vista de su situación financiera y de los objetivos de inversión, este producto era el que más que le convenía".

En conclusión, se ha de decir, en líneas generales que el derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básico para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad tanto es lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar a los sujetos que intervienen en él (el cliente bancario), principalmente, a través tanto de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la de febrero de 2011, naturalmente a la entidad bancaria no le es exigible un deber de fidelidad al actor, como cliente, anteponiendo el interés de éste al suyo o haciéndolo propio, pero eso no quita para que pueda y deba exigirse a la entidad bancaria un deber de lealtad conforme a la buena fe contractual (artículo 7 Código Civil), singularmente en cuanto a la información precontractual necesaria para que el cliente bancario pueda decidir sobre la perfección del contrato con adecuado y suficiente conocimiento de causa como dice el artículo 79 LMV.

Es más, no hay que olvidar que igualmente es aplicable la regulación del Cº Comercio y del Cº Civil, en cuyo art. 1258 se establece que los contratos no solo obligan al cumplimiento de lo expresamente pactado sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley, sin olvidar que el art.7 igualmente propugna el ejercicio de los derechos conforme a las exigencias de la buena fe.

Por último, se ha de dejar constancia, como ha declarado esta Sala manera reiterada, de que aunque en el proceso de contratación no se hubiera cumplido adecuadamente con la citada normativa, al margen de cualquier otro tipo de consideraciones o de la infracción administrativa a la que pudiera dar lugar esta situación, no por ello, necesariamente, se declararía la nulidad de los contratos concertados si es que no se ha dado el error en el consentimiento que se denuncia, por contar con toda la información necesaria, tal y como además ha declarado el Tribunal Supremo, Sala Primera, en la sentencia de 20 de enero de 2014 , antes citada ("*Error vicio del consentimiento*)

10. Del incumplimiento de estos deberes de información pueden derivarse diferentes consecuencias jurídicas. En este caso, en atención a lo que fue objeto litigioso y al motivo del recurso de casación, debemos centrarnos en cómo influye este incumplimiento sobre la válida formación del contrato.

En su apartado 57, la reseñada STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), pone de relieve que, "si bien el artículo 51 de la Directiva 2004/39 prevé la imposición de medidas o de sanciones administrativas a las personas responsables de una infracción de las disposiciones aprobadas para aplicar dicha Directiva, esta no precisa que los Estados miembros deban establecer consecuencias contractuales en caso de que se celebren contratos que no respeten las obligaciones derivadas de las disposiciones de Derecho interno que traspone el artículo 9, apartados 4 y 5, de la Directiva 2004/39 , ni cuáles podrían ser esas consecuencias". En consecuencia, "a falta de normas sobre la materia en el Derecho de la Unión, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las consecuencias contractuales de la inobservancia de dichas obligaciones, respetando los principios de equivalencia y efectividad [vid Sentencia de 19 de julio de 2012, caso Littlewoods Retail (C-591/10), apartado 27]".

...12. El deber de información y el error vicio. Por sí mismo, el incumplimiento de los deberes de información 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...") y 7 y 8 de julio de 2014, entre otras.

Finalmente, en relación con la carga de la prueba, es cierto que el art. 217 nº 2 y 3 LECn . establece el principio general de la carga de la prueba en el sentido de que al actor incumbe probar los hechos en que basa su acción y al demandado la prueba de los hechos obstativos. Ahora bien, el último punto del citado artículo establece que para la aplicación de los apartados anteriores, el Tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria de las partes procesales. Con ello se flexibiliza el principio general de que debe probar el



que afirma, debiendo tenerse en cuenta la facilidad probatoria en relación de las partes con los hechos básicos del litigio. En el presente caso, la disponibilidad de la prueba sobre el hecho controvertido de la existencia de una información adecuada sobre el contrato suscrito entre las partes, la tiene la entidad bancaria al disponer de los medios de información a los clientes, así viene impuesto esta obligación en el art. 79 bis de la Ley 24/1988 (art. 217 nº 7 LECn .), frente a la dificultad para la parte actora de probar lo que constituye un hecho negativo. Por lo que la carga de probar haber realizado la información adecuada recae sobre la entidad bancaria por su facilidad de disposición y no sobre el cliente minorista contratante (art. 78. 4 LMV).

CUARTO.- La nulidad contractual.

Bajo la expresión de nulidad del contrato, como ha declarado esta Sala en sus sentencias de 24 de marzo de 2011 , 6 de junio , 29 de octubre , 21 de noviembre y 12 de diciembre de 2012 , 13 de febrero y 21 y 30 de mayo de 2013 y 14 de noviembre de 2014 , ante la imprecisión terminológica del Cº Civil, se hace necesario distinguir en los supuestos de ineficacia negocial o contractual a que la misma se refiere entre a.- la inexistencia, que se da cuando en un contrato falta alguno de los elementos esenciales del art. 1261 Cº Civil ; b.- la nulidad radical o absoluta, en la que algún sector doctrinal incluye el supuesto antes indicado, y aquellos otros en los que reuniendo los elementos esenciales el contrato, es opuesto a alguna ley que declara expresamente su nulidad; c.- la anulabilidad o nulidad relativa, la cual se produce cuando reuniendo sus elementos esenciales, adolece de vicios en la formación o constitución de alguno de ellos (error, dolo violencia, intimidación, falta de capacidad de obrar que no implique falta de consentimiento, y falsedad de la causa), vicios a los que se refiere el art. 1300 Cº Civil ; y d .- la rescisión, la cual implica un contrato válidamente celebrado que se rescinde o queda ineficaz a virtud de sobrevenir lesión o perjuicio para alguno de los contratantes o para terceros por alguna de las causas señaladas en el Cº Civil (art. 1291 y ss). En los dos primeros supuestos la acción es imprescriptible y en los dos últimos está sometida al plazo de cuatro años.

Pues bien, la parte apelante en su escrito de interposición ejercita para la prosperabilidad de su pretensión, una doble acción:

I. La acción de nulidad radical del contrato de fecha 16 de septiembre de 2009.

Para ello se funda en considerar, y como tal lo reitera en esta alzada, que se ha dado una falta de cumplimiento de la normativa reguladora del derecho de información en relación con las entidades bancarias y sus clientes, lo que a su juicio determina que al faltar la información esencial, y de modo especial la no recuperación del capital invertido al vencimiento, proceda la nulidad radical del contrato

Pues bien, si entendiéramos que la falta de información esencial implica que en el contrato no se han determinado las obligaciones y derechos de las partes, faltando con ello los elementos esenciales del contrato, estando ante una acción de carácter imprescriptible en relación con la orden de compra de los valores del Santander, que como cualquier otra relación contractual para que surja exige el cumplimiento de lo dispuesto en el art. 1.261 del Código Civil " no hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1. Consentimiento de los contratantes, 2. Objeto cierto que sea materia del contrato y 3. Causa de la obligación que se establezca.", por lo que la nulidad del contrato se producirá cuando carezca de alguno de estos elementos esenciales, o cuando se haya celebrado vulnerando una norma imperativa o prohibitiva, de modo que siendo inexistente, nulo en su inicio, no producirá efectos siendo tal nulidad ipso iure y por ello, imprescriptible, al no ser posible ni la confirmación, artículo 1310 del Código Civil ni la prescripción sanatoria, dado que responde al principio "Quid nullum est nullum producit", es decir, carece de sus efectos específicos, se considera como no realizado y no puede exigirse el cumplimiento de las obligaciones en él recogidas.

En nuestro sistema rige el principio de libertad contractual y de la autonomía de la voluntad de las partes para obligarse, sin que exista más límites que los que se derivan de las normas imperativas, la moral y el orden público. En base a ello, se afirma la existencia de una serie de principios éticos y sociales de carácter imperativos que ponen límites, con fundamento en el interés general, a la autonomía privada. Consecuencias de aquellos principios, es que rige la libertad de forma, consagrada en el artículo 1278 del código Civil , STS de 5-2-96 . Se trata de un sistema espiritualista que una consagrada y reiterada jurisprudencia señala que, salvo supuestos excepcionales como el contemplado en el artículo 633 del Código Civil , las formalidades exigidas por el artículo 1280 del Código Civil , no tienen la consideración de ad solemnitatem, sino ad probationem, que provoca que el contrato se perfeccione por el concurso de la oferta y la aceptación, desde luego, con el concurso de los demás requisitos esenciales para su validez.

Con respecto al consentimiento, consiste, conforme a reiterada doctrina, en un acuerdo de voluntades que se dirige a un fin común y se une. Para su validez se exige que, exista una pluralidad de partes, que tengan capacidad, que exista una voluntad consciente, inteligente y libre, que se realice una declaración, en cuanto es necesario que el consentimiento se exprese y se declare, y, por último, que exista concordancia entre la voluntad interna y la declarada, de modo que el artículo 1265 del Código Civil establece que es nulo, aunque ha



de entenderse en término de anulabilidad, no de nulidad radical, el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo, de ahí que hayamos considerando trascendente, a los efectos de resolver la presente litis, reseñar la diferencia entre nulidad y anulabilidad, ya que cuando se ha prestado el consentimiento con error o dolo no estamos ante un supuesto de nulidad radical sino de mera anulabilidad.. ".

Y en cuanto al objeto el Cº Civil establece en el art. 1271 que " pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras "; el art. 1272 que " no podrán ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles "; y el art. 1273 que " el objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie. La indeterminación en la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes". En definitiva, el objeto contractual debe ser posible, lícito y determinado o determinable, y hábil o útil al fin para el que fue adquirida la cosa.

Pues bien, desde esta perspectiva, tal y como de manera acertada se razona por la Juzgadora de instancia en el fundamento de derecho tercero de la sentencia, que se asume en evitación de inútiles reiteraciones, la falta de información con vulneración de la normativa que al respecto impone tal obligación a la entidad bancaria, en modo alguno conllevaría la nulidad radical pretendida, pues no es un efecto que como tal prevea, como se ha razonado, la citada normatiava sin perjuicio de las sanciones administrativas a la entidad bancaria incumplidora, pues en el caso de autos consentimiento válido lo hay, existe objeto del contrato con definición de las obligaciones y derechos de las partes, que a lo largo de la vida del contrato ha determinado para los actores la percepción de los intereses convenidos, adquiriendo unos valores que como tal son objeto de lícito comercio, siendo lo alegado por la parte apelante, en realidad, una situación de error en el consentimiento que recae sobre la sustancia o condiciones de la cosa objeto del contrato (art. 1266 Cº Civil), pero de su totalidad, y por tanto, ante un vicio del mismo que de existir determinaría la anulabilidad del contrato no su nulidad radical.

En todo caso, aunque no se diera el cumplimiento estricto de la normativa en esta materia, lo determinante, como ya se ha razonado en esta misma resolución, es que los clientes del sistema bancario tengan conocimiento del producto adquirido y sus riesgos, pensemos que en el caso de autos y ello no se niega se les realizó el test de conveniencia que arrojó un resultado negativo para el producto (doc. nº 22 contestación).

II. La acción de anulabilidad del contrato de fecha 16 de septiembre de 2009.

La parte apelante, por remisión a la argumentación de la demanda y tras combatir la desestimación del vicio del consentimiento por error no admitido en la resolución recurrida, considera que aquellos incumplimientos que imputa a la entidad demandada, reiterados ya en esta resolución, entrañan un supuesto de anulabilidad de la orden de compra de los Valores Santander como consecuencia de un grave vicio del consentimiento por error al desconocer los actores las características del producto y los riesgos que entraña, y entre ellos la no garantía de devolución del capital invertido.

A tal efecto y en igual sentido que la sentencia de instancia, esta Sala de manera reiterada en nuestras resoluciones ha reflexionado sobre el alcance y naturaleza de esta acción, en los siguientes términos:

" Pues bien en el presente caso la acción de nulidad se funda en la existencia de un error en la prestación del consentimiento producido en el momento de la celebración del contrato, momento de formación y emisión de la voluntad, como consecuencia de una información precontractual insuficiente (Tribunal Supremo, Sala Primera, en sus sentencias de 5 de octubre de 2006 y 21 de mayo de 2007), respecto del cual esta Sala, entre otras, en sus sentencias 2 de abril de 2008 y 6 de junio de 2012 y recientemente en las de 31 de octubre y 6 de noviembre de 2013 y 9 de enero de 2014 , en la que se dice lo siguiente:

" ... al analizar la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, los requisitos que el error como vicio de consentimiento ha de cumplir para tener carácter invalidante, ha declarado, entre otras, en su reciente sentencia de 13 de febrero de 2007 que: " Es cierto que la jurisprudencia de esta Sala, al interpretar lo dispuesto en el artículo 1.266 del Código Civil sobre los requisitos del error para que sea invalidante del consentimiento prestado, requiere no sólo que éste sea esencial, sino además que sea inexcusable; requisito que ha de ser apreciado en atención a las circunstancias del caso. La sentencia de 12 noviembre 2004 , con cita de las de 14 y 18 febrero 1994 , 6 noviembre 1996 , 30 septiembre 1999 y 24 enero 2003 , afirma que «para que el error invalide el consentimiento, se ha de tratar de error excusable, es decir, aquél que no se pueda atribuir a negligencia de la parte que lo alega, ya que el error inexcusable no es susceptible de dar lugar a la nulidad solicitada por no afectar el consentimiento». Pero se ha de tener en cuenta que la exigencia del carácter inexcusable del error -que efectivamente se ha padecido- es una medida de protección para la otra parte contratante en cuanto pudiera ser perjudicial para sus intereses negociales una alegación posterior de haber sufrido error que lógicamente escapaba a sus previsiones por apartarse de los parámetros normales de precaución y diligencia en la conclusión de los negocios, pero en absoluto puede beneficiar a quien precisamente, ha provocado conscientemente la equivocación de la otra parte..... En suma no puede alegarse el carácter excusable del



error padecido por la parte contraria cuando es fruto de la mala fe negocial de quien oculta conscientemente ..
" lo que es el sustrato fáctico del error " .

Así mismo, en su sentencia de 12 noviembre de 2004 , establece: " Dice la sentencia de 24 enero de 2003 que " de acuerdo con la doctrina de esta Sala , para que el error invalide el consentimiento, se ha de tratar de error excusable, es decir, aquél que no se pueda atribuir a la negligencia de la parte que lo alega, ya que el error inexcusable no es susceptible de dar lugar a la nulidad solicitada por no afectar el consentimiento, así lo entienden las sentencias de 14 y 18 febrero de 1994 , 6 noviembre 1996 y 30 septiembre de 1999 , señalándose en la penúltima de la citadas que " la doctrina y la jurisprudencia viene reiteradamente exigiendo que el error alegado no sea inexcusable, habiéndose pronunciado por su inadmisión, si este recae sobre condiciones jurídicas de la cosa y en el contrato intervino un letrado, o se hubiera podido evitar el error con una normal diligencia", la sentencia del Tribunal Supremo de 12 julio de 2002 recoge la doctrina de esta Sala respecto al error en el objeto al que se refiere el párrafo 1º del art. 1265 del Código Civil y establece que " será determinante de la invalidación del contrato únicamente si reúne dos fundamentales requisitos: a) ser esencial porque la cosa carezca de alguna de las 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; y b) que no sea imputable a quien lo padece y no haya podido ser evitado mediante el empleo, por parte de quien lo ha sufrido, de una diligencia media o regular teniendo en cuenta las condiciones de las personas, pues de acuerdo con los postulados de la buena fe el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente ya que en tal caso ha de establecerse la protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundidas por la declaración".

Para decidir la concurrencia del error invocado y eventual estimación resulta en todo caso necesario que hubiera demostrado, el recurrente, la existencia de un error invalidante del contrato, esencia para la prosperabilidad del motivo; la voluntad se presume libre, consciente y espontáneamente manifestada, representando una presunción iuris tantum de la validez del contrato que puede destruirse mediante la correspondiente prueba". Esta doctrina se reitera en resoluciones judiciales ulteriores del Tribunal Supremo, Sala Civil, como en su sentencia de 12 de noviembre de 2010 o en su sentencia de 21 de noviembre de 2012 en la que al analizar un swap cuya nulidad se había decretado por error en el consentimiento, declara lo siguiente:

".CUARTO. Consideraciones generales sobre el error vicio.

Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta - sentencias 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 , entre muchas -. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.

Es lógico que un elemental respeto a la palabra dada - " *pacta sunt servanda* " - imponga la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y pueda quien lo sufrió quedar desvinculado. Al fin, el contrato constituye el instrumento jurídico por el que quienes lo celebran, en ejercicio de su libertad - autonomía de la voluntad -, deciden crear una relación jurídica entre ellos y someterla a una " *lex privata* " (ley privada) cuyo contenido determinan. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos - sentencia de 15 de febrero de 1977 -.

I. 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.

II. Dispone el artículo 1266 del Código Civil 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 - sentencias de, 4 de enero de 1982 , 295/1994 , de 29 de marzo, entre otras muchas -, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato - artículo 1261, ordinal segundo, del Código Civil -. 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.

III. 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.

IV. Como se indicó, 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 - sentencias de 8 de enero de 1962, 29 de diciembre de 1978 y 21 de mayo de 1997, entre otras -. 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.

V. Se expuso antes que el error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente segura, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre un futuro más o menos próximo 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.

VI. Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia - sentencias de 4 de enero de 1982, 756/1996, de 28 de septiembre, 726/2000, de 17 de julio, 315/2009, de 13 de mayo - exige tal cualidad, no mencionada en el artículo 1266, porque valora la conducta del ignorante o equivocado, negando 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 negocial seriamente emitida". Esta doctrina la reitera en sus sentencias de 29 de octubre de 2013 y 20 de febrero de 2014, recordando en esta última la importancia que tiene la cualificación del sujeto para la apreciación o no de la existencia del error".

Desde esta perspectiva y tras valorar la prueba practicada en la instancia, esta Sala considera con la Juzgadora que no se aprecia el error en el consentimiento que se denuncia, pues además de lo declarado por quien era el Director de la Sucursal el Sr. Luis Pablo (minuto 0,42 y ss Cd nº1), es claro que por la sola circunstancia de que el matrimonio actor sean unas personas mayores no por ello debe presumirse su incapacidad para comprender, por un lado, que se les ofrece un producto por parte de un empleado de la demandada, de una sucursal de la que no eran clientes y al que no conocían y en quien, por tanto, no tenían porque confiar, respecto del cual basta la lectura de la orden de compra para extraer de ella dos conclusiones, una que no es un depósito al uso, pues nada se compra cuando se contrata un plazo fijo y otra que no se invierte la cantidad inicialmente pensada de 10.000 euros sino que se compra en el mercado dos bonos que valorados, cada uno de ellos, en el momento de la emisión en el año 2007, en 5.000 euros, y se paga 3.900 euros por cada uno, por lo que no puede entenderse que este producto no entrañaba ningún riesgo, del mismo modo que para quien lo adquirió entonces y ahora lo vende, confiando quizás en la evolución del mercado, y por otro, que para quien como ellos eran unos clientes minoristas que tenían acciones del Santander, desde hace años, y quienes, por tanto, como es de dominio público, son sabedores de que las acciones que cotizan en Bolsa están sometidas a las vicisitudes del mercado, que son volátiles y que es posible perder todo o parte de la inversión.

Es más, expresamente en la propia orden se le advirtió de la no conveniencia del producto y pese a lo cual mantuvieron su voluntad de adquirirlo (" El cliente declara que ha sido informado por Banco Santander de que la realización de esta operación no es conveniente ni adecuada para él, atendiendo a sus conocimientos y experiencia sobre el producto o instrumento financiero objeto de la misma, lo cual el cliente reconoce y asume, y declara, asimismo, que, a pesar de lo, decide formalizar la presente operación a su solicitud y por su propia iniciativa ") (doc. nº 3 demanda y doc. nº 1 y 2 contestación).

Es por ello, que si valoramos que la compra de los valores no se da al momento de su emisión, sino cuando ya llevaba dos años en el mercado, que para entonces ya se había cumplido el objetivo de la compra del Banco ABN Amro, que por ello los valores serían necesariamente canjeables por obligaciones convertibles en acciones de nueva emisión y que en ningún caso, se produciría el reembolso en metálico, canje conforme a un sistema de precio fijado en la información facilitada, como declara el Sr. Luis Pablo, quien insiste en que se les informó de la posible evolución y del resultado final de la operación, adquiriéndolos a un precio menor del nominal, es evidente que ya sabían que el riesgo que se asumía era el diferencial entre el precio inicial y el precio final de las acciones, en relación al de mercado, a la fecha de la conversión, y que lo que ellos habían comprado podía valer menos de lo satisfecho, en un momento además en el que la crisis económica avanzó notablemente, con caídas bursátiles importantes y entre ellas, de los acciones de los Bancos.

Por otra parte, sorprende que a lo largo de todos estos años, en los que la entidad demandada ha enviado la documentación oportuna a los actores, como a cualquier cliente y cumple con el abono de los intereses pactados, entre la que se encuentra la información fiscal correspondiente, en ella se aprecia el menor valor



del " Valores Santander" respecto del momento de su adquisición (doc. nº 15 contestación), sin que conste ninguna queja entonces, la cual se produce cuando se da la conversión en acciones que como consecuencia de la cotización al precio fijado, implica una pérdida de la inversión del mismo modo que acontece a quien compra unas acciones a un precio y luego su valor por la propia evolución del mercado y de ahí el riesgo, el cual se ha reducido, compensado, en este caso, por los intereses percibidos, y que ello podía pasar, al margen de la entrega o no del tríptico informativo que niegan los actores y en lo que insiste el Sr. Luis Pablo , no hay duda que lo sabían, pues ya compran algo que no tiene el mismo valor nominal que se refiere en el valor adquirido.

Lo expuesto junto con lo razonado en la resolución recurrida determina la desestimación del recurso de apelación y su confirmación.

QUINTO.- En relación a las costas procesales de esta alzada, dada la desestimación del recurso de apelación procede su imposición a la parte apelante (art. 398 nº 1 LECn).

SEXTO.- La desestimación del recurso de apelación, conlleva de conformidad con lo dispuesto en el apartado 9 de la Disposición Adicional Decimoquinta de LOPJ en la redacción dada por la LO 1/2009 de 3 de noviembre, la pérdida del depósito constituido al efecto, el cual será transferido por el Sr. Secretario a la cuenta de depósitos de recursos desestimados.

VISTOS los preceptos legales citados en esta sentencia y en la apelada, y demás pertinentes y de general aplicación.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Campano Muro, en nombre y representación de Vanesa y Ángel Daniel , contra la sentencia dictada el día 4 de julio de 2014 por la Ilma. Sra. Magistrada del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Barakaldo, en los autos de Juicio Ordinario nº 1031/13 a que este rollo se refiere; debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, con expresa imposición a la parte apelante de las costas de esta alzada.

Devuélvanse los autos al Juzgado del que proceden con testimonio de esta sentencia para su cumplimiento.

Contra la presente resolución cabe recurso de CASACIÓN ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, si se acredita interés casacional. El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Tribunal en el plazo de VEINTE DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículos 477 y 479 de la LECn).

También, en caso de interponerse aquél, podrán interponer recurso extraordinario por INFRACCIÓN PROCESAL ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por alguno de los motivos previstos en la LECn. El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Tribunal en el plazo de VEINTE DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículo 470.1 y Disposición Final decimosexta de la LECn).

Para interponer los recursos será necesario la constitución de un depósito de 50 euros si se trata de casación y 50 euros si se trata de recurso extraordinario por infracción procesal, sin cuyos requisitos no serán admitidos a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Tribunal tiene abierta en el grupo Banesto (Banco Español de Crédito) con el número 4738 0000 00 031114. Caso de utilizar ambos recursos, el recurrente deberá realizar dos operaciones distintas de imposición, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 06 para el recurso de casación, y código 04 para el recurso extraordinario por infracción procesal. La consignación deberá ser acreditada al interponer los recursos (DA 15ª de la LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Al escrito de interposición deberá acompañarse, además, el justificante del pago de la tasa judicial debidamente validado, salvo que concurra alguna de las exenciones previstas en la Ley 10/2012.

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

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por las Ilmas. Sras. Magistradas que la firman y leída por la Ilma. Magistrada Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Secretario certifico.