



Roj: **SAP C 2306/2016 - ECLI:ES:APC:2016:2306**

Id Cendoj: **15030370042016100307**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **4**

Fecha: **05/10/2016**

Nº de Recurso: **453/2016**

Nº de Resolución: **324/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4

A CORUÑA

SENTENCIA: 00324/2016

CORUÑA Nº 5

ROLLO 453/16

S E N T E N C I A

Nº 324/16

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 cinco de octubre 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 0001105 /2015, procedentes del XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 5 de A CORUÑA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000453 /2016, en los que aparece como parte demandada-apelante, BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. MARIA ALONSO LOIS, asistido por el Abogado D. EDUARDO BORREGO PEREZ, y como parte demandante-apelada, Anselmo , representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. ANA MARIA GONZALEZ-MORO MENDEZ, asistido por el Abogado D. ESTANISLAO DE KOTSTKA FERNANDEZ FERNANDEZ, sobre NULIDAD DE CONTRATO.

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 5 DE A CORUÑA de fecha 17-6-2016. Su parte dispositiva literalmente dice: "Se estima la demanda interpuesta por la Procuradora DOÑA ANA GONZÁLEZ-MORO MENDEZ, en nombre y representación de DON Anselmo frente BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. representada procesalmente por la Procuradora DOÑA MARIA ALONSO LOIS.

Se realizan os siguientes pronunciamientos:



- 1.- Se acuerda la anulabilidad por error en el consentimiento de la suscripción realizada por el actor el día 3 de octubre de dos mil nueve de BO BANCO Popular capital conv. V. 20013., por importe de 40.000 euros.
- 2.- Vomo consecuencia de la anterior declaración, la demandada debe proceder al importe de la inversión (40.000 euros), más los intereses legales correspondientes desde cada una de las disposiciones.
- 3.- Se acuerda que la demandante debe proceder a la restitución o, en su caso, compensación de los intereses percibidos (17.095,97 euros), más el interés legal desde cada una desde las respectivas fechas de cobro, así como la restitución de los títulos por parte del actor a la demandada.
- 4.- Se imponen las costas a la parte demandada".

SEGUNDO.- Contra la referida resolución por el demandado 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 lltmo. Sr. Magistrado **D. JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG.**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Planteamiento del litigio.-

El objeto del presente litigio, sometido a consideración judicial en esta alzada, por mor del recurso de apelación interpuesto, radica en la demanda que es deducida por D. Anselmo , contra la entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A., a los efectos de obtener un pronunciamiento judicial, que proclame la nulidad por error en el consentimiento del contrato litigioso, consistente en orden de suscripción de valores, clase y denominación BO. POPULAR CAPITAL CONV.V. 2013" de 3 de octubre de 2009, por un valor de 40.000 euros, y derivado de ésta orden de oferta pública de adquisición mediante canje de "BO.SUB.OB.CONV.PROPULAR V.11-15 ISIN NUM000 , de 3 de mayo de 2012.

Subsidiariamente se ejercitó una acción resolución contractual por incumplimiento del deber de informar.

En ambos casos con la obligación de devolución por el Banco de los 40.000 euros percibidos y restitución por el actor, de las prestaciones recibidas, con intereses.

Seguido el juicio en todos sus trámites se dictó sentencia por parte del Juzgado Primera Instancia nº 5 de A Coruña, en la que declaró la anulabilidad por error en el consentimiento de la suscripción por el actor de los valores documentados en la orden de 3 de octubre de 2009 con recíproca devolución de prestaciones.

Contra el referido pronunciamiento judicial se interpuso recurso de apelación por la demandada, basado en distintos motivos de impugnación, que habrán de ser objeto de su correspondiente examen, por elementales razones de congruencia, cuales son:

- A) La caducidad de la acción
- B) Convalidación del contrato al momento de suscribir el canje de mayo de 2012. Error en la aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la confirmación del contrato anulable.
- C) Cumplimiento de la Ley de Mercado de Valores y de la restante normativa aplicable. Error en la valoración de la prueba documental y testifical.
- D) Ausencia de los requisitos para apreciar el error como vicio del consentimiento contractual.

SEGUNDO: Sobre la caducidad de la acción.-

Aunque no se deduce de la literalidad de la orden de valores, el actor adquirió unos bonos necesariamente canjeables en acciones del Banco Popular con fecha 3 de octubre de 2009, por importe de 40.000 euros.

En principio es necesario señalar que no existe criterio jurisprudencial sobre si el plazo de los cuatro años, que establece el art. 1301 del CC , es de caducidad - de susceptible apreciación de oficio- o de prescripción.

Es cierto que la tesis de la caducidad 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 misma 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 resoluciones 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 1-2 - 02 , 27-2-97 , 27-3-87 y 28-10-74 entre otras), y no de caducidad . . .".

O la STS 769/2014, de 12 de enero de 2015 , del Pleno, "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 precitadas sentencias insiste en tal doctrina al razonar que: "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.

Por su parte, más recientemente la sentencia del Pleno de Sala 1ª 769/2014, de 12 de enero , expresamente citada por la 376/2015, de 7 de julio , señala en el mismo orden de ideas 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, en este caso, la entidad demandada pretende llevar el inicio del cómputo del plazo de los cuatro años para el ejercicio de la acción de anulabilidad a la suscripción de la orden de valores de octubre de 2009, lo que desde luego no es de recibo; pues el contrato en ese momento no se había consumado, sino simplemente perfeccionado, y la constancia real del error sufrido no se adquiere, como se razona en la sentencia apelada, hasta un momento posterior, tras producirse la denominada operación "oferta pública de adquisición mediante canje", desde el cual no ha transcurrido el plazo del art. 1301 del CC , que no puedo en consecuencia haber sido infringido.

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

Y, en este caso, compartiendo el criterio de la sentencia apelada, no se produjo tal conocimiento hasta después de la suscripción de la denominada oferta pública de adquisición mediante canje de "BO.SUB.OB.CONV.PROPULAR V.11-15 ISIN NUM000 , de 3 de mayo de 2012, con lo que no se ha producido un extemporáneo ejercicio de la acción de anulabilidad.

TERCERO: Convalidación del contrato al momento de suscribir el canje de mayo de 2012. Error en la aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la confirmación del contrato anulable.

La confirmación tácita de los contratos, sólo se produce cuando con conocimiento de la causa de nulidad, y habiendo ésta cesado, se ejecuta, por quien está legitimado, un acto inequívoco que implica necesariamente la voluntad de renunciar a ella (SSTS de 24 de marzo de 1956 , 1 de diciembre de 1971 , 10 de abril de 1976 , 8 de junio de 1973 , 27 de octubre de 1980 , 4 de julio de 1991 , 15 de febrero de 1995 , 12 de noviembre de 1996 , 4 de octubre de 1998 entre otras); es decir, que los vicios del consentimiento pueden ser subsanados, confirmándose el contrato, si se reitera en circunstancias tales en las que no pueden suponerse concurrentes las causas determinantes de la existencia del error, lo que no acontece en el caso presente.

O como señalan las SSTS 535/2015, de 15 de octubre y 503/2016, de 19 de julio , «[l]a 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».

Es pronunciamiento de nuestro más Alto Tribunal el que, como regla general, "ni la percepción de liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato, ni la tardanza en reclamar, ni incluso el encadenamiento de diversos contratos, pueden ser considerados actos convalidantes del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento, ya que los mismos no constituyen actos inequívocos de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato" (SSTS 668/2015, de 4 de diciembre y 154/2016, de 11 de marzo).

Pues bien, el hecho de suscribir, en mayo de 2012, el denominado tipo operación "oferta pública de adquisición mediante canje" no significa acto del que quepa deducir una convalidación del contrato suscrito, ni que el actor tomara constancia del producto realmente adquirido, y, por consiguiente, expresase una voluntad inequívoca



de querer convalidar los vínculos contractuales concertados con la entidad demandada, sanando el vicio de consentimiento con que concertó la primigenia suscripción de valores de octubre de 2009.

Desde luego, no se da un enlace racional y preciso entre tal hecho y la conclusión que del mismo se pretende obtener. Precisamente es a partir -posteriormente- de la suscripción de la mentada orden de 2012, y no al tiempo de su firma, cuando se adquiere el conocimiento de la existencia del error, es decir la constancia efectiva por el demandante de la naturaleza del producto realmente adquirido, sin que desde entonces se hubiera llevado a efecto acto de confirmación alguna que, como hemos indicado, no lo constituye la percepción de rendimientos.

CUARTO: Cumplimiento de la Ley de Mercado de Valores y de la restante normativa aplicable. Error en la valoración de la prueba documental y testifical.

En primer lugar, no ha de ofrecer duda que la demandada aconsejó y persuadió al actor para que adquiriese el producto financiero objeto de este pleito. Es más aporta con la contestación un documento conforme al cual entregó al actor un ejemplar completo del documento denominado "información sobre instrumentos financieros ofrecidos por el Grupo Popular" (f 89).

Como explica la STS 688/2015, de 15 de diciembre, con cita de la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), "la 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.

Este art. 4.4 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.

Pues bien, en este caso, es el propio empleado del Banco quien ofertó al actor, como conveniente para sus intereses, el nuevo producto que comercializaba, por su mayor rentabilidad, el cual era desconocido por el actor, camionero de profesión -transportista autónomo-, con estudios de graduado escolar, carente de experiencia financiera de productos como el que le fue ofertado a la fecha de su suscripción.

En definitiva, en modo alguno, cabe deducir que el demandante fuera una persona con especiales conocimientos económicos y financieros, que le permitieran comprender el producto adquirido, sin completas y suficientes explicaciones adicionales por parte de la entidad demandada, o que tuviera experiencia inversora constatada en el conocimiento del producto litigioso a la fecha de su contratación, de manera tal que no necesitase la mentada información.

Es verdad que, en la orden de valores de 3 de octubre de 2009, figura que "el ordenante hace constar que recibe copia de la presente orden, que conoce su significado y trascendencia".

Es cierto también que el Banco ha aportado documento suscrito por el actor, de la misma fecha de la suscripción de la orden de valores, el 3 de octubre de 2009, en el que consta que: "BANCO POPULAR ESPAÑOL ha informado al Cliente de que como consecuencia de la falta de cumplimentación del test por el Cliente, no es posible evaluar la conveniencia del producto/servicio. BANCO POPULAR ESPAÑOL advierte que ha informado al Cliente de esta circunstancia, así como de la naturaleza y de los riesgos asociados al producto/servicio. El Cliente, no obstante, manifiesta que ha decidido, actuando por cuenta propia y con base en sus propias estimaciones contratar el producto/servicio". Hora 12:06.

También resulta acreditado que "manifiesta haber recibido, el presente resumen explicativo de los Bonos Subordinados Necesariamente Canjeables en Acciones del Banco Popular Español S.A. I/2009, lo visó y firmó, en la fecha y lugar que se indican a continuación, a los efectos de la suscripción de la emisión de Bonos Subordinados Necesariamente Canjeables en Acciones del Banco Popular Español S.A. I/2009". Lleva fecha 3 de octubre de 2009.

Con tal base se fundamenta el recurso interpuesto para dar por justificado el cumplimiento de sus obligaciones de información, alegando error en la valoración de la prueba documental y testifical.

Tales argumentos no son de recibo.



En primer lugar, no olvidemos que es reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, de la que es simple expresión la STS 13 de marzo de 2001, la que indica que: "la prueba que emana de un documento privado no es superior a las demás pruebas, y por ello no se infringe el citado art. 1225 del Código Civil cuando se pondera su contenido en relación con otras probanzas - STS de 28 de noviembre de 1986 -", en el mismo sentido la STS 26 de octubre de 2006.

Por otra parte, la jurisprudencia ha tenido ocasión de expresarse sobre las manifestaciones preconstituidas, que figuran en los impresos contractuales de las entidades financieras.

Y así la STS 769/2014, de 12 de enero de 2015, señala que las "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, las SSTS 222/2015, de 29 de abril, 265/2015, de 22 de abril, 651/2015, de 20 de noviembre, entre otras.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2014, dictada en el asunto C-449/13, en relación a la Directiva de Crédito al Consumo, rechaza que una cláusula tipo de esa clase pueda significar el reconocimiento por el **consumidor** del pleno y debido cumplimiento de las obligaciones precontractuales a cargo del prestamista.

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, bastaría la inclusión de tales cláusulas para liberarse el Banco del deber de informar, lo que no es de recibo. No podemos aceptar, por lo tanto, que la simple firma de dicha documentación predisposta sea prueba definitiva del cumplimiento del deber de informar, pues tal conclusión es contraria al principio de la sana crítica y no cubre los deberes contractuales de la demandada.

Igualmente, como hemos destacado, la entrega del resumen explicativo de los Bonos Subordinados Necesariamente Canjeables en Acciones del Banco Popular Español S.A. I/2009, se le entrega al actor el mismo día de la firma de la orden de suscripción anulada. Igualmente ese mismo día, hora y minuto -3-10-2009, 12:06 horas- en que se suscribe la orden de adquisición de valores (f 29), firma otro documento (f 90), conforme al cual le advierte el banco que no es posible evaluar la conveniencia del producto/servicio para el demandante -pese a lo cual, y, en comportamiento totalmente incoherente, tomando la entidad demandada la iniciativa le oferta el producto litigioso (ver declaración del empleado del Banco en el acto del juicio)-.

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.

Desde luego, con evidencia, no es este el caso.

Por otra parte, ni tan siquiera la demandada interrogó a su empleado sobre la concreta información dada al demandante con sus circunstancias. Considerar que se cumplieron las exigencias normativas de información a través de las manifestaciones de dicho testigo conforme a las cuales los bonos "si se canjeaban por acciones, el producto tiene cierto riesgo", o que "como depósito no se presentaba", no resiste la más mínima crítica racional.

Desde luego, tal deber no queda cumplido mediante la utilización de fórmulas preconstituidas en sus formularios contractuales, o a través de la entrega de información escrita sin tiempo material para su examen, amén de la ayuda que requiere su comprensión por la utilización de su compleja terminología que no se encuentra a mano de cualquier persona.



Las circunstancias personales del demandante no le hacen especialmente proclive para el conocimiento del producto ofertado, como antes hemos indicado.

Es más destaca la jurisprudencia que la actuación en el mercado de valores exige un conocimiento experto. El hecho de tener un patrimonio considerable, o que los clientes hubieran realizado algunas inversiones previas no los convierte tampoco en clientes expertos, puesto que no se ha probado que en esos casos se diera a los demandantes una información adecuada para contratar el producto con conocimiento y asunción de los riesgos de una inversión compleja y sin garantías (SSTS 244/2013, de 18 de abril , 769/2014, de 12 de enero de 2015 , 489/2015, de 15 de septiembre y 102/2016, de 25 de febrero .

Igualmente se ha declarado 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 elevado riesgo-.

En efecto, la naturaleza de determinados negocios jurídicos, máxime cuando se trata de productos financieros de riesgo, como son los 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 contratar.

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.

La STS 840/2013, de 20 de enero de 2014, del Pleno de la Sala 1^a 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".

No ofrece duda que la obligación de informar al cliente minorista (art. 78 bis de la LMV) y **consumidor**, como es el actor, que actúa como particular inversor, al margen de cualquier clase de actividad profesional o empresarial (art. 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios y otras leyes complementarias), no consiste simplemente en reflejar las características del producto financiero en el contrato suscrito, sino que exige un estudio previo de la conveniencia del producto ofertado al cliente, realización de los test de conveniencia y, en su caso, de idoneidad precisos, detallada explicación de las condiciones y riesgos de la inversión, de manera tal que el cliente minorista pueda emitir un consentimiento consciente de los compromisos asumidos y de las contingencias inherentes al producto complejo contratado (arts. 2 y 79 bis 8 de la LMV).

Esta información clara, correcta, precisa y suficiente sobre el producto o servicio de inversión y sus riesgos ha de ser suministrada, como señala la STS 102/2016, de 25 de febrero , "por la empresa de servicios de inversión al potencial cliente no profesional cuando promueve u oferta el servicio o producto, con suficiente antelación respecto del momento en que se produce la emisión del consentimiento, para que este pueda formarse adecuadamente".

QUINTO: 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.-

5.1 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 (SSTS del Pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014 , y 769/2014, de 12 de enero de 2015 , 489/2015, de 16 de septiembre y 102/2016, de 25 de febrero entre otras).

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).

5.2 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.

5.3 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 , 769/2014, de 12 de enero de 2015 Y 102/2016, de 25 de febrero).

5.4 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 concurren 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 atmósfera de confianza, depositada en quien se encuentra -como son las entidades financieras- legalmente obligadas a actuar, con objetividad y transparencia, no ofertando productos de riesgo y complejidad, que sean inadecuados al perfil del **consumidor** contratante, y máxime si se reconoce por escrito, como sucede en el presente caso, que "no es posible evaluar la conveniencia del producto/servicio" para su cliente.

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 (STS 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).

Señala el Tribunal Supremo que una información inadecuada permite a un minorista incurrir en un error esencial y excusable (SSTS 384/2014, de 7 de julio , y 53/2016, de 11 de febrero).

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».

En el ámbito del mercado de valores y los productos y servicios de inversión, el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento (STS 102/2016, de 25 de febrero).

Por eso la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo (SSTS 840/2013, de 20 de enero de 2014 y 769/2014, de 12 de enero , entre otras).

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).

En definitiva, apreciamos que no se dio al actor la información adecuada con las precisadas exigencias legales, no se le advirtió de forma debida sobre los riesgos reales del producto adquirido, la documentación facilitada lo fue sin el tiempo mínimo suficiente para su estudio y reflexión, remitiéndonos para ello a todo el contenido argumental expuesto.

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



Que debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida, dictada por el Juzgado Primera Instancia nº 5 de A Coruña, con imposición de las costas procesales de la alzada a la parte apelante.

Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Esta resolución no es firme en Derecho y contra ella cabe recurso de casación por interés casacional, y, en tal caso, extraordinario por infracción procesal a interponer en el plazo de 20 días en este mismo tribunal para su conocimiento por la Sala 1ª 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ