

Audiencia Provincial Civil de Madrid
Sección Decimocuarta
C/ Ferraz, 41 , Planta 4 - 28008
Tfno.: 914933893/28,3828
37007740
N.I.G.: 28.079.42.2-2013/0164425
Recurso de Apelación 151/2015


(01) 30373629663

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 41 de Madrid
Autos de Procedimiento Ordinario 1221/2013

APELANTE: BANCO POPULAR ESPAÑOL SA
PROCURADOR Dña. MARIA JOSE BUENO RAMIREZ
APELADO: 
PROCURADOR D.. ANTONIO GARCIA MARTINEZ

SENTENCIA

ILMOS/AS SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:
D. PABLO QUECEDO ARACIL
Dña. PALOMA GARCIA DE CECA BENITO
D. SAGRARIO ARROYO GARCÍA

En Madrid, a catorce de julio de dos mil quince.

Siendo Magistrado Ponente Dña. PALOMA GARCIA DE CECA BENITO

La Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles Procedimiento Ordinario 1221/2013 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 41 de Madrid, en los que aparece como parte apelante BANCO POPULAR ESPAÑOL SA representado por la Procuradora Dña. MARIA JOSE BUENO RAMIREZ y defendido por la Letrada Dña. ANA ARROYO MARIN, y como parte apelada D. D. , representado por el Procurador D. ANTONIO GARCIA MARTINEZ y defendido por el Letrado D. JUAN JOSE ORTEGA GARCIA; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 05/11/2014.

Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la Sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia nº 41 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 05/11/2014, cuyo fallo es del tenor siguiente:

“Que estimando la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales D. Antonio García Martínez actuando en nombre y representación de D. 

contra la entidad Banco Popular Español, S.A. representada por la Procuradora de los Tribunales D^a. María José Bueno Ramírez. Debo declarar y declaro la nulidad de la orden de compra de bonos subordinados en debate y de la posterior orden de compra de bonos subordinados por canje, así como de la conversión, en su caso y de haberse producido en acciones de la entidad Banco Popular Español, S.A., con recíproca restitución de las aportaciones objeto del contrato, debiendo abonar la parte demandada a la actora el capital invertido por importe de 50.000 euros más los intereses legales de dicha suma desde la fecha de su adquisición, hasta el día en que definitivamente restituya el importe entonces pagado, cantidad que habrá de liquidarse en ejecución de sentencia. Por su parte el actor habrá de restituir a la parte demandada los bonos subordinados adquiridos por canje y, en su caso y de haberse producido la conversión en acciones de la entidad Banco Popular Español, S.A., las acciones recibidas, con abono a la demandada de los intereses percibidos por importe de 10.344,99 €, cantidad que devengará el interés legal desde la fecha de los respectivos abonos.

Todo ello con imposición de costas a la parte demandada

SEGUNDO.- Notificada la mencionada resolución, contra la misma se interpuso recurso de apelación por la parte demandada BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A., al que se opuso la parte apelada D. DIEGO GARCÍA RUIZ y tras dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 457 y siguientes de la LEC, se remitieron las actuaciones a esta sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

TERCERO.- Por Providencia de esta Sección, se acordó para deliberación, votación y fallo el día 30 de junio de 2015.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Se aceptan y se tienen por reproducidos los fundamentos de derecho de la sentencia apelada.

PRIMERO.- La demanda presentada por don ~~XXXXXXXXXX~~ a Banco Popular Español, S.A., pretendía la declaración judicial de nulidad de las órdenes de 7 de Octubre de 2009, de compra de bonos convertibles y contratos vinculados con la citada compra, por falta de consentimiento o en su defecto por vicio del consentimiento, y en consecuencia se proceda a la restitución de las prestaciones, condenando a la demandada a devolver al actor la cantidad invertida de cincuenta mil euros, más el interés legal devengado desde la contratación hasta que se dicte sentencia, incrementado en dos puntos desde su fecha hasta el completo pago, con expresa condena en costas, declarándose la titularidad por la demandada o entidad que ésta designe sobre los bonos o acciones objeto de esta litis; con subsiguientes pretensiones subsidiarias para la declaración de nulidad de los contratos descritos, o para la resolución de los mismos por incumplimiento contractual imputable a la demandada. A dicha pretensión se opuso Banco Popular Español, S.A.

La sentencia dictada en la primera instancia, tras analizar la doctrina jurisprudencial

sobre nulidad y anulabilidad de los contratos, en relación con los arts. 1302, 1301 y concordantes Cc., y sobre el error-vicio de la voluntad contemplado en el art. 1266 Cc., desestima la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la demandada. Examina la naturaleza y características de los bonos subordinados canjeables por acciones de Banco Popular Español, S.A., así como el funcionamiento del producto, y expone las circunstancias y el perfil del demandante, como persona no dedicada al mundo financiero, por más que se trate de un empresario, carente de un historial inversor, menos aún en productos similares. Que el documento número 5 de la contestación, explicativo de la emisión de bonos, refiere que éstos van dirigidos a inversores mayoristas. Que el producto se contrató por oferta del Banco, y no consta que el comercial que lo vendió al actor ofreciera a éste una información clara y veraz, cuya demostración incumbe a la parte demandada. Se valora el test de conveniencia aportado, así como la documentación informativa suscrita con motivo de formalizar la operación, y se concluye que el Banco ha desarrollado una auténtica labor de asesoramiento financiero, sin cumplir adecuadamente el deber de información hacia el cliente, con infracción de la Ley del Mercado de Valores y de la normativa Mifid. Que los resúmenes aportados con la contestación a la demanda se remiten a otros documentos no entregados en ese momento para determinar la descripción completa de los factores de riesgo. El defecto de información apreciado se reputa esencial, referido al riesgo del producto, desconociendo el cliente que contrataba un producto complejo, sin remuneración garantizada y con un riesgo elevado. Se recuerda que el demandante es de origen alemán, con dificultades de comprensión del idioma español, además de carecer de conocimientos financieros. Se recuerda lo dispuesto en el art. 79 LMV sobre los deberes de diligencia y transparencia, y la doctrina jurisprudencial que lo desarrolla. De todo lo cual se concluye la procedencia de estimar la demanda. Que no impide la declaración de nulidad el posterior canje de los bonos suscritos, en Mayo de 2012, porque declarada la nulidad de un negocio jurídico, debe alcanzar a todos aquellos actos conexos realizados con posterioridad. Y se declara procedente la consecuente restitución de prestaciones entre las partes.

SEGUNDO.- Motivos de recurso.

Frente al pronunciamiento estimatorio de la demanda interpone recurso de apelación Banco Popular Español, S.A., alegando en primer lugar que la sentencia valora erróneamente la prueba practicada, con infracción de los arts. 326 y 276 L.E.c., pues no existe deber de asesoramiento específico en materia de inversión, y Banco Popular Español, S.A., ha cumplido con las obligaciones que le incumben, así como su deber de información, como mera comercializadora del producto.

Que no es aplicable el art. 63.1.g) LMV para la comercialización con asesoramiento retribuido, y menos el art. 63.1.d) pues no existe contrato de asesoramiento, ni se pactó comisión o retribución alguna por tal concepto. Por el contrario, se suscribió un Contrato de Depósito y Administración de Valores (documento número 7 de la contestación)

Que la prueba practicada revela que no existió asesoramiento en materia de inversión, y únicamente se produjo el compromiso de dar curso a las órdenes de adquisición de valores recibidas del demandante, lo que corroboró el testigo que compareció al acto del juicio. Que una vez que el actor recibió información sobre el producto litigioso, decidió por su propia voluntad emitir la orden de compra, comprendiendo los riesgos inherentes.

Por la misma razón, la demandada cumplió con practicar al cliente el oportuno test de conveniencia.

Se denuncia asimismo errónea valoración de la prueba practicada, con infracción de los arts. 1265 ss. Cc., pues la parte actora conocía el producto adquirido y sus características,

y no existe vicio de consentimiento. Que el demandante no sólo fue informado en el año 2009 sobre la naturaleza y riesgos del producto, sino también en la operación de canje efectuada en el año 2012, cuando suscribió nuevamente el mismo producto. Que el test de conveniencia practicado arrojó como resultado que el demandante tiene experiencia en productos financieros complejos (doc. 8 del escrito de contestación), y recibió documentación informativa sobre la operación. Además, estuvo percibiendo periódicamente los intereses generados por la inversión. No existe, pues, error de consentimiento, que además habría de serlo esencial y excusable, interpretándose con carácter restrictivo.

TERCERO.- Deber de asesoramiento soportado por Banco Popular Español, S.A. Infracción del deber de practicar test de idoneidad.

No se comparte la argumentación de la apelante, cuando sostiene que no asume deber de asesoramiento por haber firmado con el actor un mero contrato de depósito y administración de valores, sin compromiso de prestar asesoramiento. Pues la existencia y extensión del deber de asesoramiento de la entidad financiera no deriva necesariamente de los pactos escritos alcanzados entre las partes, ni exige como elemento esencial el pago de una retribución.

A tal efecto se considera que Banco Popular Español, S.A., dirigió una recomendación personalizada al demandante, ofertándole la compra del producto. Así resulta del relato de hechos de la demanda, del que se desprende cómo la demandada se dirigió al actor ofertándole la compra del producto, hecho no negado en la contestación (art. 405.2 L.E.c.), y resulta además de la declaración del testigo, quien manifiesta que al acudir al Banco, y comentar la posibilidad de constituir un depósito, el empleado del Banco ofreció ese producto, manifestando que estaba en promoción. Esas manifestaciones no resultan desvirtuadas por el empleado del Banco, que no compareció a juicio a declarar como testigo, y cuya declaración no ha sido propuesta tampoco como prueba en esta segunda instancia por la vía del art. 460 L.E.c.

En ese sentido, el art. 63.1.g) L.M.V. declara que se considerarán servicios de inversión “el asesoramiento en materia de inversión, entendiéndose por tal la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de servicios de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros. No se considerará que constituya asesoramiento, a los efectos de lo previsto en este apartado, las recomendaciones de carácter genérico y no personalizadas que se puedan realizar en el ámbito de la comercialización de valores e instrumentos financieros. Dichas recomendaciones tendrán el valor de comunicaciones de carácter comercial”.

Corroborada la anterior conclusión lo declarado en S. T.S. 20.Ene.2014, de donde resulta que se produce asesoramiento en función de la vía en que el instrumento financiero es ofrecido al cliente, y siempre que se le presente el producto como conveniente y no esté divulgado exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público. Declara dicha resolución que “Como afirma la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (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".

Por lo expuesto, resulta aplicable el art. 79 bis. 6 LMV, en su redacción entonces vigente, en cuya virtud 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.

Pese a resultar acreditado que se produjo asesoramiento a la parte demandante, no puede olvidarse que incluso en el supuesto de que la entidad bancaria se hubiera limitado a prestar servicios de ejecución y transmisión de órdenes de inversión, sin asesoramiento, nos encontramos ante un producto complejo en los términos resultantes del art. 79 bis 8) LMV. Así resulta, además, de la propia documentación confeccionada por la demandada, que califica el producto como destinado a inversores mayoristas, pese a lo que se recomendó a un cliente minorista, como lo era el demandante. Por todo lo cual, era de aplicación el art. 79 bis 7 LMV, en su redacción entonces vigente, en cuya virtud, cuando se presten servicios distintos de los previstos en el apartado anterior, la empresa de servicios de inversión deberá solicitar al cliente, incluido en su caso los clientes potenciales, que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente. Cuando, en base a esa información, la entidad considere que el producto o el servicio de inversión no sea adecuado

para el cliente, se lo advertirá. Bien entendido que el test de conveniencia en cuestión deberá realizarse de forma válida y eficaz.

CUARTO.- Omisión de práctica del test de conveniencia.

Con carácter previo, y sobre las circunstancias del demandante, [REDACTED], se trata de una persona de origen alemán, que no habla ni lee correctamente el idioma español, hecho relatado en la demanda y no negado en la contestación, el cual se tiene por admitido (art. 405.2 L.E.c.). El testigo que comparece a juicio, y que acompañó al demandante al Banco, que tampoco domina perfectamente el idioma español, explica que otras entidades bancarias traducen la documentación entregada al actor al idioma alemán. Dicho testigo es un empleado del demandante, que trabaja como administrativo. Relata que el demandante, antes de los hechos, sólo había contratado un depósito. Que sólo más adelante un empleado del Banco advirtió al demandante sobre el funcionamiento de la inversión “como acciones o bonos”, resultando aquél “enfadado y sorprendido”. Que el demandante es de profesión soldador, y que para cuestiones económicas, laborales o fiscales contratan a un contable y a un gestor.

En el supuesto enjuiciado, el test de conveniencia carece de fecha, y de firma del demandante (f. 229). En consecuencia, no está probado que se realizara test de conveniencia, tal como se denuncia en el escrito de demanda, y no se desvirtúa de adverso, incumbiendo a la demandada la prueba de haber cumplido con las obligaciones impuestas por la legislación Mifid (art. 217.3 y 1 L.E.c.).

Es cierto que, como documento número 8 de la contestación, se presentan tres documentos diferentes, todos ellos en hojas independientes (f. 228, 228 vto y 229), los dos últimos con la rúbrica superior derecha “Banco de Andalucía”, lo que denota que se trata de dos hojas independientes entre sí, y no del anverso y reverso de una misma hoja o documento. El documento al f. 229, bajo la rúbrica de “test de conveniencia realizado”, carece de firma del demandante. El documento al f. 228 vto., contiene la declaración de que se ha realizado al actor test de conveniencia, pero la firma de una fórmula abstracta de reconocimiento no es bastante a justificar la efectiva ejecución del test, ni desde luego que el confeccionado (en su caso) lo fuera el obrante al f. 229, y no otro diferente. Entre otras razones porque no se comprende cómo cabe calificar al cliente como “con experiencia en productos financieros complejos” en el f. 228 vto, a la vista de las respuestas obrantes al f. 229.

Pero, aunque quisiera tener por cierto ese documento que se presenta sin firma, como test de conveniencia, sus respuestas están en abierta contradicción con el resultado de la prueba del presente litigio, así como con los hechos admitidos por la parte demandada, tales como la desvinculación de la formación profesional del demandante, como soldador, con el mundo financiero, o su falta de experiencia inversora o tenencia de productos en cartera, o con el hecho de no haber realizado previamente inversiones financieras.

A mayor abundamiento, según queda dicho, debe además practicarse un Test de idoneidad cuando se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones, mediante la realización de una recomendación personalizada, destacando que las exigencias propias del test de conveniencia son menores que cuando debe valorarse la idoneidad del producto de conformidad con el art. 79 bis 6 LMV.

Declara al respecto la S. T.S. 20.Ene.2014 que "(...) 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 (...).

9. Como afirma la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), "(1)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".

QUINTO.- Deber de información de la entidad bancaria.

Argumenta la apelante haber cumplido con el deber de información al que resulta contractual y legalmente obligada. Sobre dicha cuestión, incumbe a la parte actora la carga de demostrar la existencia del error de consentimiento que declara haber padecido en virtud de la ausencia de información. Pero, correlativamente, Banco Popular Español, S.A. soporta la carga de probar que atendió debida y cumplidamente con su deber de información, asegurándose de que el cliente llegó a conocer la naturaleza, funcionamiento y nivel de riesgo del producto contratado.

Sobre el deber de información declara el art. 79 bis 3 LMV, en su redacción entonces vigente, que "a los clientes, incluidos los clientes potenciales, se les proporcionará, de manera comprensible, información adecuada sobre la entidad y los servicios que presta; sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión; sobre los centros de ejecución de órdenes y sobre los gastos y costes asociados de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa. A tales efectos se considerará cliente potencial a aquella persona que haya tenido un contacto directo con la entidad para la prestación de un servicio de inversión, a iniciativa de cualquiera de las partes.

La información a la que se refiere el párrafo anterior podrá facilitarse en un formato normalizado.

La información referente a los instrumentos financieros y a las estrategias de inversión deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias".

Como tiene declarado ya esta Sala, "El objetivo último de la entidad es que el cliente pueda comprender la naturaleza y los riesgos que asume al contratar el producto

bancario. El cliente minorista deberá estar informado, independientemente de que la entidad bancaria le preste servicio de asesoramiento, gestión de cartera, o cualquier otro servicio de inversión. Es más: una obligación de la entidad bancaria es asegurarse de que el potencial cliente entiende en toda su extensión el producto bancario que está contratando. A mayor abundamiento, no debemos olvidar la normativa en materia de consumo. De este modo, cabe afirmar que los consumidores y usuarios en España cuentan con una consolidada normativa de protección, plenamente aplicable a la contratación bancaria. Así, según establece el artículo 8.d) 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, (en adelante, Ley de Consumidores y Usuarios), es un derecho básico de todo consumidor la información correcta sobre los diferentes productos o servicios, independientemente de que las partes hayan suscrito un contrato de asesoramiento. En efecto, este derecho básico de información ha sido desarrollado en los artículos 17, 20 y 60 LCU, puesto que se trata de garantizar que, cuando un consumidor tome una decisión sobre la contratación de un producto ha de estar bien informado sobre todas las características relevantes de los productos y/o servicios. En efecto, puede afirmarse que la información es uno de los paradigmas del Derecho europeo sobre la protección de los consumidores. Un claro ejemplo de ello ha sido la gran relevancia que ha adquirido la información tanto precontractual como contractual, en la última modificación de la Ley de Consumidores y Usuarios, con motivo de la trasposición del contenido de la Directiva 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, que debería entenderse extensible a este tipo de contratación de productos complejos, en los que la falta de conocimientos específicos en materia financiera exige mayor información, y sobre todo, que la entidad financiera se cerciore de que el consumidor ha entendido los riesgos del producto en toda su amplitud. Resulta evidente que el fin último es garantizar a los consumidores la libertad de elección y decisión, lo que parece imprescindible cuando nos encontramos con productos de inversión complejos y de alto riesgo, como el que nos ocupa, en el que el consumidor contratante simplemente estampa su firma en un documento, sometándose a un clausulado unilateralmente creado por la entidad demandada, que en muchos casos le resulta difícil de comprender y atención a su formación”.

En el supuesto enjuiciado, para demostrar el cumplimiento de la obligación de información, se ha practicado exclusivamente prueba documental.

No compareció como testigo el empleado del Banco que comercializó el producto, y tampoco se ha propuesto su declaración como prueba en esta segunda instancia (art. 460 L.E.c.).

El empleado del demandante que comparece como testigo manifiesta que el demandante no conoce el idioma español, por ser de origen alemán, y que otras entidades bancarias le traducen al alemán los documentos. Que acompañó al actor al Banco, y que el producto le fue ofrecido por un empleado del mismo. Que solicitaron constituir un depósito, y que el empleado del Banco les ofreció ese producto, por estar en promoción, indicando que se trataba de un producto seguro. Que toda la operación duró diez o quince minutos, y no recibieron copia del contrato. Que la empresa del demandante tiene líneas de descuento o de crédito, pero que de las cuentas se ocupa un contable. Que la empresa del demandante no hace inversiones, no compran acciones, y anteriormente había hecho un depósito. Que para las cuestiones laborales y fiscales cuentan con un abogado. Que anteriormente el Banco

idéntica
en todos
los casos

firma
aquí y
firma
aquí

misma
fecha
toda la
doc

explicó al actor que la inversión funcionaba como acciones o bonos, ante lo que éste resultó enfadado y sorprendido. Que el demandante es soldador, que montó una empresa de esa clase en Alemania, y que en España se dedican a esa misma actividad.

Respecto de la información escrita, su examen individualizado no hace sino corroborar el incumplimiento del expresado deber hacia el demandante:

En primer lugar, la orden de suscripción de valores, de 7 de Octubre de 2009, carece de cualquier clase de información relevante sobre la naturaleza y riesgos del producto, limitándose a contener una fórmula automática de conocimiento por el cliente de “su significado y trascendencia”.

El Resumen explicativo de condiciones de la emisión de bonos subordinados necesariamente canjeables en acciones de Banco Popular Español, S.A., I/2009, con la misma fecha 7 de Octubre de 2009, contiene un texto complejo y de comprensión difícil, a lo largo de seis folios, que precisaría en todo caso de una información verbal complementaria prestada por empleados de la entidad bancaria, en términos tales que permitiera su entendimiento a la cliente.

Claúsulas
predispuestas

En idénticas circunstancias se encuentra la documentación emitida en Mayo de 2012, sin perjuicio de lo que luego se añadirá sobre la doctrina de propagación de la ineficacia contractual a otros negocios conexos. En todo caso, en Mayo de 2012 no consta se prestase ninguna información verbal, complementaria o aclaratoria, a la documentación escrita. Se aporta resguardo provisional, de 21 de Mayo de 2015, de recompra de los valores detallados en el apartado valor a entregar con orden expresa de suscripción de los valores detallados en el apartado valor a recibir. Así como Resumen explicativo de condiciones de la emisión de bonos subordinados obligatoriamente convertibles II/2012, Banco Popular Español, S.A., compuesto de cinco páginas, y carente de fecha. Se añade un documento declarativo de que “con anterioridad a su contratación me ha sido entregado un ejemplar completo de la información relativa a la naturaleza de los bonos subordinados obligatoriamente convertibles y sus riesgos inherentes. Dicha información me resulta comprensible y es suficiente para permitirme adoptar una decisión de inversión consciente y fundada”, y otro documento, carente de firma, sobre “información sobre naturaleza y riesgos de los bonos subordinados obligatoriamente convertibles.

Incumplimiento
a ley
banco

Tras examinar los anteriores documentos, en relación con las circunstancias personales y grado de estudios y formación del demandante, no se deduce que comprendiera las características de la operación, sobre todo considerando que los documentos tienen una misma fecha, y por lo que resulta de la única prueba practicada (testifical), la operación tuvo una duración total de diez o quince minutos, lo que evidencia la absoluta insuficiencia de tiempo para comprender el significado del producto, máxime al no haberse probado (art. 217.1 L.E.c.) que el empleado que intervino en ella proporcionase ninguna clase de información verbal aclaratoria de los documentos. Se concluye, pues, que Banco Popular Español, S.A. infringió de modo absoluto el deber legal de información hacia su cliente.

En cuanto a las fórmulas o declaraciones puramente formales enunciadas en esa documentación, sobre el conocimiento por el cliente del producto, o de la operación, o de sus riesgos, características y funcionamiento, y en general sobre cuantas declaraciones de ciencia se incluyen de modo vacuo y automático en la documentación examinada, es de recordar que

el art. 89.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, considera como cláusulas abusivas “las declaraciones de recepción o de conformidad con hechos ficticios”. Por lo que tales declaraciones en modo alguno excluyen el incumplimiento del deber de información, ni se tiene por cierto el conocimiento a que se refieren.

Es cierto que la mera vulneración del deber legal de información soportado por Banco Popular Español, S.A., o en general de cualesquiera de los deberes legales asociados a la formalización de la operación, no comporta, por sí sola y sin más, la nulidad automática del negocio concertado. Lo que sucede es que, cuando el cliente carece previamente de la información suficiente para contratar, la omisión del deber de información implica que suscribe la operación desconociendo la naturaleza y funcionamiento del producto, es decir, esa omisión del deber de información entraña que el consentimiento se presta mediante un error esencial sobre el objeto del contrato. No se trata, pues, de una nulidad contractual fundada en una infracción administrativa, sino basada en la ausencia de consentimiento informado, o prestado mediante error esencial.

Al respecto, declara la S. T.S. 20.Ene.2014 que, “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.

El error que, conforme a lo expuesto, debe recaer sobre el objeto del contrato, en este caso afecta a los concretos riesgos asociados con la contratación del swap. El hecho de que el apartado 3 del art. 79 bis LMV imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como el swap contratado por las partes, el deber de suministrar al cliente minorista una información comprensible y adecuada de tales instrumentos (o productos) financieros, que necesariamente ha de incluir “orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos”, muestra que esta información es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento. Dicho de otro modo, el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero”.

En principio, las entidades bancarias pueden proporcionar la información y advertencias a sus clientes en un formato normalizado, tal como declara el art. 79 bis.7 LMV. No obstante, el deber de información sólo se entiende cumplido si esos formatos normalizados resultan comprensibles y accesibles al cliente según su nivel de experiencia y formación, y si son debidamente explicados en forma verbal de forma que le permitan conocer cuál es la naturaleza y funcionamiento del producto.

Declara esta Sala en S. de de marzo de 2014, que “Desde luego lo que no cabe es cobijarse en la mera suscripción de los denominados test de conveniencia e idoneidad y la suscripción también de un documento, redactado por la propia entidad financiera, en la que supuestamente la parte demandada conocía los riesgos de la operación. Como ya ha tenido ocasión de establecer el Tribunal Supremo en otro tipo de circunstancias análogas, contratos de seguro, la mera suscripción de modelos normalizados como es el caso, y además rellenados en la propia entidad financiera y no por el cliente en su domicilio y después de haber podido reflexionar sobre las circunstancias de la operación, no constituyen en realidad

la declaración o la realización de un verdadero test de conveniencia y desde luego las meras contestaciones o manifestaciones que se hagan en dicho test, como se dice realizado a presencia de los empleados de la entidad financiera, en un modelo facilitado por la misma y con las casillas rellenas a través del ordenador de la oficina, no implica ni mucho menos el cumplimiento de la obligación de información al cliente de los riesgos asociados a la operación, sobre todo si como es el caso se trata de una operación que la propia legislación considera como una operación compleja y la Comisión Nacional del Mercado de Valores la ha conceptualizado así en sus folletos informativos”.

SEXTO.- Ineficacia de la operación de canje formalizada en el año 2012.

Sobre esa cuestión, ante todo la parte demandada tampoco acredita haber cumplido con el deber de información hacia el cliente con motivo de la operación de canje suscrita el 21 de Mayo de 2012, ni puede suponerse éste dispusiera de información o conocimientos al respecto tras declararse acreditado el correlativo incumplimiento del deber de información al suscribir la orden de 7 de Octubre de 2009.



anula el
canje

Asimismo, resulta de aplicación la doctrina jurisprudencial sobre propagación de la ineficacia del contrato a los negocios posteriores conexos. Así, el Tribunal Supremo, en Ss. 22.Dic.2009 y 17.Jun.2010, se refiere a un supuesto en “que las ventas y depósitos de acciones contratadas por diversos clientes con posterioridad a las pérdidas sufridas por la E-20 presuponian en la voluntad de los contratantes la subsistencia de las pérdidas experimentadas en el primer contrato, puesto que constituían un instrumento que, siendo de condiciones similares, se ofrecía a los interesados para enjugar unas pérdidas que se consideraban definitivas sin serlo”, de forma que los contratos posteriores “tenían por objeto enjugar las pérdidas producidas por aquél”.(...) “Sin el primer contrato y las pérdidas que originó quedaría privada de sentido la operación económico-financiera en su totalidad, integrada también por los contratos posteriores. Éstos estaban causalmente vinculados a aquél en virtud de un nexo funcional, pues los clientes de la entidad financiera no hubieran aceptado de nuevo un nivel de riesgo impropio de la inversión originariamente realizada en virtud de un contrato nulo, sino con el propósito de equilibrar los resultados de la operación en su conjunto. Resulta, pues, aplicable el principio según el cual cuando un acto se ofrece en unidad intencional como causa eficiente del posterior la nulidad del primero debe trascender a él (STS de 10 de noviembre de 1964), puesto que la causa se manifiesta en la intencionalidad conjunta de ambos contratos.

En consecuencia, resulta acertada la afirmación de la sentencia recurrida en el sentido de que el anexo posterior era consecuencia del primero y los efectos de la nulidad de éste deben extenderse a aquél, pues, desaparecida la causa del primer contrato en virtud de la nulidad declarada, desaparecen los presupuestos sobre los que se funda la causa del contrato vinculado a él por efecto de aquella declaración de nulidad”.

SÉPTIMO.- El error como vicio de consentimiento. Carga de la prueba sobre el error denunciado por la parte demandante.

Sobre la base de que incumbe a la parte actora la carga de probar el error de consentimiento que alega, del conjunto de lo actuado, destacando especialmente las características personales del demandante, en relación con el demostrado incumplimiento por la entidad bancaria de su deber de información, y con el grado de confianza propio del

contenida en el Código Civil, en el art. 1266 CC, en relación con el art. 1265 y los arts. 1300 y ss. Sobre esta normativa legal, esta Sala primera del Tribunal Supremo ha elaborado una doctrina jurisprudencial, de la que nos hemos hecho eco en las ocasiones anteriores en que nos hemos tenido que pronunciar sobre el error vicio en la contratación de un swap, en las Sentencias 683/2012, de 21 de noviembre, y 626/2013, de 29 de octubre: Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.

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.

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

El art. 1266 CC dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer -además de sobre la persona, en determinados casos- sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, éste es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261.2 CC). Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones - respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato - que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa.

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

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

El error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente cierta, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre el futuro con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia. Aunque conviene apostillar que la representación ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos, de

tal forma que si el conocimiento de ambas cuestiones era correcto, la representación equivocada de cuál sería el resultado no tendría la consideración de error.

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

OCTAVO.- Doctrina de los actos propios.

El hecho de que el producto funcionara por tiempo determinado, y que el cliente conociera la repercusión del mismo en sus cuentas bancarias, no puede alegarse como acto propios de convalidación del negocio, ni denota que tuviera conocimiento de su naturaleza, riesgos y circunstancias. Sobre esa cuestión tiene declarado esta Sala que “no puede traerse a colación la doctrina de los “actos propios”, siempre y cuando el Tribunal Supremo al reconocer que si bien los actos propios prohíben que su autor vaya contra actos que definan claramente su posición o situación jurídica, o tiendan a crear, modificar o extinguir algún derecho, “también lo es que tiene como presupuesto que sean válidos y eficaces en Derecho, por lo que no procede su alegación cuando están viciados por error, ya que aquel conocimiento viciado, es notoriamente incompatible con la exigida «intención manifiesta» (STS 28-9-2009), y también en este sentido, la STS 16-9-2004 rechaza, de manera expresa, que pueda predicarse la doctrina de los actos propios “en los supuestos en que hay error, ignorancia, conocimiento equivocado o mera tolerancia”. Así se deriva, a su vez, de las resoluciones de esta Audiencia Provincial, Sentencias Sección 10ª 31 de octubre de 2013 recurso 406/2013, (fundamentos de derecho 15º y 16º) y de 16 abril de 2014 recurso 47/2014”.

NOVENO.- Costas.

Desestimando el recurso de apelación y de conformidad con lo dispuesto en el art. 398 L.E.c., procede condenar a la parte apelante al pago de las costas causadas en esta alzada.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre de S.M. EL REY

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Bueno Ramírez en representación de Banco Popular Español, S.A., contra la sentencia dictada en autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 41 de Madrid, bajo el número 1221 de 2013, **DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS** dicha resolución en todos sus pronunciamientos, condenando a la parte apelante al pago de las costas causadas en esta alzada.

La desestimación del recurso determina la pérdida del depósito constituido, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985

de 1 de julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

MODO DE IMPUGNACION: Contra esta Sentencia no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la Cuenta de Consignaciones y Depósitos de **esta Sección 14 APM, abierta en la entidad Banco Santander S.A., Sucursal 6114 de la Calle Ferraz, número 43 de Madrid**, con el número **IBAN ES55- 0049-3569-9200-0500-1274**, que es la cuenta general o “buzón” del Banco de Santander, especificando la cuenta para esta apelación concreta: **«2649-0000-00-0151-15»** excepto en los casos que vengan exceptuados por la ley, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

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

PUBLICACION.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe

En Madrid, a diez de septiembre de dos mil quince.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.