


Audiencia Provincial Civil de Madrid  
Sección Duodécima  
C/ Ferraz, 41 - 28008  
Tfno.: 914933837  
37007740  
N.I.G.: 28.079.00.2-2013/0007965



(01) 30186392228

### Recurso de Apelación 457/2013

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 52 de Madrid  
Autos de Procedimiento Ordinario 1119/2011

DEMANDANTE/APELADO: D. [REDACTED]  
PROCURADOR: D. PEDRO AMADO CHARLEZ LANDIVAR  
DEMANDADO/APELANTE: POPULAR BANCA PRIVADA, S.A.  
PROCURADOR: Dª MARÍA JOSÉ BUENO RAMÍREZ

PONENTE ILMO. SR. D. FERNANDO HERRERO DE EGAÑA Y OCTAVIO DE TOLEDO

SENTENCIA	ILUSTRE COLEGIO PROCURADORES DE MADRID	
	RECEPCIÓN	NOTIFICACION
	Nº 406 12 SEP 2014	15 SEP 2014
	Artículo 151.2	L.E.C. 1/2000

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. JOSÉ LUIS DÍAZ ROLDÁN  
D. FERNANDO HERRERO DE EGAÑA Y OCTAVIO DE TOLEDO  
Dª ANA MARÍA OLALLA CAMARERO

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

La Sección Duodécima de 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 de Procedimiento Ordinario 1119/2011 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 52 de Madrid, a los que ha correspondido el rollo 457/2013, en los que aparece como parte demandante-apelada D. [REDACTED] representado por el Procurador D. PEDRO AMADO CHARLEZ LANDIVAR, y como demandada-apelante POPULAR BANCA PRIVADA, S.A. representada por la Procuradora Dª MARÍA JOSÉ BUENO RAMÍREZ.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

**PRIMERO.-** Se interpone demanda en la que el actor indica, en esencia y entre otras cuestiones, que el actor, habiendo recibido estudios hasta los 14 años de edad, se dedicó a partir de dicha edad a la agricultura.

El 3 de abril del año 2006, continúa indicando la demanda, atendiendo a las recomendaciones e indicaciones de la parte demandada, el actor adquirió 1.800.000 € en preferentes internacionales. Dicho producto resulta inadecuado para el perfil de inversor conservador del actor, ocultándosele además datos como la complejidad del seguimiento de la rentabilidad, la posibilidad de quiebra del emisor de los títulos, no recibiendo circular de oferta o folletos explicativos de los productos, vendiéndose éstos como productos sin riesgo.

Solicitaba la declaración de nulidad de la orden de compra y la restitución de la diferencia entre el precio de adquisición de de dos productos financieros y su valor actual, ampliando posteriormente la demanda a otros productos financieros adquiridos como consecuencia de la misma orden de compra.

La parte demandada se opuso a la demandada alegando, entre otras cuestiones, la caducidad de la acción por transcurso del plazo previsto en el artículo 1301 del Código civil.

Indicaba que el actor invirtió voluntariamente en unos productos cuyo contenido conocía, y que ha sido a raíz de las dificultades por las que atravesaron las entidades emisoras islandesas cuando el actor parece haberse percatado de que el contrato fuera nulo, de no haberse producido tal situación, continúa indicando el demandado, el actor no hubiera alegado la existencia de error en la contratación. El actor manifestó su deseo de obtener más rentabilidad, y tras examinar los ratings y las rentabilidades de los cupones decidió invertir en participaciones preferentes.

La sentencia que se recurre en estimó la demanda.

**SEGUNDO.-** Se aceptan y dan por reproducidos los fundamentos de la resolución

recurrida, salvo en aquello en que puedan quedar contradichos por lo expuesto y razonado en la presente resolución.

Cabe indicar que en esta resolución se hará mención a manifestaciones vertidas por diversos intervinientes en el acto de juicio, indicándose en tal caso, de forma aproximada, el momento en que quedaron recogidas tales manifestaciones en la grabación del acto de juicio.

**TERCERO.-** Alega el demandado como primer motivo de su recurso, la infracción del artículo 1301 del Código civil y jurisprudencia que lo desarrolla, ya que entiende que es de aplicar el plazo de cuatro años establecido en dicho precepto, plazo que considera de caducidad.

Tal alegación debe ser desestimada.

**CUARTO.-** En primer lugar, porque el referido precepto establece que el cómputo de dicho plazo ha de realizarse desde la fecha de consumación del contrato, y no desde la perfección del mismo.

Como indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2003, refiriéndose al cómputo del plazo establecido en el artículo 1301 del Código civil, en contratos de tracto sucesivo:

*"Dispone el art. 1301 del Código Civil que en los casos de error, o dolo, o falsedad de la causa, el plazo de cuatro años, empezará a correr, desde la consumación del contrato, norma a la que ha de estarse de acuerdo con el art. 1969 del citado Código. En orden a cuando se produce la consumación del contrato, dice la sentencia de 11 de julio de 1984 que "es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad del contrato de compraventa, con más precisión por anulabilidad, pretendida por intimidación, dolo o error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones ( sentencias, entre otras, de 24 de junio de 1897 y 20 de febrero de 1928), y la sentencia de 27 de marzo de 1989 precisa que "el art. 1301 del Código Civil señala que en los casos de error o dolo la acción de nulidad del contrato empezará a correr "desde la consumación del contrato". Este momento*

*de la "consumación" no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar, como acertadamente entendieron ambas sentencias de instancia, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes", criterio que se manifiesta igualmente en la sentencia de 5 de mayo de 1983 cuando dice, "en el supuesto de entender que no obstante la entrega de la cosa por los vendedores el contrato de 8 de junio de 1955, al aplazarse en parte el pago del precio, no se había consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó....". Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó que "el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo", y la sentencia de 20 de febrero de 1928 dijo que "la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó".*

Tratándose el presente supuesto de un contrato de tracto sucesivo, toda vez que comporta la percepción por parte del actor de los réditos que producen los productos adquiridos, si hay lugar a ello, en tanto en cuanto no se haya consumado el contrato, a través del cumplimiento total de las obligaciones y derechos dimanantes de los contratos que la hoy demandante llevó al demandado a suscribir, no se producirá la consumación a efecto del cómputo del referido plazo.

**QUINTO.-** Por otro lado, si bien la doctrina del Tribunal Supremo considera en ocasiones que el plazo del artículo 1301 del Código civil, es un plazo de caducidad (Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2007 y 2 de diciembre de 2009, entre otras), no obstante no faltan sentencias que lo consideran como un plazo de prescripción, habiendo indicado a este respecto la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1997:

*"Pero es más, y este es un argumento definitivo, la acción de anulabilidad que en su caso ha esgrimido la parte recurrente, está afectada por el instituto de la prescripción, pues ya se ha recalcado que no se da el caso de una nulidad absoluta, sino el simple ejercicio de una acción de anulabilidad, y hay que declarar que el plazo de cuatro años que establece el artículo 1.301 -1 del Código Civiles un plazo de prescripción y no de*

*caducidad, (S.S. de 25 de abril de 1.960, 28 de marzo de 1.965 28 de octubre de 1.974, 27 de marzo de 1.987 y 27 de marzo de 1.989, como las más emblemáticas)."*

Por tanto, si se entiende que nos hallamos ante un plazo de prescripción, aparte de que el nacimiento del plazo se produzca tras la consumación en los términos ya referidos, será aplicable lo dispuesto en el artículo 1969 del Código civil, por lo cual únicamente cuando constase que el actor ha tenido conocimiento del error padecido, se iniciaría el cómputo del plazo prescriptivo.

De lo actuado se desprende que fue la comunicación de la demandada de 9 de Febrero de 2009 (documento 18, página 358), comunicando la nacionalización de los bancos emisores Islandeses y la moratoria en el pago de sus obligaciones, la que permitió al actor conocer el real contenido de lo contratado y la asunción de riesgos de los que, como se indicará posteriormente, no consta que fuese debidamente informado.

Pero es más, incluso si se considerase como un plazo de caducidad, a juicio de esta Sala, dicho plazo habría de computarse igualmente desde que se desvaneció el error, puesto que de lo contrario se produciría el contrasentido de que, precisamente por el error que el demandado provoca, el actor ignoraría la existencia de éste y, de aplicarse el plazo de cuatro años de forma automática, y desde la perfección del contrato, el propio error imputable a la demandada sería el que impediría al actor el ejercicio de sus derechos, lo cual, a juicio de esta Sala, supone una interpretación contraria a la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 24 de la Constitución Española, y al artículo 7 del Código civil y que proscribiera el abuso del derecho, ya que se impediría el ejercicio efectivo de los derechos, y ello precisamente como consecuencia del error al que fue inducido el actor por la conducta de la demandada.

**SEXTO.-** Para concluir, cabe señalar que el artículo 1301 del Código civil es aplicable únicamente a los supuestos de mera anulabilidad, no siendo de aplicación que cuando se trata de acciones que entrañan la nulidad radical o la inexistencia del contrato (Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1994, 20 de octubre de 1999, 14 de marzo de 2000 y 6 de septiembre de 2006, entre otras muchas).

Cuando el contrato se produce vulnerando una norma imperativa, como son las que regulan la información que ha de prestarse al adquirente de productos financieros, y ello es lo que provoca el error en el consentimiento, el contrato será nulo de pleno derecho, tal y como previene el artículo 6. 3 del Código civil, nulidad que se produce ipso iure y que por ello es imprescriptible (Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1988, 23 de octubre de 1992 y 5 de junio de 1994, y 14 de marzo de 2000, entre otras).

En el presente supuesto, la demanda solicita expresamente la declaración de nulidad radical, y por otro lado si bien alega la existencia de error en el consentimiento, lo hace sobre la base de entender que dicho error vino producido por el incumplimiento de la normativa aplicable, en concreto la Ley del Mercado de Valores, y el Real Decreto 629/1993, los cuales establecen normas de carácter imperativo, cuya transgresión determina la nulidad radical por aplicación del referido artículo 6.3 del Código civil.

**SÉPTIMO.-** Indica la parte demandada que carece de legitimación pasiva para soportar la acción y declaración de nulidad de la inversión, ya que son las entidades emisoras de las preferentes las que venden, y no el mediador.

Tal alegación debe ser desestimada, ya que la demandada es quien debe prestar la información que permita al comprador tener conocimiento cabal de qué contrata.

Obviamente quien habrá ocasionado el error, y debe soportarlas consecuencias de la nulidad, será quien haya propiciado la adquisición del producto financiero sin cumplir la normativa que le obliga a dar cumplida información de sus características, ya que es evidente que no es la entidad emisora la que debe prestar tal información. De estimarse la tesis del recurrente, existiría un error propiciado por la demandada del que sin embargo respondería quien no ha intervenido directamente en la perfección del contrato, y por ello no podido cumplir, ni dejar de hacerlo, la obligación de suministrar la correspondiente información.

En el presente supuesto la recurrente no actúa como un mandatario de la entidad emisora, por el contrario, recibe la orden de inversión del cliente (documento 13 de la demanda, folio 290), y es éste quien retribuye la actuación de la hoy demandada, tal y como reconoció el Sr. Iriondo en el acto de juicio (45:40), y si bien lo definió como una mediación

(45:20 y 46:00), lo cierto es que de quien recibe el encargo de realizar la gestión de adquisición de los productos financieros es el demandante, y es éste quien retribuye dicha actuación, por lo cual actúa como mandatario del cliente, ya que con arreglo al artículo 1709 del Código civil existe mandato cuando una persona se obliga a prestar algún servicio o hacer alguna cosa por cuenta o encargo de otra, servicio que, en el presente supuesto, se presta por cuenta y encargo del cliente.

Como indica el artículo 1726 del Código civil, el mandatario es responsable, tanto a título de dolo como a título de culpa, y por ello si su actuación ha provocado la nulidad del negocio jurídico, será él quien haya de responder frente al contratante al que llevó a contratar movido por el error ocasionado por la falta o insuficiencia de información, máxime cuando se trata de información que debe ser prestada por expresa disposición legal.

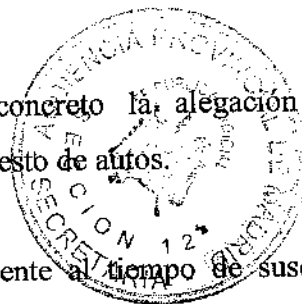
**OCTAVO.-** La parte demandada entiende que existe error en la valoración de la prueba, ya que, aún cuando la sentencia indica que no cabe duda de que existe error esencial, ya que el actor consideró que contrató a un depósito a plazo fijo, de lo actuado, indica, se desprende que no existió tal error, ya que se desprende de lo actuado que el actor buscaba una rentabilidad para el dinero superior a la que las imposiciones a plazo fijo tradicionales daban en ese momento.

Tal alegación debe ser desestimada.

**NOVENO.-** Antes de analizar en concreto la alegación reseñada, procede determinar cuál es la normativa aplicable al supuesto de autos.

La Ley 24/1988, en su redacción vigente al tiempo de suscribirse la orden de inversión, es decir el 3 de abril de 2006, establecía en su artículo 2 b), que quedaban comprendidas dentro de su ámbito de aplicación:

“Los contratos financieros a plazo, los contratos financieros de opción y los contratos de permuta financiera, siempre que sus objetos sean valores negociables, índices, divisas, tipos de interés, o cualquier otro tipo de subyacente de naturaleza financiera, con independencia de la forma en que se liquiden y aunque no sean objeto de negociación en un



mercado secundario, oficial o no.”

El artículo 79.1 de dicha Ley disponía:

“1. Las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el Mercado de Valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, deberán atenerse a los siguientes principios y requisitos:

“a) Comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado.

“b) Organizarse de forma que se reduzcan al mínimo los riesgos de conflictos de interés y, en situación de conflicto, dar prioridad a los intereses de sus clientes, sin privilegiar a ninguno de ellos.

“c) Desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuesen propios.

“d) Disponer de los medios adecuados para realizar su actividad y tener establecidos los controles internos oportunos para garantizar una gestión prudente y prevenir los incumplimientos de los deberes y obligaciones que la normativa del Mercado de Valores les impone.

“e) Asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados.

“f) Garantizar la igualdad de trato entre los clientes, evitando primar a unos frente a otros a la hora de distribuir las recomendaciones e informes.

“g) Abstenerse de tomar posiciones por cuenta propia en valores o instrumentos financieros sobre los que se esté realizando un análisis específico, desde que se conozcan sus conclusiones hasta que se divulgue la recomendación o informe elaborado al respecto.



“Lo establecido en el párrafo anterior no será de aplicación cuando la toma de posición tenga su origen en compromisos o derechos adquiridos con anterioridad o en operaciones de cobertura de dichos compromisos, siempre y cuando la toma de posición no esté basada en el conocimiento de los resultados del informe.

“h) Dejar constancia frente a los clientes de cualquier posible conflicto de intereses en relación con el asesoramiento o con el servicio de inversión que se preste.

“Estos principios, en cuanto sean compatibles con la actividad que desarrollan, también serán de aplicación a las personas o entidades que realicen análisis de valores o instrumentos financieros.

“2. Con arreglo a lo que establezcan las normas que, con carácter general, regulan la contratación por vía electrónica, se habilita al Ministro de Economía para regular las especialidades de la contratación de servicios de inversión de forma electrónica, garantizando la protección de los legítimos intereses de la clientela y sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las empresas de servicios de inversión y su clientela.”

Por su parte, el R.D. 629/1993, sobre Normas de Actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios, vigente hasta el 17 de febrero de 2008, establecía en su artículo 1:

“1. Las disposiciones contenidas en el presente Real Decreto, incluido su anexo, serán de aplicación a las operaciones y actividades mencionadas en el artículo 71 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, que realicen las Sociedades y Agencias de Valores, ya se refieran a valores negociados en algún mercado organizado, oficial o no, situado en España o en el extranjero, ya a valores no negociados en tales mercados.

“2. Lo dispuesto en el presente Real Decreto, incluido su anexo, también se aplicará a las operaciones y actividades relacionadas con el Mercado de Valores que realicen las demás Entidades mencionadas en el artículo 76 de la Ley del Mercado de Valores.

“3. El Capítulo II en su totalidad, el código general de conducta contenido en el anexo y, en la medida que resulte aplicable el artículo 8, serán de aplicación, además, a todas aquellas personas o entidades, públicas o privadas, que realicen cualesquiera actividades relacionadas con los Mercados de Valores, incluidas aquellas de asesoramiento y difusión de información a que se refiere el artículo 77 de la Ley del Mercado de Valores.”

En el artículo 5 de su anexo, denominado Código General de Conducta de los mercados de valores, disponía:

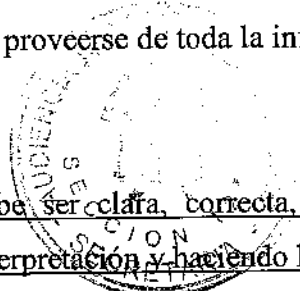
"Información a los clientes.

“1. Las Entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos.

“2. Las Entidades deberán disponer de los sistemas de información necesarios y actualizados con la periodicidad adecuada para proveerse de toda la información relevante al objeto de proporcionarla a sus clientes.

“3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos.

“4. Toda información que las Entidades, sus empleados o representantes faciliten a sus clientes debe representar la opinión de la Entidad sobre el asunto de referencia y estar



basada en criterios objetivos, sin hacer uso de información privilegiada. A estos efectos, conservarán de forma sistematizada los estudios o análisis sobre la base de los cuales se han realizado las recomendaciones.

“5. Las Entidades deberán informar a sus clientes con la máxima celeridad de todas las incidencias relativas a las operaciones contratadas por ellos, recabando de inmediato nuevas instrucciones en caso de ser necesario al interés del cliente. Sólo cuando por razones de rapidez ello no resulte posible, deberán proceder a tomar por sí mismas las medidas que, basadas en la prudencia, sean oportunas a los intereses de los clientes”.

**DÉCIMO.-** Se desprende de lo actuado, y especialmente de los informes periciales del señor Lamothe, que los productos financieros adquiridos objeto de autos presentan las siguientes características (páginas 9 y 11 a 15 del informe de la demanda originaria y páginas 3 a 8 de del informe aportado con la demanda acumulada):

- No confieren derecho a voto y participación en el capital.
- Su rentabilidad no está garantizada, ya que depende ésta de que el emisor obtenga beneficios cada año.
- El emisor tiene derecho, pero no obligación, de comprar las participaciones a un valor determinado en una fecha determinada.
- El orden de prelación para el cobro es el penúltimo en el orden de preferencia, ya que se encuentra únicamente por delante del derecho al cobro de los accionistas.
- No gozan de garantía por parte del fondo de garantía de depósitos.
- Se trata de productos complejos y de elevado riesgo.

**UNDÉCIMO.-** En atención a la normativa anteriormente reseñada, la parte demandada debió prestar al actor cumplida información de tales características de los productos financieros que adquiriría.

Incumbe a la parte demandada acreditar que el deber de información que la legislación le impone ha sido debidamente cumplido, ya que de lo contrario se impondría al demandante la carga de una prueba de un hecho negativo (Ver Sentencias de esta Sala de 27 de Noviembre y 11 de septiembre de 2013, y Baleares, sección 3ª, de 17 de octubre de 2012, Valencia, 26 de abril de 2006, León, Sección 1ª, de 5 de marzo de 2013 y Orense, sección 1ª, de 28 de febrero de 2012).

**DUODÉCIMO.-** No se desprende de lo actuado que se haya prestado al demandante información que le permita tener conocimiento de las características esenciales de los productos financieros objeto de la orden de inversión.

Por el contrario, la orden de inversión (folio 290, documento 13 de la demanda) denomina los productos como: estructura renta fija “preferentes internacionales”.

Establece en distintos casilleros el importe de la inversión, el porcentaje TIR, la fecha de vencimiento, la ponderación, el tipo de ponderación anual y el nombre del emisor.

A continuación indica:

“PLAZO INVERSIÓN: Medio-Largo Plazo. Amortizables según fechas, primera posible en julio de 2006. Hasta la fecha de amortización el principal puede estar sujeto a variaciones de mercado mientras el cupón es fijo.

“DISPONIBILIDAD: Al tratarse de una estructura que se compone de Preferentes, tiene liquidez siempre que sea posible en el mercado, si bien la primera fecha de vencimiento de amortización es el 30-07-2009.

“COBRO DE INTERÉS (cupones): Trimestral, en la cuenta corriente soporte de la inversión.

“FECHA INVERSIÓN: 03-04-2006”

Señala, por tanto, que la inversión es a medio o largo plazo, amortizable según fechas, primera posible en julio de 2006. Se indica que tiene liquidez siempre que sea posible en el mercado, si bien la primera fecha de vencimiento es el 20 de julio de 2009, y se señala que el cobro de intereses será trimestral (folio 290).

De tan escuetas, y por lo demás no muy explícita las indicaciones, no cabe entender que el hoy actor pudiera conocer las características de los productos anteriormente reseñadas, y menos aún si se tiene en cuenta el deber legal que sobre la demandada recae, y que le obliga a dar cumplida información de las características del producto, al objeto de que el cliente pueda hacerse cargo de los riesgos que contrae y de las características esenciales del mismo.

No se le indica que la posibilidad de recuperar su dinero está sujeta a la libre voluntad del emisor que podrá, o no, amortizarlas en una fecha determinada. Únicamente se indica que la primera fecha posible es en julio de 2009, pero sin hacer referencia a que dicha amortización está sujeta a la voluntad exclusiva del emisor.

Tampoco la referencia a la disponibilidad es clara, ya que se indica que al tratarse de Preferentes, tiene liquidez siempre que sea posible en el mercado, pero lejos de indicar que habrá que acudir al mercado para el caso de que el emisor decida no amortizarlo, acto seguido señala, "si bien" la primera fecha de vencimiento es la de 30 de julio de 2009, y aún cuando tales expresiones carecen de la claridad que la normativa referida exige, en todo caso, en vez de indicar con claridad que el vencimiento es potestativo para el emisor, lo que de ellas se puede deducir es que se podrá acudir al mercado, pero en todo caso ("si bien") la primera fecha de amortización es la de 30 de julio de 2009, lo cual induce a pensar que en dicha fecha, y en las demás fijadas para cada producto, se producirá la amortización y que previamente se podrá negociar en el mercado la venta del producto.

Tampoco se le indica que el interés queda sujeto a la existencia de beneficios por parte de la entidad emisora, por el contrario, se señala que el devengo será trimestral, sin indicar que queda sujeto a la obtención de beneficios.

Tampoco se indica que se trata de un producto de elevado riesgo y que implica la

posibilidad de perder el capital invertido, ni que la inversión no está amparada por el fondo de garantía de depósitos, y que en el orden de prelación de su crédito únicamente tiene prioridad con respecto a los propios accionistas, quedando pospuesto con respecto a cualesquiera otros acreedores.

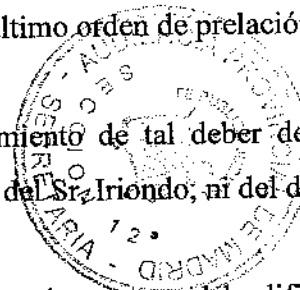
Es más, la propia denominación ya de por sí induce a error, ya que se denomina “renta fija”, cuando como queda indicado no lo es, ya que su rentabilidad depende de los beneficios del emisor, o al menos no es renta fija en el sentido vulgar del término, es decir como sinónimo de rentabilidad constante y a un tipo determinado.

Debe tenerse en cuenta que el deber de información que pesa sobre la demandada debe incidir, precisamente, sobre aquellos aspectos que en el ámbito financiero pudieran obtener una denominación que, fuera de dicho ámbito, responda a otra concepción distinta, ya que, salvo que el cliente sea una persona con específicos conocimientos financieros –que no es el caso del actor, que es agricultor (doc. Nº 7 de la demanda, folios 190 y Ss)- únicamente explicando el alcance de términos financieros que pudieran resultar equívocos, el cliente podrá conocer cabalmente el riesgo que asume, y los derechos que realmente obtiene.

También incide en el equívoco el hecho de que se denominen preferentes, lo cual parece denotar un trato de preferencia o prioridad en el titular, preferencia que no existe, por el contrario, en lo que se refiere a la prelación crediticia, sería más adecuado llamarlas como postergadas, dada su relegación hasta el penúltimo orden de prelación crediticia.

**DECIMOTERCERO.-** El cumplimiento de tal deber de información no queda acreditado, a juicio esta Sala, por la testifical del Sr. Iriondo, ni del director de la sucursal.

En primer lugar, cabe señalar con carácter general la dificultad de que la prueba testifical pueda determinar cumplidamente que se ha ofrecido al cliente información en los términos que exige la normativa referida, ya que no es suficiente proporcionar información, es preciso que dicha información sea clara, veraz y permita al cliente conocer cabalmente el contenido de los derechos y obligaciones que asume como consecuencia de la contratación. Para ello será determinante el conocer, no sólo sobre qué aspectos pudo girar la información instalada, sino en qué términos concretos lo fue, al objeto de poder con ello discernir si la



información se transmitió de forma tal que el hoy demandante pudiera tener conocimiento del contenido del producto que adquiriría, pese a su complejidad evidente.

Por lo demás, cabe añadir a lo indicado que el primero de tales testigos, Sr. Iriondo, como persona que realizó personalmente la operación (41:40), es obviamente el primer y más directo obligado al cumplimiento de la obligación de información, y por ello su testimonio carece de la objetividad e imparcialidad precisas para producir efectos probatorios, dado que es obvio que quien tiene encomendada la función de informar debidamente, tiende a mantener que así lo hizo, y ello incluso haciendo abstracción de las posibles consecuencias patrimoniales que un reconocimiento de que no actuó debidamente pudieran conllevar, todo lo cual priva a dicho testimonio de la objetividad e imparcialidad necesarias para producir efectos probatorios.

Pero es más, dicho testigo manifestó que en el presente supuesto en lo que denominó la “boleta de compra”, se completó la información básica, es decir el producto que se compraba y el precio, con menciones que hacían referencia a las condiciones generales de dichos productos (53:10 a 54:00).

Por tanto, debe entenderse que las indicaciones que constan en la orden de inversión anteriormente reseñada, reflejan la información que dicho testigo afirma haber dado al hoy actor, o cuando menos la que considera esencial para la correcta comercialización del producto, si bien la misma, a juicio de esta Sala y tal y como queda indicado, resulta claramente insuficiente para determinar los riesgos de la operación y los concretos derechos que el cliente asumía.

Parece obvio que si con tales indicaciones se pretendía documentar lo que se entendía por características básicas del producto que el actor debía conocer, lejos de ser así, lo que revelan es la consignación de diversas características que permiten tener conocimiento de las características del producto, tal y como se señaló anteriormente.

Por otro lado, el referido testigo manifestó que, a su juicio, se trataba de un producto de renta fija, ya que tenía un cupón fijo, y que otra cosa era el subyacente, es decir el emisor (51:20 y 56:40 a 57: 30), por tanto, y aún cuando manifieste que le explicó al hoy

demandante que la rentabilidad dependía de los beneficios del emisor (51:40), resulta lógico inferir que la explicación que pudieran dar sobre el carácter de renta fija, difícilmente desvanecería el equívoco, dado que el propio testigo lo considera como un producto de renta fija al tener un cupón fijo, cuando realmente se trata de un producto que no ofrece una rentabilidad fija, sino condicionada.

Igualmente manifestó que carecía del folleto de las emisiones (52:10), por lo cual difícilmente podía dar una explicación concreta de las características de cada emisión, al objeto de determinar los riesgos y las condiciones concretas en que cada emisor emitía su producto.

En lo que se refiere al director de la sucursal bancaria, aparte de ser empleado de Banco Popular (22:00), claramente vinculado societariamente con la entidad demandada, en todo caso, únicamente manifestó que recordaba que alguna explicación se le dio, pero no sólo no concretó qué explicación se le había dado, sino que aclaró que no recordaba dichas explicaciones, dado el tiempo transcurrido y la multiplicidad de asuntos similares (20:20 a 20:50).

Por tanto, debe entenderse que al celebrarse el contrato objeto de autos el actor incurrió en error, debido a la falta de información suficiente sobre el contenido del producto que adquiriría, lo cual conlleva la nulidad del contrato por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1266 del Código civil.

**DECIMOCUARTO.-** Por lo indicado las alegaciones del recurrente, en el sentido de que lo que pretendía el actor era obtener una rentabilidad superior a la que ofrecía la renta fija el ofrecía el Banco Popular, no inciden en lo indicado.

El hecho de que se busque una rentabilidad superior a la que ofrece determinado producto, ni priva al cliente de su derecho a ser debidamente informado del producto que adquiere, ni exonera a la demandada de su obligación de dar cumplida y suficiente información de las características del producto.

Aparte de ello lo que se desprende de lo actuado, a juicio de esta Sala, es que el



actor simplemente buscaba una rentabilidad más alta que la que le ofrecía el Banco Popular, pero sin renunciar por ello a que se tratase de un producto de renta fija, entendido en el sentido vulgar del término, es decir como depósito a plazo fijo.

Así se desprende de la propia testifical del director del banco, señaló que en el año 2004 el actor ya pidió una renta más alta que la que le daba el plazo fijo (22:50), y el Sr. Iriundo indicó que dado el nivel de rentabilidad que buscaba el demandante, se buscó un producto de renta fija que se adecuase a sus pretensiones (1:03:30).

Por tanto, ambos testigos lo que señalan es que buscaba una renta más alta que la que le ofrecía el depósito a plazo fijo del Banco popular, lo cual no significa necesariamente que por ello desease otra inversión distinta a la de un depósito a plazo fijo, sin perjuicio de que no por ello renunciase obtener la máxima rentabilidad, lo cual fue por otro lado lo que vino a indicar el actor ante las preguntas a las que fue sometido por SS<sup>a</sup>, y a las que alude el recurrente, ya que el mismo señaló que quería un plazo fijo, pero cuanto mayor rentabilidad mejor (59:40 a 1:01:00).

Tampoco se llega a otra conclusión por el hecho de que al actor se le ofreciesen otros posibles productos a adquirir, ya que la cuestión no estriba en determinar si existe una diversidad de productos, sino en determinar si con respecto a aquellos que adquirió obtuvo información suficiente para conocer su contenido en los términos ya indicados.

**DECIMOQUINTO.-** Indica el recurrente que el actor tardó más de cuatro años en reclamar, y no solicitó la devolución de lo entregado en las fechas de vencimientos, y de haber considerado que había contratado un depósito a plazo fijo, debería haber solicitado la devolución el 30 de julio de 2009 o el 27 de junio de 2010, fechas que, según la orden de compra, aparecían como fechas de vencimiento.

Tal alegación debe ser desestimada.

Es precisamente la falta de información que se suministra al actor la que le impide a éste tener cabal conocimiento de aquello que ha contratado.

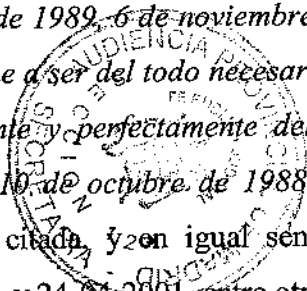
De ahí que el hecho de que hayan transcurrido cuatro años hasta que efectúa la primera reclamación no signifique aceptación del contrato, ya que éste es tan sumamente oscuro y ofrece tan insuficiente información, que puede producir perfectamente sus efectos sin que el actor se aperciba por ello de las reales consecuencias que conlleva la operación a la que le condujo la incompleta información suministrada por el apelante.

En realidad el recurrente, aunque no lo indique expresamente, pretende aplicar al demandante la doctrina de los actos propios.

Como señala la sentencia de esta Sala de 30 de junio de 2014:

“En nuestra Sentencia de 30 de septiembre de 2.013, decíamos que “la doctrina de los actos propios se sustenta básicamente en la buena fe a la que alude el artículo 7.1 del Código civil, de tal manera que quien realiza de forma consciente y con voluntad de crear un determinado estado a través de su actuación, no puede volverse atrás posteriormente por su propia conveniencia, contradiciendo su actuación previa y vulnerando con ello la buena fe que ha de presidir las actuaciones jurídicas.

“Efectivamente, existen actos propios cuando se realizan: *“los mismos como expresión del consentimiento han de realizarse con el fin de crear, modificar, obrar o extinguir algún derecho, causando estado y definiendo unilateralmente la situación jurídica del mismo y para que tengan naturaleza de sujeción han de ser concluyentes y definitivos (SSTS 16 de febrero de 1988, 25 de enero de 1989, 6 de noviembre de 1990, 14 de mayo de 1991 y 27 de junio de 1991, con lo que viene a ser del todo necesario que el acto se presente como solemne, preciso, claro, determinante y perfectamente delimitado, no ambiguo ni inconcreto (SSTS de 22 de septiembre y 10 de octubre de 1988 y 4 de junio de 1992)”* (transcrito de la STS de 21-05-2001 ya citada, y con igual sentido las también citadas anteriormente STS 12-07-1997, 24-05-2001 y 24-04-2001, entre otras), no pudiendo actuarse en contra de los actos propios ya que ello entrañaría quebrar la buena fe que ha de presidir las relaciones jurídicas, ya que como indica la como indica la STS de 24-5-2001, el ir contra los actos propios implica que *“exista una incompatibilidad o contradicción según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta precedente -sentencias, por citar entre las más recientes, de 18 de enero de 1990, 5 de marzo de 1991, 4 de junio y 30 de octubre de*



1992, 12 y 13 de abril y 20 de mayo de 1993, 17 de diciembre de 1994, 31 de enero, 30 de mayo y 30 de octubre de 1995, 21 de noviembre de 1998, 4 de enero, 13 de julio, 1 de octubre y 16 de noviembre de 1999, 23 de mayo, 25 de julio y 25 de octubre de 2000, 27 de febrero y 16 de abril de 2001-.”(en similar sentido STS de 21-05-2001, 15-06-2001, 14-02-2002, entre otras).”

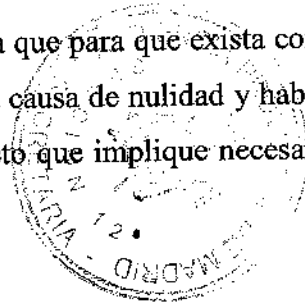
Dado que, tal y como queda indicado, no consta acreditado que el actor recibiese la información que legalmente debía ser suministrada por la demandada, resulta obvio que el hecho de reaccionar frente al contrato suscrito una vez que comprobó que le era gravoso, es decir cuando recibió el cargo negativo para sus intereses, no supone ir contra sus propios actos al no vulnerar la buena fe, por el contrario, denota la reacción propia de quien comprueba lo inesperadamente gravoso que resulta el contrato suscrito”.

La aplicación de la referida doctrina al presente supuesto lleva a desestimar tal alegación.

**DECIMOSEXTO.-** Indica igualmente que el actor tardó más de cuatro años en reclamar, refiriéndose además únicamente a las preferentes emitidas por los bancos islandeses, lo cual, indica, lleva a la conclusión de que aceptó la inversión en las participaciones preferentes, por lo que aun existiendo hipotéticamente el error, tal reclamación parcial supondría la confirmación del contrato con respecto a los otros productos bancarios.

El artículo 1311 del Código civil señala que para que exista confirmación tácita del contrato es preciso que “con conocimiento de la causa de nulidad y habiendo ésta cesado, el que tuviese derecho a invocarla ejecutase un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo”.

Por otro lado, el referido precepto pone de relieve que la confirmación supone la renuncia al derecho a ejercitar la acción de nulidad, siendo reiterada la doctrina del Tribunal Supremo que señala que la renuncia los derechos debe ser inequívoca, deducida de actos concluyentes que no ofrezcan duda sobre la voluntad de renunciar, ya que la renuncia ha de ser: “*expresa y contundente, con manifestación indiscutible de criterio de voluntad*”



*determinante de la misma, o deducida de actos o hechos de los que se deduzca inequívocamente y sin ambigüedad alguna (Sentencias de 5-3, 3-6, 28 y 31-10 y 5-12-1991, 14-2-1992, 31-10-1996 y 19-12-1997)” (transcrito de STS de 11-10-2001, en igual sentido Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2001, entre otras muchas).*

Aparte de reiterar lo ya indicado con respecto a la insuficiente información suministrada al demandante y el consiguiente desconocimiento por su parte del contenido concreto de lo adquirido, y en consecuencia de la causa de nulidad invocable, cabe añadir en lo que se refiere a la confirmación de tales participaciones que el hecho de que únicamente se reclame por las correspondientes a los bancos islandeses, no significa necesariamente la voluntad de renunciar a la reclamación que pudiera proceder por las restantes.

Obviamente, al conocer la adversa situación de las entidades bancarias islandesas, el hoy actor muestra su rechazo a la contratación a la que le indujo la información recibida del actor, lo cual no significa que renuncie a reclamar por las demás participaciones adquiridas, ya que para ello sería preciso que actuase en forma tal que indudablemente hubiese aceptado el resto de la contratación pese a no haber sido informado debidamente de su contenido, no bastando para ello el que se ciña su reclamación a unas participaciones concretas.

**DECIMOSÉPTIMO.-** Considera el recurrente que el error no es excusable, señalando que la falta de información no produce automáticamente dicho error, debiendo evaluarse si el error era vencible con una mínima diligencia por parte del actor.

Tal alegación debe ser desestimada.

Como señala la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de de 20 de enero de 2014, que resuelve sobre la nulidad de un contrato de permuta financiera, el artículo 79 bis de la Ley de Mercado de Valores, en su redacción posterior a la reforma introducida en el año 2008, exige que la información sea clara y comprensible, y que advierta al cliente de los riesgos de la operación: *“la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y*

*la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente.”.*

Si bien dicha sentencia, como queda indicado, se sustenta sobre la posterior redacción de la Ley de Mercado de Valores, no obstante, a juicio de esta Sala, el razonamiento que contiene es aplicable al presente supuesto, toda vez que la legislación que queda reseñada igualmente contiene la obligación de dar información completa al cliente, tal manera que éste conozca el contenido de la operación a contratar, con especial incidencia en los riesgos de la operación.

Por tanto, dado que, como se ha indicado, no consta que se le suministrase al actor información suficiente sobre el contenido del producto que adquiriría, el error en que incurrió es excusable.

**DECIMOCTAVO.-** Alega el recurrente que se infringe el artículo 1303 del Código civil, ya que establece la obligación de devolverse, recíprocamente, lo percibido, solicitando la demandante que se le restituya el importe de 1.800.000 €, sin hacer mención a su correlativa obligación de restituir las participaciones y sus frutos, es decir los cupones cobrados.

Tal alegación debe ser estimada.

Es reiterada la doctrina del Tribunal Supremo que señala que la nulidad del contrato conlleva la restitución recíproca de las cosas que hayan sido materia del mismo, con sus frutos y el precio de sus intereses, y dicha obligación de restitución no nace del contrato anulado, sino de la propia Ley, por lo cual no necesita petición expresa de la parte, pudiendo ser declarada por el juez en cumplimiento del principio “Iura novit curia”, sin que ello suponga alterar la armonía entre lo pedido y lo concedido (Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1983, 24 de febrero de 1992, nueve de noviembre de 1999 y 22 de noviembre de 2005, entre otras).

Declarada la nulidad del contrato que tenía por objeto la adquisición de las

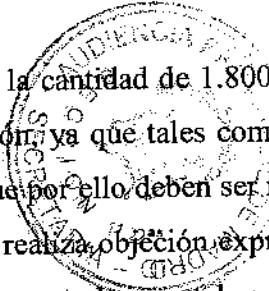
participaciones, el actor tiene derecho a percibir aquello que entregó por consecuencia del contrato, si bien deberá igualmente restituir los intereses percibidos, es decir los réditos que en su día produjeron dichas participaciones, así como las propias participaciones que adquirió como consecuencia del contrato nulo.

**DECIMONOVENO.-** La actora solicitaba en su demanda, y en la ampliación de la misma, con carácter principal la restitución del importe de las inversiones, y con carácter subsidiario el importe de los perjuicios sufridos, según los informes periciales aportados.

Se desprende de los referidos informes periciales, en relación con el suplico de las respectivas demandas, que la pretensión subsidiaria iba encaminada a determinar el valor de mercado de las participaciones, reclamando la diferencia entre el valor de la inversión y el valor que en dichos informes se estimaba tenían las participaciones, o el valor que tuviese el instrumento financiero a determinar en ejecución de sentencia (página 108 del primer informe, y página 108 del primer informe y página 15 de la ampliación de la demanda y página 29 del segundo informe).

Tal pretensión subsidiaria no es de acoger, tal y como por otro lado no acoge la sentencia recurrida, toda vez que las consecuencias de la nulidad son las ya indicadas, esto es, la restitución recíproca de lo percibido, por lo cual procede acoger la pretensión principal, si bien añadiendo las consecuencias legales ya referidas, que la declaración de nulidad que el propio declarante insta y obtiene conllevan.

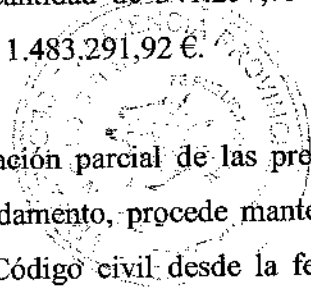
Por tanto, el actor deberá recibir la cantidad de 1.800.000 €, así como 24.549,65 € cobrados por la demandada como comisión; ya que tales comisiones son una consecuencia más del contrato que se declara nulo, y que por ello deben ser restituidas, cuantía y concepto con respecto al cual la hoy recurrente no realiza objeción expresa al contestar a la demanda (hecho décimo tercero, folios 906 y 907), y en todo caso tal es el importe que asigna el perito designado por la demandante a las comisiones percibidas (página 108 del primer informe), sin que exista motivo para dudar de la veracidad de tales conclusiones, y sin que por lo demás exista prueba, a juicio de esta Sala, apta para desvirtuar tal cuantificación; es más, pese a que tal importe está comprendido dentro de la condena que quedó fijada en el auto aclaratorio de sentencia de 8 de abril de 2013, el recurrente no indica en el recurso los



motivos por los que entiende que dicho importe debe ser detráido de la cuantía de la condena, lo cual incide en la procedencia de incluir tal importe en la cuantía de lo que ha de ser restituido al actor.

No obstante, el actor deberá restituir las participaciones que percibió y el importe de los réditos que obtuvo, los cuales indica la demandada en su contestación a la demanda y a la ampliación de ésta, ascienden a la cantidad de 341.257,73 €, aportando la recurrente como documento 2 bis de su contestación a la demanda (folios 963 a 1039) movimientos que reflejan el abono de las cantidades que a tal efecto consigna y detalla tanto en la contestación a la demanda (páginas 37 y 38) como en su ampliación a la misma (página 22), documento que no fue impugnado en cuanto a su autenticidad, ya que la actora, en la audiencia previa manifestó no cuestionar la autenticidad de los documentos, impugnándolos únicamente en cuanto a las valoraciones probatorias que de ellos realizaba la parte contraria (23:00, aproximadamente, de la audiencia previa), si bien no cuestionándose la autenticidad de dichos documentos ni existiendo, a juicio de esta Sala, prueba que contradiga lo que de los mismos resulta, esto es, que se trata de abonos realizados al actor por los conceptos que figuran en ellos, y que se refieren a las entidades emisoras de las participaciones precedentes objeto de autos, no habiéndose cuestionado por lo demás el importe que de tales movimientos resulta, ni habiéndose considerado hecho controvertido (22:20, aproximadamente, y siguientes de la grabación de la audiencia previa), por todo ello debe tenerse por acreditada la realización de tales abonos, y en consecuencia procede descontar del importe de la condena la referida cantidad de 341.257,73 €, por lo cual asciende el importe a abonar al actor a la cantidad de 1.483.291,92 €.

**VIGÉSIMO.-** Pese a la estimación parcial de las pretensiones de la actora con arreglo a lo indicado en el anterior fundamento, procede mantener el devengo del interés legal previsto en el artículo 1108 del Código civil desde la fecha de interposición de la demanda que impone la sentencia recurrida, ya que según reiterada doctrina del Tribunal Supremo, para determinar la procedencia del devengo de tal tipo de intereses debe atenderse, no tanto a la estimación total o parcial de las pretensiones formuladas, como a la razonabilidad de la oposición formulada por la parte demandada oponiéndose al pago de la cantidad de la que resulta deudora (STS de 5 de abril de 2.005, 15 de abril de 2.005, 30 de noviembre de 2.005, 20 de diciembre de 2.005, 31 de mayo de 2.006 y 13 de octubre de



2010, entre otras muchas), sin que, a juicio de esta Sala, los argumentos ofrecidos por la demandada para oponerse a la nulidad del contrato tengan suficiente sustento como para entender que su oposición total al pago de lo reclamado era razonable, en el sentido de evitar el devengo de intereses por la cantidad de la que es deudora.

**VIGESIMOPRIMERO.-** Estimándose parcialmente la demanda, no procede hacer imposición de las costas causadas en la primera instancia de este proceso, por aplicación del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El hecho de que la estimación parcial provenga de la aplicación de las consecuencias legales inherentes a la nulidad declarada, no lleva a otra conclusión, toda vez que con independencia de cuál sea el fundamento que lleve a estimar parcialmente las pretensiones, ello conlleva la no imposición de costas.

Con arreglo al artículo 398.2 LEC, y dado que se estima el recurso, no procede hacer imposición de las costas causadas en esta alzada.

**VISTOS** los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

### **FALLAMOS**

Que ESTIMANDO PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por POPULAR BANCA PRIVADA, S.A. contra la sentencia de fecha 18 de febrero de 2013 dictada en autos de Procedimiento Ordinario 1119/2011 del Juzgado de Primera Instancia nº 52 de Madrid en los que fue actor [REDACTED] DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS PARCIALMENTE la referida resolución, así como el auto de aclaración de la misma de 8 de abril de 2013, condenando a la demandada a abonar al actor la cantidad de 1.483.291,92 €, cantidad que devengará el interés legal desde la fecha de interposición de la demanda, no haciendo imposición de las costas causadas en la primera instancia de este proceso, no haciendo imposición de las costas causadas en esta alzada.

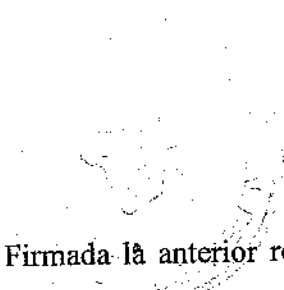
La estimación del recurso determina la devolución del depósito constituido, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985



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.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de casación por los motivos previstos en el artículo 477.2.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con lo dispuesto en la Disposición Final Decimosexta de la misma Ley, si concurren los requisitos legalmente exigidos para ello, el cual habrá de ser interpuesto por escrito a presentar en el plazo de veinte días ante este mismo Tribunal, que habrá de cumplir las exigencias previstas en el artículo 481 de dicho Texto legal, 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 depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en Banco de Santander Oficina Nº 6114 sita en la calle Ferraz nº 43, 28008 Madrid, con el número de cuenta 2579-0000-00-0457-13, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

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



**PUBLICACIÓN.-** 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