

Rollo nº 000360/2016

Sección Séptima

SENTENCIA Nº 196

SECCION SEPTIMA

Ilustrísimos/as Señores/as:

Presidente/a:

D. JOSE ANTONIO LAHOZ RODRIGO

Magistrados/as

D^a PILAR CERDAN VILLALBA

D^a MARIA IBAÑEZ SOLAZ

En la Ciudad de Valencia, a nueve de mayo de dos mil dieciséis.

Vistos, ante la Sección Séptima de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia en grado de apelación, los autos de Juicio Ordinario - 000914/2014, seguidos ante el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 21 DE VALENCIA, entre partes; de una como demandado/s - apelante/s CAIXABANK, S.A., dirigido por el/la letrado/a D/D^a.

y representado por el/la Procurador/a D/D^a , y de otra como demandante/s - apelante/s impugnante/s- D. , dirigido por el/la letrado/a D/D^a. MARIA DOLORES ARLANDIS ALMENAR y representado por el/la Procurador/a D/D^a MANUEL ANGEL HERNANDEZ SANCHIS.

Es Ponente el/la Ilmo/a. Sr./Sra. Magistrado/a D/D^a. **PILAR CERDAN VILLALBA.-**

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.-En dichos autos, por el Ilmo. Sr. Juez del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 21 DE VALENCIA, con fecha catorce de diciembre de dos mil quince, se dictó la sentencia cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Que estimando parcialmente la petición subsidiaria relativa a indemnización de daños y perjuicios formulada por D.

representado por el Procurador Sr. Hernández Sanchis, DEBO CONDENAR Y CONDENO a CAIXABANK, S.A., representada por la

Procurador Sra. _____, a que firme que sea esta sentencia, abone a la actora la suma de CIENTO NUEVE MIL QUINIENTOS NOVENTA Y OCHO EUROS (109.598 EUROS), cantidad que devengará los intereses legales devengados desde la interposición de la demanda (24 de junio de 2014), y a partir de esta resolución, los del artículo 576 de la LEC; todo ello sin hacer expresa imposición de las costas procesales causadas en el presente juicio".

SEGUNDO.-Contra dicha sentencia, por la representación de la parte ambas partes se interpuso recurso de apelación, y previo emplazamiento de las partes se remitieron los autos a esta Audiencia, en donde comparecieron las partes personadas. Se ha tramitado el recurso, acordándose el día dos de mayo de dos mil dieciseis para Votación y Fallo, en que ha tenido lugar.

TERCERO.-En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones y formalidades legales en materia de procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO, -El recurso de la parte demandada CAIXABANK SA, BANKIA se formula contra la sentencia citada que estimò en parte la demanda de juicio ordinario interpuesta por D, _____, que impugnó también la misma, en ejercicio de la acción de nulidad y subsidiaria y alternativa de la de resolución por incumplimiento de la orden de compra de 22-11-2006 para la suscripción del Bono Estructurado Autocancelable referenciado a la peor evolución de entre las acciones ordinarias de France Telecom y BNP Paribas por importe de 200, 000 euros de los que tal sentencia condenó a dicha demandada a la suma de 109,598 euros como indemnización, por entender procedente la segunda acción, por infracción del deber de información frente a un cliente minorista que realizaba la adquisición de ese producto complejo ya que ,si bien era estimable la primera acción porque medió tal nulidad por error en la contratación, había una carencia sobrevenida del objeto de la misma dado que la parte actora había recuperado antes de la interposición de aquélla por el vencimiento de éste 90, 402 euros ,

Se basa el recurso de la demandada en lo siguiente: 1)La sentencia no valora que a la fecha de la suscripción no estaba vigente la LMV 47/2007 que creó la categoría de clientes minoristas ni que el actor, según su interrogatorio, fue debidamente informado de los riesgos del producto previa reunión por cuenta de la entidad bancaria con el Sr _____ habiendo deshecho antes una inversión de otro fondo de inversión; 2)Aunque se entienda que esa omisión informativa medió, la misma sentencia incurre en el error de considerar que hay causalidad entre la misma y el daño indemnizable siendo que no la hay porque el actor tras su compra admitió conocer los riesgos de pérdida desde primeros del 2007

y no deshizo la inversión, lo que subsidiariamente supone el incumplimiento por su parte de la carga de mitigar tal daño y una concurrencia de culpas en su producción que debe llevar a moderar el importe de su indemnización, y porque la producción de esa pérdida por la caída de valor de las acciones subyacentes se debió a las crisis financieras con un hundimiento imprevisible de los mercados; 3) La acción de nulidad de rechaza la misma sentencia estimando la anterior de incumplimiento contractual debe serlo por estar caducada en contra de lo que resuelve,

La impugnación de igual resolución de la parte actora se funda, de un lado, en que la misma desestima indebidamente la acción principal de nulidad por error aplicando la carencia sobrevenida de su objeto ya que esta carencia por un acto voluntario suyo no medió si no que se produjo la consumación del contrato por el vencimiento del bono y, de otro, en su indebida imposición de costas que deben serlo a la demandada por la estimación sustancial de la demanda.

Cada parte se opuso a recurso e impugnación por los fundamentos contrarios y por los propios de la sentencia que les favorecían.

SEGUNDO, - Esta Sala, da por reproducida la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia en lo que no se oponga a lo que se expondráa continuación, con revisión de las actuaciones, pruebas practicadas, de su valoración, y de las normas y doctrina aplicables y que se dicen infringidas en los motivos del recurso y de la impugnación y, todo ello en relación con éstos, sobre las base de que el artículo 465 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su número 4, dice <<La Sentencia que se dicte en apelación deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso y, en su caso, en los escritos de oposición o impugnación que se refiere el artículo 461, La Sentencia no podrá perjudicar al apelante, salvo que el perjuicio provenga de estimar la impugnación de la resolución de que se trate, formulada por el inicialmente apelado,>>

El Tribunal Supremo, entre otras, en la Sentencia de 4 de febrero de 2009, dictada en el recurso de Casación 794/2003, Pte Marín Castan, Francisco, nos dice: <<*Esto es así porque, como en infinidad de ocasiones han declarado esta Sala y el Tribunal Constitucional, la apelación es un nuevo juicio, un recurso de conocimiento pleno o plena jurisdicción en el que tribunal competente para resolverlo puede conocer de todas las cuestiones litigiosas, tanto de hecho como de derecho, sin más límites que los representados por el principio tantum devolutum quantum appellatum (se conoce sólo de aquello de lo que se apela) y por la prohibición de la reforma peyorativa o perjudicial para el apelante*>>.

Es reiterada la jurisprudencia según la cual: "... en el recurso de apelación deben reputarse cuestiones nuevas las suscitadas con posterioridad a los periodos de alegaciones y es reiterada la doctrina del Tribunal Supremo en virtud de la cual tal recurso no constituye un nuevo juicio ni autoriza a resolver problemas o

cuestiones distintos de los planteados en la primera instancia, pues aunque permite al Tribunal de segundo grado examinar en su integridad el proceso, no constituye un nuevo juicio, ni autoriza a resolver cuestiones o problemas distintos de los planteados en primera instancia, dado que a ello se opone el principio general de derecho "pendente appellatione, nihil innovetur" a que se alude, , , , "

1)De las actuaciones y pruebas resulta :

-El actor en fecha 22-11-2006 con el resto del dinero que obtuvo por la venta de un local , tras reunirse con el director de una urbana de BARCLAYS del departamento de "Grandes Cuentas" Sr. _____ y tras asistir a la entidad para deshacer la inversión previa de un Bono de la misma denominado "BARCLAYS Rendimiento Efectivo" por importe de 650, 000 euros, suscribió una orden de compra del Bono Estructurado Autocancelable referenciado a la peor evolución de entre las acciones ordinarias de France Telecom y BNP Paribas por importe de 200, 000(documento 8 de la demanda) en la que no consta ninguna información del producto si no sólo bajo la denominación "Comunicación a clientes " el tenor de "Ruego la suscripción de cesta autocancelable del 20%(FT y BNP)por importe de 200,000euros" ,y al igual manteniendo 175,000 euros en la primera inversión ,con el resto de la primera suma invirtió,en fondos de Barclays ,75,000 euros en los denominados de Gestión Dinámica ,150, 000 euros en los denominados Bolsa Dividendo Europa Y 50, 000 euros en el denominado Bolsa España Selección.

- El actor en su interrogatorio manifestó que antes de la anterior venta nunca había invertido, que el Sr. _____ le manifestó que el bono estructurado era un fondo garantizado que le podía procurar grandes beneficios, que él quería seguridad por pérdidas anteriores de 4000/5000 euros, que el empleado de la entidad Sr. _____ era una persona amable y colaboradora y que entre enero o febrero del 2007 perdió confianza en aquel y en la entidad sin precisar que lo fue por conocer en ese momento los riesgos de aquel.

-No consta otro documento informativo suscrito por el actor ni otras inversiones fuera de las citadasaportándose como documento 10 de la contestación misiva del BARCLAYS a éste en contestación a otra previa de su queja en la que consta "*Nos ponemos en contacto con usted como titular del Bono estructurado Autocancelable FTEL, BNP a 5 años (cupon 20%), Capital no garantizado, para informarle que, el 1 de diciembre de 2, 011, se ha producido el vencimiento final de su inversión, como recordará, la rentabilidad de este bono estructurado se determinaba en función de la evolución de France Telecom y BNP Paribas, de tal forma que si en alguna de las fechas de observación anuales estos dos valores se situaban en un nivel igual o superior al 95% del nivel inicial de referencia el bono estructurado abonaría un cupon del 20% por cada año transcurrido hasta la fecha y se cancelaría anticipadamente, En los años anteriores no se cumplió esta condición por lo que no se abonó ningún interés y su inversión continuo, Llegados al vencimiento este bono estructurado*

le ofrecía que si el valor de FTEL y BNP era igual o superior al 80% del nivel inicial de referencia usted recibiría el reembolso del 100% del nominal, y, en caso contrario, recibiría el nominal de acuerdo a la siguiente fórmula: $\text{Valor Nominal} \times \frac{\text{Valor Final Peor Acción}}{80\% \times \text{Valor Inicial Peor Acción}}$. Sentimos tener que comunicarle que, el día 28/11/2011 (fecha de la última observación) los valores de FTEL y BNP no fueron iguales o superiores al 80% de los valores de la acción con peor evolución (BNP), en concreto el valor final de BNP ha sido 28,52 y el valor inicial de BNP fue 78,8693),

-Según la pericial unida a la demanday ratificada en juicio sobre los bonos debatidos: ..., El producto contratado es un bono estructurado, autocancelable anualmente, de capital no garantizado, con vencimiento a 5 años, referenciado a la peor evolución de entre las acciones ordinarias de France Telecom y BNP Paribas, de 1000 euros de valor nominal unitario, cupón contingente no acumulable del 20% anual, con valor de amortización variable entre el 0% y el 100%, barreras en el 80% del precio inicial de ambos valores y emitido en noviembre de 2011. De la información suministrada no ha sido posible extraer datos suficientes para identificar el emisor de los valores, la denominación de la emisión ni su ISIN (código internacional de identificación de instrumentos financieros)...., En el caso del estructurado que nos ocupan, la estructura está compuesta por un producto de renta fija y varios derivados implícitos (opciones financieras tipo barrera o knock-in), El subyacente de los derivados son las acciones de France Telecom y BNP Paribas, La remuneración final de la inversión está ligada al comportamiento de aquella de las acciones subyacentes que haya tenido una evolución más desfavorable para el inversor (lo que en el mercado financiero se conoce como "worst of), A continuación se expone el comportamiento de los productos - de forma resumida y no exhaustiva - en función de la evolución de los subyacentes, Durante los 5 años de plazo del producto se establecen una fecha inicial (muy cercana a la emisión), cuatro fechas de observaciones intermedias y una fecha de observación final correspondientes a cada uno de los periodos anuales desde la emisión del producto, aproximadamente, En cada una de las fechas de observación se toma como referencia el precio de aquella de las acciones subyacentes (France Telecom y BNP Paribas) que peor comportamiento haya tenido desde la fecha inicial, En cada fecha de observación intermedia, si dicho precio de referencia es igual o superior al 95% del precio de la acción en la fecha de emisión, el producto se autocancela, amortizándose a un precio del 100% y abonando un cupón del 20% por cada año transcurrido hasta la fecha de amortización anticipada, Si el precio de referencia es inferior al 95% del precio de la acción en la fecha de emisión, no se produce ni la autocancelación ni el pago de ningún cupón, En caso de alcanzarse la fecha de observación final sin que se haya producido la autocancelación, el estructurado se amortiza a un valor que puede variar entre el 0% y el 100% de acuerdo al siguiente criterio, Si el precio de la acción de peor comportamiento en la fecha de

observación final es inferior al 80% de su precio inicial, el valor de amortización será el resultado de multiplicar el nominal por el precio final de la peor acción y dividirlo por el 80% del precio inicial de dicha acción, Es decir : el Nominal Valor final Peor Acción dividido por el 80% Valor inicial peor acción, Si el precio de la acción de peor comportamiento en la fecha de observación final es igual o superior al 80% de su precio inicial, el valor de amortización será del 100%..., Los títulos analizados corresponden a bonos estructurados y se trata por tanto de instrumentos derivados, En esencia están constituidos por la compra de un bono y un conjunto de opciones financieras, Dichos instrumentos son de muy difícil comprensión para inversores no especializados y están catalogados como productos complejos, de acuerdo a los artículos 2 y 79 bis de la Ley del Mercado de Valores".

-El actor recibió comunicaciones y cuadros de valoración de la cartera de inversión éstos de 27-11-2208 y de 16-1-2007, sin que en ellos conste el tipo de producto y como agrupado en "Renta fija Internacional "o como de renta fija y mercado monetario,siendo en la información periódica de los años 2009 y 2010 en la que se incorporó la del valor nocional del bono o en noviembre del 2011 cuando aquel presentó una queja sobre su funcionamiento.

- El vencimiento final del bono fue el 1-12-2011 recuperando el actor 90, 402 euros.

2) Como normas y doctrina en virtud de las que cabe revisar la valoración de la anterior resultancia realizada en por la sentencia de instancia y las infracciones que a ésta se imputan citamos las que exponemos seguidamente,

--En lo que se refiere a la valoración de las pruebas, es reiterada la Jurisprudencia que señala que el criterio valorativo de los tribunales de primer grado debe, por regla general, prevalecer, pero no es menos cierto que el expresado criterio, en principio prevalente, debe rectificarse en la segunda instancia cuando por parte del recurrente se ponga de manifiesto un evidentes fallo en el razonamiento lógico o en el "iter" inductivo del órgano de la primera,

El Artículo 316 de la LEC regula la valoración del interrogatorio de las partes y dice "1, Si no lo contradice el resultado de las demás pruebas, en la sentencia se considerarán ciertos los hechos que una parte haya reconocido como tales si en ellos intervino personalmente y su fijación como ciertos le es enteramente perjudicial, 2, En todo lo demás, los tribunales valorarán las declaraciones de las partes y de las personas a que se refiere el apartado 2 del artículo 301 según las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de lo que se dispone en los artículos 304 y 307".

Respecto a la prueba documental en lo que aquí afecta el art. 326 de la LEC regula la fuerza probatoria de los documentos privado y dice":1.- Los documentos privados harán prueba plena en el proceso, en los términos del artículo 319, cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien

perjudiquen, 2, Cuando se impugnare la autenticidad de un documento privado, el que lo haya presentado podrá pedir el cotejo pericial de letras o proponer cualquier otro medio de prueba que resulte útil y pertinente al efecto, Si del cotejo o de otro medio de prueba se desprendiere la autenticidad del documento, se procederá conforme a lo previsto en el apartado tercero del artículo 320, Cuando no se pudiere deducir su autenticidad o no se hubiere propuesto prueba alguna, el tribunal lo valorará conforme a las reglas de la sana crítica",

Por su parte la prueba pericial, se ha de valorar según las reglas de la sana crítica (artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000)la prueba pericial ,es decir ,tomando en cuenta su ajuste a la realidad del pleito y sus peticiones,la relación entre el resultado de esa pericial y los demás medios probatorios obrantes en autos, sin estar obligado a sujetarse a la misma , y sin que se permita la impugnación casacional por esta valoración a menos que la misma sea contraria, en sus conclusiones, a la racionalidad y se conculquen las más elementales directrices de la lógica (entre otras, SSTs de 13 de febrero de 1990EDJ1990/1415 y 29 de enero de 1991EDJ1991/802 , 11 de octubre de 1994EDJ1994/7987 y 1 de marzo de 2004EDJ2004/7010),

-Ya sobre el caso concreto reseñaremos dos sentencias del TS., que en relación con Bonos similares a los de autos, e incluso la primera emitidos por la misma emisora que éstos BARCLAYS, que parten del carácter complejo de estos productos, aplican la normativa pre-MIFID, y examinan el incumplimiento del deber de información como tal y como vicio del consentimiento por error con nulidad del contrato.

La sentencia dictada por el TS,Nº de Recurso: 1123/2013, Nº de Resolución: 379/2015 de 07/07/2015, Ponente: FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO dice en sus Fundamentos C.C.: "PRIMERO, -1, *El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la reclamación por daños y perjuicios producidos como consecuencia de la defectuosa información dada por la entidad bancaria, en relación a la contratación de un producto complejo de inversión consistente en un bono estructurado denominado "Bono autocancelable BBVA+ TEF 3 años", cuyo emisor era el banco Lehman Brothers Treasury CO, 2, Del resumen de antecedentes deben destacarse los siguientes hechos relevantes, A) La contratación de este producto de inversión compleja se hizo con fecha de 9 de febrero de 2007, Para entonces no regía el actual artículo 79 bis LMV, que contiene la trasposición de la normativa MiFID, En cualquier caso, el artículo 79 LMV, en la redacción entonces vigente, preveía en varios de sus apartados que 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 sujetar su actuación, entre otros, a los siguientes criterios: «a) Comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado [, , ,]c) Desarrollar*

una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fueran propios [, , ,], e) Asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados [, , ,]». Con posterioridad la normativa fue incrementada con el RD 629/1993, de 3 de mayo, B) Pese a la larga relación de confianza entre las partes, en el momento de la contratación del producto financiero la entidad bancaria no realizaba una labor de gestión de cartera de valores, ni de asesoramiento para la parte demandante, C) De la prueba practicada no ha resultado acreditado que la entidad bancaria entregase un folleto informativo del producto de manera completa y no parcial. Del mismo modo que tampoco ha resultado acreditado que se le entregara al cliente una copia completa de la orden de compra con los términos y condiciones del producto (ficha técnica, emisor, garante, funcionamiento, riesgos, etc,)...Recurso de casación, Contratación bancaria de producto complejo: bono estructurado, Reclamación de daños y perjuicios por la deficiente información del producto, Aplicación del RD 629/1993, de 3 de mayo, Doctrina jurisprudencia aplicable, SEGUNDO, - 1, La parte actora, al amparo del ordinal tercero del artículo 477, 2 LEC , interpone recurso de casación que articula en un único motivo , La recurrente esgrime el interés casacional del asunto por jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, ya que la sentencia recurrida se opone a otras, en concreto a las SAP de Madrid, sección 11 de 26/3/12 y sección 10 de 1/2/12, así como las SAP de Baleares, sección 5ª de 2/9/11 y sección 3ª de 16/3/12 y las SAP de Zaragoza, sección 4ª de 20/7/12 y Asturias, sección 7ª de 26/9/11, En el recurso plantea que el ecónomo de la diócesis no tiene por qué equivaler a un moderno economista como sugiere la sentencia recurrida, que en ningún momento se informó de la identidad del emisor generando la apariencia de que lo era Barclays y que de acuerdo con la normativa vigente al momento de contratación del bono, existía obligación de la demandada y hoy recurrida de suministrar al cliente toda la información relevante para la adopción de las decisiones de inversión, Considera que esa falta de total información a la hora de la contratación se continuó con posterioridad, ya que en los extractos tampoco se hace referencia a Lehman y que de haber tenido esa completa información es más que posible que no hubiese realizado la inversión pues si bien Barclays, BBVA y Telefónica le parecían valores seguros, podría no parecerlo el banco norteamericano, En el presente caso, por la fundamentación que a continuación se expone, el motivo debe ser estimado, 2, Para la resolución del motivo conforme a la normativa de aplicación indicada, resulta conveniente recordar la doctrina jurisprudencial de esta Sala tanto respecto de los deberes de información exigibles, como del significado y alcance de los mismos, Ambos aspectos se encuentran contemplados en la sentencia de esta Sala de 8 de septiembre de 2014 (núm, 458/2014) en los siguientes términos (fundamentos de derecho 12 y 13): [El art, 4 RD 629/1993, de 3 de mayo , prescribe que las órdenes de los clientes sobre valores sean claras y precisas en

su alcance y sentido, de forma que tanto el ordenante como el receptor conozcan con exactitud sus efectos, En nuestro caso, no se discute el contenido de la orden de compra, sino si existió algún defecto de información que viciara el consentimiento prestado por las adquirentes. «El art. 15 de este mismo reglamento regulaba la documentación que debía ser objeto de entrega, entre la que se encontraba el documento contractual y una copia de las comisiones y gastos repercutibles, así como las normas de valoración y de disposición de fondos y valores aplicables a la operación concertada, «Propiamente, es el art. 16 el que regula la información a la clientela sobre las operaciones realizadas, El apartado 1 dispone que " las entidades facilitarán a sus clientes en cada liquidación que practiquen por sus operaciones o servicios relacionados con los mercados de valores un documento en que se expresen con claridad los tipos de interés y comisiones o gastos aplicados, con indicación concreta de su concepto, base de cálculo y período de devengo, los impuestos retenidos y, en general, cuantos antecedentes sean precisos para que el cliente pueda comprobar la liquidación efectuada y calcular el coste o producto neto efectivo de la operación", «Y el apartado 2, que "las entidades deberán informar a sus clientes con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones, En este sentido, dispondrán y difundirán los folletos de emisión, informarán sobre la ejecución total o parcial de órdenes, fechas de conversión, canjes, pagos de cupón y, en general, de todo aquello que pueda ser de utilidad a los clientes en función de la relación contractual establecida y del tipo de servicio prestado", El art. 5 del anexo de este RD 629/199, regula con mayor detalle esta información a los clientes, y dispone que: 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, «Bajo esta normativa aplicable, la entidad que comercializaba estos productos no estaba obligada a entregar el folleto informativo del producto financiero al cliente, como después se introdujo en el art, 79 bis con la Ley 47/2007 , « Significación y alcance de los deberes de información, Ya tuvimos ocasión de explicar en la Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014, que "ordinariamente existe una desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional,La complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros, Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, esta necesidad de protección se acentúa porque las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto". «Los deberes legales de información, en nuestro caso los antes expuestos del RD 629/1993, "responden a un principio general: todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate, Este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art, 7 CC., y en el derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, reflejo de lo cual es la expresión que adopta en los Principios de Derecho Europeo de Contratos (The Principles of European Contract Law -PECL- cuyo art, 1:201 bajo la rúbrica "Good faith and Fair dealing" ("Buena fe contractual"), dispone como deber general: "Each party must act in accordance with good faith and fair dealing" ("Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe"), Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de proporcionar a la otra parte información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran (, , ,) los concretos riesgos que comporta el producto financiero que se pretende contratar" (Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014)]», 3, La doctrina jurisprudencial expuesta, llevada al supuesto de enjuiciamiento, conduce a la estimación del motivo planteado, En efecto, no resultando acreditada por la entidad bancaria ni la entrega completa del folleto informativo del producto ofertado, ni del documento de la orden de compra, en el que se debía contener

los datos principales de la naturaleza y características del producto (ficha técnica, emisor, garante, funcionamiento y riesgo, entre otros), no puede considerarse, de acuerdo a la doctrina jurisprudencial expuesta, que la entidad bancaria cumpliera los especiales deberes de información que debían proyectarse en la comercialización de estos productos ciertamente complejos. Especialmente respecto del concreto conocimiento por el cliente de la entidad bancaria que realmente era la emisora del bono y, por tanto, de la valoración que su solvencia podría merecer al cliente en orden a la contratación del citado producto de inversión, En esta línea, y como razona la sentencia de primera instancia, el hecho de que el ecónomo de la Diócesis tuviera algún conocimiento en la comercialización de estos productos, extremo que no lo asimila a un experto en materia de inversión financiera, cuestión que no ha resultado acreditada, no excusa el incumplimiento grave de la entidad en la prestación de sus propios deberes de información, La estimación del motivo comporta la estimación del recurso de casación y la confirmación de los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia declarando el incumplimiento contractual de los deberes de información y la consecuente indemnización de los daños y perjuicios producidos, , , "

La STS, Civil sección 1 del 03 de febrero de 2016 ,Nº 21/2016 | Recurso: 1454/2015 | Ponente: IGNACIO SANCHO GARGALLO dice" FUNDAMENTOS DE DERECHO Primero, Resumen de antecedentes , 1, Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia, según deja constancia de ellos la sentencia recurrida, i) El 14 de febrero de 2007, Segundo , cliente de banca privada de Banco Santander, contrató un producto estructurado tridente, vinculado a la evolución de la acción con peor rendimiento de tres acciones subyacentes (BBVA, ING GROEP y ABN AMRO), por un importe de 575, 000 euros, que venció en febrero de 2010 con una pérdida aproximada del 85% de la inversión, ya que se le restituyó 93, 363,83 euros, El 16 de abril de 2008, el banco concedió a Segundo una póliza de crédito de 575, 000 euros, en la que el producto estructurado tridente actuaba como garantía, Esta póliza fue renovada en septiembre de 2010, ii) El 4 de noviembre de 2005, Estanislao contrató un producto estructurado cuyo rendimiento iba ligado a la evolución de tres acciones (Telefónica, BBVA e Iberdrola), por un importe de 400, 000 euros, Este producto fue liquidado a su vencimiento, a finales de 2007, con un saldo a favor del cliente, en cuanto que se le devolvió la inversión más un rendimiento, El 2 de abril de 2007, el Sr, Estanislao concertó otro producto estructurado tridente, ligado esta vez a la evolución de las acciones de BBVA, ING y BNP, por un importe de 400, 000 euros, A instancia del banco, que le informó que el producto se estaba «deteriorando», se reestructuró el 28 de enero de 2009, por un plazo de cinco años, Paralelamente, ante la indisponibilidad del dinero invertido, el 22 de diciembre de 2006, el banco

concedió al cliente un crédito de 400, 000 euros, que renovó en 2008 y 2009, en el que el producto estructurado tridente operaba como garantía, iii) El 29 de septiembre de 2006, Adolfo y Verónica invirtieron 300, 000 euros en un producto estructurado tridente, ligado a la evolución de las acciones de ABN AMRO, BBVA y BNP, Este contrato, a instancia del banco, fue reestructurado por otro contrato a cinco años, el 30 de enero de 2009, por el que se contrataba un producto estructurado ligado a seis acciones, 2, En primera instancia, Segundo, Estanislao y Adolfo y Verónica, presentaron conjuntamente la demanda que dio inicio a este procedimiento, En esta demanda, en primer lugar pidieron la nulidad de los anteriores contratos basada en el incumplimiento por el banco de los especiales deberes legales de información y de actuar con diligencia y transparencia en la comercialización de productos financieros complejos, por constituir la infracción de una norma imperativa, y también por inexistencia de causa, Subsidiariamente, los demandantes pidieron la nulidad por error vicio en la contratación de los productos estructurados reseñados, que debía afectar también a la totalidad de los contratos descritos en el fundamento jurídico anterior, Y, también subsidiariamente, los demandantes pidieron que se declarara que el banco había cumplido de forma negligente sus obligaciones como asesor del cliente y comercializador de los productos estructurados, y, de conformidad con el art, 1124 C., se acordara la resolución de los contratos y la indemnización de daños y perjuicios, El juzgado de primera instancia estimó la primera acción, al apreciar la nulidad de todos los contratos como consecuencia del incumplimiento de las exigencias legales relacionadas con los deberes de información y el estándar de imparcialidad, diligencia y buena fe que impone la ley a las empresas de prestación de servicios de inversión, La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por Banco Santander, La Audiencia estimó el recurso de apelación y dejó sin efecto la declaración de nulidad, ...Tercero, Recurso de casación de Segundo y Estanislao ..., Procede analizar los tres motivos conjuntamente y estimar el tercero, de acuerdo con las razones que exponemos a continuación, 9, Normativa aplicable en relación con los especiales deberes exigibles al banco, El contrato de adquisición de producto estructurado tridente, concertado por Segundo, es de 14 de febrero de 2007, Por lo tanto anterior a la incorporación de la normativa MiFID llevada a cabo por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que traspuso al derecho interno la Directiva 2004/39/CE, relativa a los mercados de instrumentos financieros, conocida como Directiva MiFID (Markets in Financial Instruments Directive), mediante, en lo que ahora interesa, la introducción del art, 79 bis en la Ley del Mercado de Valores, que especifica los deberes de información y la necesidad de recabar los test de conveniencia y, en su caso, de idoneidad, El primer contrato de adquisición de producto estructurado tridente del Sr, Estanislao es de 4 de noviembre de 2005, Por lo tanto, también anterior a la entrada en vigor de la normativa MiFID, El segundo contrato, por el que se concertó otro

producto estructurado tridente, es de 2 de abril de 2007, también anterior a la entrada en vigor de la normativa MiFID, No obstante, su reestructuración, el 28 de enero de 2009, ya se produjo bajo la vigencia de la normativa MiFID, Como ya hemos advertido en numerosas sentencias (entre ellas, Sentencias 460/2014, de 10 de septiembre , y 547/2015, de 20 de octubre), también con anterioridad a la trasposición de la Directiva MiFID, la normativa del mercado de valores daba «una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones de cálculo, accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza», El art, 79 LMV ya establecía como una de las obligaciones de 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, la de «a asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados [, ,] , », Por su parte, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, que establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores, Resumidamente, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, de quienes debían solicitar información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión, El art, 5 del anexo de este RD 629/1993 regulaba con mayor detalle la información que estas entidades que prestan servicios financieros debían ofrecer a sus 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 [, ,] , 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» No se discute que los productos estructurados tridente que comercializó el banco a los recurrentes, el Sr. Segundo y el Sr. Estanislao, sean productos financieros complejos, sobre cuya comercialización por las empresas y entidades de inversión pesan los deberes de información expuestos. En la medida en que no había entrado en vigor la reseñada normativa MiFID, no regía la exigencia de recabar el test de idoneidad (art, 79 bis, 6 LMV), con la consiguiente valoración de que existió un asesoramiento, El test de idoneidad opera, cuando sea de aplicación la normativa MiFID, 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, 10, En cualquier caso, constituye jurisprudencia constante de esta Sala que tanto bajo la normativa MiFID, como bajo la pre MiFID, en la comercialización de productos complejos por parte de las entidades prestadores de servicios financieros a inversores no profesionales existe una asimetría informativa, que impone a dichas entidades financieras el deber de suministrar al cliente una información comprensible y adecuada de las características del producto y los concretos riesgos que les puede comportar su contratación[sentencia 588/2015, de 10 de noviembre, con cita de la anterior sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014, y sentencia 742/2015, de 18 de diciembre ..., , 13, Estimación de los motivos tercero y cuarto, El contrato inicial de adquisición de un producto estructurado tridente por parte de Adolfo y Verónica es de 26 de septiembre de 2006, y por lo tanto se concertó bajo la normativa pre MiFID, De acuerdo con lo razonado anteriormente, pesaba sobre el banco la acreditación de haber suministrado a estos clientes la información necesaria para que pudieran comprender bien la naturaleza del producto y sus concretos riesgos. Aunque la sentencia de la Audiencia razona que sí se cumplieron estos deberes, también en este caso, no deja constancia de que el banco hubiera llevado a cabo una información precontractual completa y adecuada sobre los riesgos concretos que los clientes asumían con la adquisición de este producto, De hecho la Audiencia apoya su conclusión sobre la base del contenido de los contratos de adquisición de estos productos, En este caso, el contrato, además de indicar que el «producto estructurado funciona igual que una imposición a plazo fijo pero con un rendimiento superior a la imposición a plazo fijo tradicional», se limita a advertir, en

relación con los riesgos: «el cliente asume que la rentabilidad final del mismo -el producto- puede ser negativa, y que podrá recibir un importe de devolución inferior al importe principal invertido, Esta rentabilidad negativa se producirá en el caso de que no se cumpla ninguna de las condiciones descritas, en cuyo caso se produce el ejercicio de una opción de venta (put) sobre la acción con peor rendimiento y a resultas de dicho ejercicio Santander Central Hispano pagará al titular un importe inferior al importe principal invertido», Conforme a la jurisprudencia antes expuesta, en casos como el presente de adquisición de productos complejos, no basta con que la información aparezca en las cláusulas del contrato, y por lo tanto con la mera lectura del documento, Es preciso que se ilustre el funcionamiento del producto complejo con ejemplos que pongan en evidencia los concretos riesgos que asume el cliente (sentencia 689/2015, de 16 de diciembre), Resulta de aplicación la fundamentación antes expuesta sobre la incidencia que el defecto de conocimiento, consiguiente al incumplimiento de los deberes de información, podía tener en la correcta representación de los riesgos que el cliente asumía con la contratación de este producto estructurado, y por lo tanto en que se prestara el consentimiento con error vicio: la imposición de estos deberes de suministrar al cliente inversor no profesional 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 inversor no profesional pueda prestar válidamente su consentimiento, 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 este caso esta presunción de que se contrató el producto estructurado con error sobre los riesgos que se asumían, no queda contradicha por la prueba practicada, Aunque el tribunal de apelación atribuya a los recurrentes un perfil inversor de riesgo, esto no se extrae de los hechos reseñados por la propia sentencia, en concreto, de que el Sr, Adolfo haya sido presidente o administrador de diversas compañías cuyo objeto social comprende tanto la actividad comercial en el sector textil como la asesoría jurídica y fiscal, ni de que hubiera tenido experiencia en haber participado en fondos de inversión o en la titularidad de una cartera de valores, De estos hechos no se puede extraer el perfil de inversor de riesgo, y además se contradice con el test de idoneidad que el banco realizó al cliente, con posterioridad, en el que el Sr, Adolfo se consideraba un inversor conservador, En consecuencia, procede también en este caso apreciar el error, que, además de recaer sobre un elemento esencial y ser relevante, resulta excusable en atención a lo argumentado sobre la asimetría informativa y la existencia de los deberes legales de información, , , "

-Cabe referir las siguientes sentencias del TS y de este mismo Tribunal que

examinan las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento en cuanto a su caducidad y posible confirmación de la misma.

La sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª Pleno, S 12-1-2015, nº 769/2014, rec. 2290/2012, Pte: Sarazá Jimena, Rafael dice en sus Fundamentos "QUINTO... , 5, - *Al interpretar hoy el art. 1301 del Código Civil EDL 1889/1 en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento, no puede obviarse el criterio interpretativo relativo a « la realidad social del tiempo en que (las normas) han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas »*, tal como establece el art. 3 del Código Civil EDL 1889/1 , La redacción original del artículo 1301 del Código Civil EDL 1889/1 , que data del año 1881, solo fue modificada en 1975 para suprimir la referencia a los « contratos hechos por mujer casada, sin licencia o autorización competente », quedando inalterado el resto del precepto, y, en concreto, la consumación del contrato como momento inicial del plazo de ejercicio de la acción, La diferencia de complejidad entre las relaciones contractuales en las que a finales del siglo XIX podía producirse con más facilidad el error en el consentimiento, y los contratos bancarios, financieros y de inversión actuales, es considerable, Por ello, en casos como el que es objeto del recurso no puede interpretarse la "consumación del contrato" como si de un negocio jurídico simple se tratara, En la fecha en que el art. 1301 del Código Civil EDL 1889/1 fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual, Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la "actio nata", conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción, Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (art. 4:113), En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento, Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo, El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de

devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error, . . . SEPTIMO ...

7, -El deber de información y el carácter excusable del error, Dijimos en la sentencia de pleno num, 840/2013, de 20 de enero de 2014 EDJ 2014/8696 , que el incumplimiento por las empresas que operan en los mercados de valores de los deberes de información, por sí mismo, no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes puede incidir en la apreciación del error, y más concretamente en su carácter excusable, La normativa que rige la contratación de productos y servicios de inversión impone a las empresas que operan en este mercado un estándar muy alto en el deber de información a sus clientes, no solo a los efectivos, también a los potenciales, La Ley del Mercado de Valores, en la redacción anterior a la transposición de la Directiva MiFID, que es la aplicable por razones temporales, dedica el título VII a las normas de conducta que han de observar, entre otras, las empresas que presten servicios de inversión, El art, 79 LMV establece como una de las obligaciones de 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, la de « asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados (, , ,) , », Dicha previsión normativa desarrolla la Directiva 1993/22/CEE, de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, por lo que ha de interpretarse conforme a dicha directiva, Los arts, 10 a 12 de la directiva fijan un elevado estándar en las obligaciones de actuación de buena fe, prudencia e información por parte de las empresas de servicios de inversión respecto de sus clientes, Tras prever en su art, 11 que los Estados debían establecer normas de conducta que obligaran a las empresas de inversión, entre otras cuestiones, a « informarse de la situación financiera de sus clientes, su experiencia en materia de inversiones y sus objetivos en lo que se refiere a los servicios solicitados (, , ,); a transmitir de forma adecuada la información que proceda en el marco de las negociaciones con sus clientes », establece en su art, 12:« La empresa deberá indicar a los inversores, antes de entablar con ellos relaciones de negocios, qué fondo de garantía o qué protección equivalente será aplicable, en lo que se refiere a la operación o las operaciones que se contemplen, la cobertura garantizada por uno u otro sistema, o bien que no existe fondo ni indemnización de ningún tipo, (, , ,) »El alcance de las obligaciones del profesional respecto del inversor es detallado en las normas reglamentarias de desarrollo de la Ley del Mercado de Valores, El Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, aplicable por razones temporales, que establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, desarrollaba las

normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores, Resumidamente, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, solicitando de sus clientes información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión, Especial rigor se preveía en lo relativo a la información que las empresas debían facilitar a sus clientes (art, 5 del anexo): « 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 (, , ,), 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, »La Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 25 de octubre de 1995, que desarrollaba parcialmente el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo de 1993 EDL 1993/16198 , establecía en su art, 9: « Las entidades deberán informar a sus clientes con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones, Dicha información deberá ser clara, concreta y de fácil comprensión para los mismos», El incumplimiento por la demandada del estándar de información sobre las características de la inversión que ofrecía a sus clientes, y en concreto sobre las circunstancias determinantes del riesgo, comporta que el error de la demandante sea excusable. Quien ha sufrido el error merece en este caso la protección del ordenamiento jurídico puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba y asesoraba, Como declaramos en la sentencia de pleno núm, 840/2013, de 20 de enero de 2014 EDJ 2014/8696 ,«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 », Cuando no existe la obligación de informar, la conducta omisiva de una de las partes en la facilitación de información a la contraria no genera el error de la

contraparte, simplemente no contribuye a remediarlo, por lo que no tiene consecuencias jurídicas (siempre que actúe conforme a las exigencias de la buena fe, lo que excluye por ejemplo permitir, a sabiendas, que la contraparte permanezca en el error), Pero cuando, como ocurre en la contratación en el mercado de valores, el ordenamiento jurídico impone a una de las partes un deber de informar detallada y claramente a la contraparte sobre las presuposiciones que constituyen la causa del contrato, como es el caso de los riesgos en la contratación de productos y servicios de inversión, y le impone esa obligación con carácter previo a la celebración del contrato y con suficiente antelación, lo que implica que debe facilitar la información correcta en la promoción y oferta de sus productos y servicios y no solamente en la documentación de formalización del contrato mediante condiciones generales, para que el potencial cliente pueda adoptar una decisión inversora reflexiva y fundada (art, 12 Directiva y 5 del anexo al Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo EDL 1993/16198), en tal caso, la omisión de esa información, o la facilitación de una información inexacta, incompleta, poco clara o sin la antelación suficiente, determina que el error de la contraparte haya de considerarse excusable, porque es dicha parte la que merece la protección del ordenamiento jurídico frente al incumplimiento por la contraparte de la obligación de informar de forma veraz, completa, exacta, comprensible y con la necesaria antelación que le impone el ordenamiento jurídico, Tampoco puede acogerse el argumento de que los empleados de Banco Santander estuvieron dispuestos a responder cuantas preguntas se les formularon, Como ya declaramos en la sentencia núm, 244/2013, de 18 de abril EDJ 2013/7036 , la obligación de información que establece la normativa legal del mercado de valores es una obligación activa, no de mera disponibilidad, Es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, no sus clientes, inversores no profesionales, quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión y formular las correspondientes preguntas, Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional, El cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante, 8, -El perfil de la cliente, La sentencia de primera instancia declaró que « todos lo testigos coinciden en que la Sra, Loreto a pesar de su edad estaba perfectamente capacitada para contratar este tipo de productos, estando catalogada en banca privada desde 2002, al contar con un gran patrimonio, con fondos de inversión, participaciones preferentes de banco Santander, de Unión Fenosa y otros a plazo fijo », La recurrente negó tener el perfil de inversor experto, negó asimismo haber contratado todos los productos que se alegaban por la demandada, negó eficacia probatoria a los documentos emitidos unilateralmente por Banco Santander (en concreto, el núm, 8 de la contestación a la demanda, consistente en los estadillos mensuales de su

cartera de valores), y negó que el hecho de que fuera cliente de banca privada supusiera que la demandante tuviera experiencia inversora y conocimientos adecuados para contratar dicho producto, No existe prueba adecuada de que la demandante tuviera el perfil de inversora experta que le atribuye Banco Santander, Que su familia tenga una empresa en Alemania, ajena a las actividades financieras o de inversión (sanitarios, porcelana y bricolaje), de la que no existe prueba alguna de que ella tuviera funciones ejecutivas o directivas, no configura un perfil de inversor profesional, Como ya declaramos en la sentencia núm, 244/2013, de 18 de abril EDJ 2013/7036 , la actuación en el mercado de valores exige un conocimiento experto, que no lo da la actuación empresarial en otros campos, Por otra parte, en la póliza de seguro cuya anulación se solicita consta como profesión de la demandante la de "ama de casa", Tampoco el hecho de tener un patrimonio considerable, lo que determinó su calificación como cliente de banca privada (que es una calificación hecha por Banco Santander, no por la propia cliente), determina por sí solo que se trate de un cliente experto en inversiones, Y el hecho alegado por Banco Santander de que la demandante hubiera hecho algunas inversiones(en los estadios de la cartera de inversiones aportados como documento número 8 aparecen dos más, una adquisición de preferentes concertada con una diferencia de cinco días respecto del contrato que es objeto del litigio y que la demandante alega le fueron "colocadas" en la misma promoción y un fondo de inversiones del propio Banco Santander) no la convierte tampoco en cliente experta, puesto que no se ha probado que en esos casos se diera a la demandante una información adecuada para contratar el producto conociendo y asumiendo los riesgos de una inversión compleja y sin garantías, La contratación de algunos productos de inversión con el asesoramiento de Banco Santander (alguno en las mismas fechas que el seguro de vida "unit linked"), sin que el banco pruebe que la información que dio a la cliente fue la exigida por la normativa del mercado de valores, solo puede indicar la reiteración de la entidad financiera en su conducta incorrecta, no el carácter experto del cliente,

9, - En definitiva, el consentimiento fue viciado por error por la falta de conocimiento adecuado del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente que lo contrata una representación mental equivocada sobre las características esenciales del objeto del contrato, debido al incumplimiento por la empresa de inversión demandada de los deberes de información que le impone la normativa del mercado de valores cuando contrata con clientes respecto de los que existe una asimetría informativa, OCTAVO,- Inexistencia de confirmación del contrato, 1,

- Aunque las sentencias de instancia no hacen referencia a esta cuestión, ha de darse respuesta a la alegación de Banco Santander de que el contrato fue confirmado por la demandante y que por ello no puede pretender su anulación,

2, - La alegación de confirmación del contrato no puede ser estimada porque no concurren los requisitos exigidos en el art. 1311 del Código Civil EDL 1889/1.

para que pueda considerarse tácitamente confirmado el negocio anulable, La confirmación del contrato anulable es la manifestación de voluntad de la parte a quien compete el derecho a impugnar, hecha expresa o tácitamente después de cesada la causa que motiva la impugnabilidad y con conocimiento de ésta, por la cual se extingue aquel derecho purificándose el negocio anulable de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración, Los hechos en que Banco Santander sustenta la alegación de confirmación del contrato son inadecuados para sustentar tal afirmación, La falta de queja sobre la suficiencia de la información es irrelevante desde el momento en que, además de ser anterior al conocimiento de la causa que basaba la petición de anulación, era la empresa de servicios de inversión la que tenía obligación legal de suministrar determinada información al inversor no profesional, de modo que este no tenía por qué saber que la información que se le dio era insuficiente o inadecuada, y de ahí que se haya apreciado la existencia de error, La petición de rescate de la póliza no es tampoco significativa de la voluntad de la demandante de extinguir su derecho a impugnar el contrato, solicitando su nulidad y la restitución de lo que entregó a la otra parte, puesto que es compatible con la pretensión de obtener la restitución de la cantidad entregada, La renuncia a un derecho, como es el de impugnar el contrato por error vicio en el consentimiento, no puede deducirse de actos que no sean concluyentes, y no lo es la petición de restitución de la cantidad invertida respecto de la renuncia a la acción de anulación del contrato, Menos aún lo es la reintegración parcial de la cantidad invertida, varios meses después de haber interpuesto la demanda de anulación del contrato, sin haber desistido de la demanda ni renunciado a la acción, No puede pedirse una actitud heroica a la demandante, pretendiendo que renuncie a ser reintegrada parcialmente de la cantidad invertida hasta que se resuelva finalmente la demanda en la que solicitó la anulación del contrato y la restitución del total de las cantidades invertidas, , , "

La STS 535/2015, de 15 de octubre, señala que la confirmación del contrato anulable es la manifestación de voluntad de la parte a quien compete el derecho a impugnar, hecha expresa o tácitamente después de cesada la causa que motiva la impugnabilidad y con conocimiento de ésta, por la cual se extingue aquel derecho purificándose el negocio anulable de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración, y la de a 668/2015, de 4 de diciembre, declaró que como regla general, ni la percepción de liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato, ni la tardanza en reclamar, ni incluso el encadenamiento de diversos contratos, pueden ser considerados actos convalidantes del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento, ya que los mismos no constituyen actos inequívocos de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, Cabe recoger la sentencia de este mismo Tribunal de 11-7-2015, N°194, R n, °

16/15.Pte María Ibañez Solaz, que en sus Fundamentos dice: "QUINTO, Por último respecto a la confirmación de los contratos por actos propios de los demandantes vulnerándose los arts, 1309 y 1, 313 del CC sobre la confirmación de los contratos, diremos que no constituye actopropio el hecho de que los clientes no pusieran objeción a liquidaciones durante un tiempo o en este caso concreto asumiera el coste de la cancelación, de los mismos, siendo cuando se percatan de que no se trataba de un seguro contra la subida de los tipos de interés cuando deciden en las cancelaciones de los dos primeros que suscriben tras las liquidaciones negativa d septiembre de 2009 , sin que legasen a abonar las de noviembre de ese mismo año. Y respecto a los segundos contratos que susciten en abril de 2009, tan solo se efectuó un cargo por cada uno sin posteriores liquidaciones, En este sentido como resalta la STS de 23-11-2004 "Para aplicar el efecto vinculante, de modo que no sea admisible una conducta posterior contraria a la que se le atribuye a aquel, es preciso que los actos considerados, además de válidos, probados, producto de una determinación espontánea y libre de la voluntad, exteriorizados de forma expresa o tácita, pero de modo indubitado y concluyente, además de todo ello, es preciso que tengan una significación jurídica inequívoca, de tal modo que entre dicha conducta y la pretensión ejercitada exista una incompatibilidad o contradicción. Por ello, la jurisprudencia exige una significación y eficacia jurídica contraria a la acción ejercitada (SSTs de 9 de mayo, 13 de junio y 31 de octubre de 2000, 26 de julio de 2002, 13 de marzo de 2003), es decir, una eficacia jurídica bastante para producir una situación de derecho contraria a la sostenida por quien lo realiza; y ello implica, como reiteran infinidad de sentencias, la finalidad o conciencia de crear, modificar o extinguir algún derecho causando estado y definiendo o esclareciendo de modo inalterable la situación jurídica de que se trata. Y como consecuencia, el principio general del derecho -fundado en la confianza y la buena fe que debe presidir las relaciones privadas- no es aplicable cuando los actos tomados en consideración tienen carácter ambiguo o inconcreto(Sentencias 9 mayo 2000, 23 julio y 21 diciembre 2001, 25 enero y 26 julio 2002, 23 mayo 2003), o carecen de la trascendencia que se pretende para producir el cambio jurídico (SS, 9 mayo 2000, 15 marzo y 26 julio 2002, 23 mayo 2003), , , , "

Esta misma Sala en el Rollo 363/2014 sentencia de 29-10-2014 dice: ", , , Sobre la confirmación tácita de estos contratos en caso de su canje voluntario cabe citar la Sentencia de la AP de Madrid, Sección: 19, N° de Recurso: 59/2014, núm, de Resolución: 133/2014 de 11/04/2014, Ponente: EPIFANIO LEGIDO LÓPEZ que en su Fundamentos dice Se comprenderá que esta operación de venta y adquisición de las acciones está directa e inmediatamente relacionada con la obligatoria conversión de la participaciones en acciones; y si desde aquella reconversión se produjo ya un perjuicio evidente, parece claro que los afectados decidiesen enajenar las acciones antes de que perdiesen cualquier valor, desde la situación de profunda crisis que atravesaba la entidad

que comercializó las repetidas participaciones preferentes , Luego la tesis que sustenta la demandada de que la venta voluntaria de las acciones reconvertida que se lleva a cabo por propia iniciativa del preferentista imposibilita la nulidad de los contratos, desconoce que la reconversión, que reduce drásticamente el valor de las participaciones, es obligatoria, y ante esa situación, si se ofrece al preferentista la posibilidad de adquisición de las acciones por el Fondo, parece evidente que el demandante decidiese prescindir de las repetidas acciones, lo que no impide dar a la nulidad, como recoge la sentencia dictada la instancia, los efectos que legalmente le son atribuibles desde el propio código civil, Desde las consideraciones que preceden entendemos que ha quedado ya esclarecida y contradicha, la argumentación que llevó la parte demandada al recurso de apelación en el sentido de que la nulidad no era posible porque el preferentista, tras reconvertir las participaciones en acciones, enajenó estas últimas, con olvido por el recurrente de que la obligación del demandante, en el supuesto que se estudia, no será otra que la de devolver, cuando la nulidad se produce, el precio recibido por la venta de las acciones..., es posible hacer extensiva la nulidad a otros negocios jurídicos posteriores que nacen de modo necesario como consecuencia de la voluntad viciada en la concertación del contrato de participaciones preferentes. Por último sobre los efectos de esa nulidad citamos otrasentencia de este Tribunal de 4-3-2015 ,Rollo 24/15 que dice en sus Fundamentos:"CUARTO.- Respecto a la vulneracion del art, 1303 del CC, Bankia S, A, alega en este recurso, 24/2015,Rollo 24/15 que debe suprimirse la condena a abonar el interés legal desde la demanda, Por su parte los demandantes en este punto también impugnaron la sentencia pues consideraban que los intereses legales debían percibirse, no desde la demanda sino desde la fecha de la suscripción de las órdenes de las iniciales compras. Al respecto vemos que la parte demandante en su demanda expresamente se refería en el suplico antes transcrito a la restitución recíproca de prestaciones, mientras que el Fallo tan solo se refería al abono por Bankia S.A.,de lo recibido restadas las rentas percibidas, mas el interés legal desde la demanda, Pues bien, no estamos de acuerdo con el pronunciamiento del juzgador de instancia porque no cumple las expectativas del art, 1303 del CC, Nuestro criterio al respecto se expuso en sentencia nº 40/2014 dictada en RAC 628/2014 en fecha 19-2-2015, Ponente Sra, Ibáñez Solaz al decir:"SEGUNDO, -En el presente caso la propia parte demandante solicitaba expresamente con carácter principal en el suplico de su demanda "a) Se DECLARE LA NULIDAD del contrato de compra de valores de fecha 30 de junio de 2,000 y la inexistencia y, subsidiariamente, la nulidad del contrato de recompra y suscripción (canje) de fecha 20 de marzo de 2, 012 y, en consecuencia, se proceda al restablecimiento de la situación anterior a tales operaciones con su recíproca devolución de las prestaciones recibidas con sus frutos e intereses",siendo esta la acción que le ha sido estimada, En su demanda aportaba la correspondiente documentación de suscripción de 15

participaciones preferentes S/B de fecha 1-3-2000 por importe bruto unitario de 595,14 euros (8, 927,10 euros), de fecha 30-6-2000 de 5 A, I, A, F, por valor nominal total de 3, 000 euros (doc, 9 y 11), así como la relativa a la posterior oferta de canje de acciones de Bankia A, 03/12 de fecha 20-3-2012 por valor nominal de 12, 000 euros, la venta y la suscripción por valor de 9, 000 euros (doc 12 y 16), También aportó la posterior venta de las acciones por importe recibido de 2, 166,0 euros, Ninguna otra cuantificación hacía de posibles cupones o réditos percibidos, En este contexto la decisión de la juzgadora tras declarar la nulidad de las antes citadas operaciones es la de que Bankia devuelva los 9, 761,09 euros (8, 927,10+12, 000-2, 166) pero sin "descontar las sumas recibidas en concepto de intereses o cupones por la demandante al no haber sido alegado por la demandada que para ello debió concretar y acreditar su importe de conformidad con el artículo 217 de la LEC", No se comparte esta decisión, toda vez que la obligación de devolverse las partes contratantes las prestaciones recibidas en virtud del contrato declarado nulo surge de la Ley, por lo que no necesita petición expresa de la parte, como así ha declarado reiterada doctrina jurisprudencial, El artículo 1, 303 del CC., establece que:"Artículo 1303, Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes"En relación al citado precepto la doctrina jurisprudencial ha declarado que, aunque dicha norma reguladora de los efectos de la nulidad, tanto para la nulidad absoluta o radical como la relativa o anulabilidad, está concebida inicialmente para la compraventa, debe ser generalizada en cuanto sea posible y la obligación de devolver no nace del contrato, sino de la Ley que la establece en dicho artículo, por lo cual no necesita de petición expresa de la parte, pudiendo ser declarada por el juez en virtud del principio "iura novit curia", sin que ello suponga alterar la armonía entre lo pedido y lo concebido, con la finalidad de evitar la necesidad de acudir a un nuevo pleito y el enriquecimiento injusto de una de las partes a costa de la otra (STS de fechas 22 de noviembre de 1, 983, 24 de febrero de 1, 992 (EDJ 1992/1700)y 6 de octubre de 1, 994), De acuerdo con el referido artículo 1, 303 y con la anterior doctrina que lo interpreta debe darse lugar a lo solicitado por la parte recurrente de que la parte actora le devuelva lo recibido de ella en concepto de beneficios o cupones generados (por todas las productos adquiridos en fechas 1-3-2000 y 30-6-2000 y en el posterior de 20-3-2012) con sus intereses legales desde la fecha en que se recibiesen, con la oportuna compensación, lo que se determinará en ejecución de sentencias: "Aplicando este criterio al presente caso consideramos que la demandante deberá devolver a la demandada como efecto del art. 1303 del CC lo que hubiese recibido como cupones, intereses o réditos por los productos que inicialmente adquirió y por los que se canjearon posteriormente, más los intereses legales desde la fecha de su recepción o abono, y a su vez la demandada

deberá devolver a la demandante lo que ésta le hubiese satisfecho en definitiva por la compra de los diferentes productos con los intereses legales desde la fecha de su abono..."

3) Valorando la resultancia probatoria referida bajo el precedente prisma normativo y doctrinal cabe llegar a las siguientes consideraciones :

-No consta que al actor se le diera información suficiente al tiempo de contratar el Bono estructurado ni se infiere del escaso tenor de la orden de suscripción que firmó ni de las posteriores comunicaciones que se le remitieron ni de la reunión que mantuvo con personal de la entidad demandada cuya testifical no propuso a los efectos de advenir los términos de aquélla, ni en concreto de los riesgos de pérdidas que tenía, todo ello sobre la base de que es un cliente minorista y de que no consta que fuera experto inversor y menos en otros productos similares ni de que lo fueran los fondos que el mismo día que aquéllos contrató por una eventual disponibilidad de 650, 000 euros que tenía en esa fecha haciendo inversiones diversificadas en la misma entidad precisamente por una relación confianza con ella que le llevó a esa diversa contratación que avala la ausencia de aquélla.

- Bajo esta premisa y de que además el actor como manifestó en su interrogatorio tenía un perfil conservador pues quería contratar un producto seguro siendo que el de autos es un producto complejo según la jurisprudencia reseñada, Bono Estructurado Autocancelable referenciado a la peor evolución de entre las acciones ordinarias de France Telecom y BNP Paribas, aunque el contrato sobre el mismo de noviembre del 2006 se suscribiera antes de la vigencia de la normativa MIFID según tal jurisprudencia, tanto bajo esta normativa MiFID, como bajo la pre MiFID, en su comercialización por parte de las entidades prestadores de servicios financieros a inversores no profesionales existe una asimetría informativa, que impone a dichas entidades financieras el deber de suministrar al cliente una información comprensible y adecuada de sus características y de los concretos riesgos que les puede comportar su contratación siendo del Banco la carga de la acreditación de haber suministrado esa información necesaria para que pudieran comprender bien aquéllas y éstos. Esta carga de la prueba ni en la información precontractual ni en la postcontractual al menos hasta la del 2009 no la ha cumplido la demandada vista la documental mencionada, de modo que con el defecto de conocimiento y, consiguiente al incumplimiento de los deberes de esinformación, no se podía tener una correcta representación de los riesgos que se asumían con la contratación de este producto estructurado, y por lo tanto ello determina que el actor prestó el consentimiento con error esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de esa contratación de tal producto financiero ,relevante, y que resulta excusable en atención a lo argumentado sobre la asimetría informativa y la existencia de los citados deberes legales,

-La acción para instar la nulidad que derivada del anterior error que hemos dado como probado, como refiere la sentencia apelada en coincidencia con todo lo

razonado hasta aquí no está caducada en el caso porque según las citas jurisprudenciales previas, en la relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de 4 años que regula el art, 1301 del CC no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo lo que por parte del actor no se entiende adverbado hasta el vencimiento del bono el 1-12-2011 por haberse probado que el año 2007 ,en contra de lo que dice la demandada, tuviera conocimiento de todos los riesgos del producto de modo que pudiera conocer que contrató con aquéllos vicios del consentimiento ,máxime visto el escaso tenor informativo de las comunicaciones al menos hasta el año 2009 se le remitían por la entidad.

-No existe confirmación del anterior contrato por el hecho de que el actor como un actopropio pusiera objeción a liquidaciones que el pasó el Banco hasta que llegó el vencimiento del bono ni a su deficiente información porque, según la doctrina expuesta,la confirmación de este contrato anulable es la manifestación de voluntad de la parte a quien compete el derecho a impugnar, hecha expresa o tácitamente después de cesada la causa que motiva la impugnabilidad y con conocimiento de ésta, de modo que aquéllas ausencias son irrelevantes desde el momento en que, además de ser anterior al conocimiento de la causa que basaba la petición de anulación, era la demandada la tenía obligación legal de suministrar esa información al inversor no profesional pues este no tenía por qué saber que la que se le dio era insuficiente o inadecuada. Tampoco ese vencimiento como consumación del contrato y no acto voluntario del actor es significativo de la voluntad de éste de extinguir su derecho a impugnarlo, solicitando su nulidad y la restitución de lo que entregó a la otra parte, puesto que es compatible con la pretensión de obtener esarestitución según el art, 1303 del CC...y es en esta falta de confirmación e inexistencia de acto voluntario de dicho actor fuera de la consumación del contrato por su vencimiento y en que hay una pérdida sobrevenida de objeto de la acción de nulidad ,en lo que se difiere conla sentencia recurrida y se coincide con la impugnación que de ella hace el mismo y que se acoge lo que,a su vez hace innecesario entrar en el recurso de la demandada relativo a la improcedencia del incumplimiento contractual esgrimida de modo subsidiario en la demanda y lleva a su rechazo.

En efecto, conforme a la jurisprudencia dicha y no existiendo una venta voluntaria de títulos como prevé la que aplica la juez de instancia, aunque se haya obtenido parte de la inversión no ha habido una carencia sobrevenida de objeto y sí cabe cumplir con los efectos de restitución recíproca de las prestaciones que para los casos de estimación de una acción de nulidad procede, de modo que con estimación de la demanda en un todo en su acción principal, se declara la nulidad del contrato de autos por error en el consentimiento con la obligación de la parte demandada de devolver a la demandante los

200.000€ recibidos por la inversión, con los intereses legales desde la fecha de su realización y de la parte demandante de devolver a la demandada la cantidad que ha percibido de 90.402 euros más los intereses legales desde la fecha de su abono, con la correspondiente compensación, con imposición de costas a la primera por esa total estimación conforme al art. 394 de la LEC ,

TERCERO, - En relación a las costas de esta alzada dados los anteriores pronunciamientos, por la desestimación del recurso y la estimación de la impugnación, se imponen a la demandada-apelante sin hacer expresa imposición de las de la actora-impugnante(art. 398 LEC),

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

F A L L A M O S

Que con desestimación del recurso interpuesto por la demandada CAIXABANK, S, A, y con estimación de la impugnación formulada por el demandante D. _____, contra la sentencia dictada en fecha catorce de diciembre de dos mil quince, por el Juzgado de primera Instancia numero Veintiuno de los de Valencia, debemos revocarla y la revocamos y, en su lugar dictar otra por la que se declara la nulidad del contrato de 22-11-2006 ,Bono Estructurado Autocancelable referenciado a la peor evolución de entre las acciones ordinarias de France Telecom y BNP Paribas, por error en el consentimiento con la obligación de la parte demandada de devolver a la demandante los 200.000€ recibidos por la inversión, con los intereses legales desde la fecha de su realización y de la parte demandante de devolver a la demandada la cantidad que ha percibido de 90,402 euros más los intereses legales desde la fecha de su abono, con la correspondiente compensación, con imposición de las costas a la última. Las costas de esta alzada se imponen a la demandada-apelante, sin hacer expresa imposición de las de la actora-impugnante.

Y a su tiempo, con testimonio literal de la presente resolución, devuélvanse las actuaciones al juzgado de procedencia, para constancia de lo resuelto y subsiguientes efectos, llevándose otra certificación de la misma al rollo de su razón,

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y

firmamos,

PUBLICACION, - Doy fé: la anterior resolución, ha sido leída y publicada por el Ilmo/a, Sr/a, Magistrado/a Ponente, estando celebrando audiencia pública, la Sección Séptima de la Ilma, Audiencia Provincial en el día de la fecha, Valencia, a nueve de mayo de dos mil dieciseis.

DILIGENCIA.- La extiendo yo, el infrascrito Letrado de la Admón de Justicia, para hacer constar que, seguidamente, se notifique la anterior resolución mediante envío de copia por el sistema de LEXNET a los Procuradores Sres. **MANUEL ANGEL HERNANDEZ SANCHIS** y , haciendo saber a las partes, que contra la presente resolución no cabe recurso alguno atendiendo a la cuantía, sin perjuicio de que pueda interponerse recurso de casación por interés casacional en el plazo de VEINTE DIAS si en la resolución concurren los requisitos establecidos en los artículos 477-2-3º y 477-3 en la redacción dada por la Ley 37/2011 de 10 de Octubre de 2011, y en tal caso, recurso extraordinario por infracción procesal y la necesidad de constitución de depósito para poder recurrir, debiendo ingresar la suma de 50 Euros , en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones nº 4506 abierta a nombre de éste Tribunal en el Banco de Santander, acreditando documentalmente dicho depósito. Doy fé.