



SENTENCIA:

VERBAL 470/14

S E N T E N C I A

En Gijón, a cinco de noviembre de dos mil catorce.

D^a Covadonga Pajín Collada, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia n^o 2 de Gijón y su Partido, habiendo visto los presentes autos de Juicio Verbal núm. 470/2014, seguidos ante este Juzgado, como demandante, D^a AAA, con Procurador D. Manuel Suárez Soto y Letrado D. José Antonio Ballesteros Garrido y como demandado, TARGOBANK, S.A., con Procurador D. Juan Ramón Suárez García y Letrado D. Juan Barthe Marco, sobre nulidad de contrato.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Procedente de la Oficina de Reparto se recibió en este Juzgado demanda de juicio verbal sobre nulidad de contrato, presentada por el Procurador D. Manuel Suárez Soto, en nombre y representación de D^a AAA contra TARGOBANK, S.A., en la que tras exponer los antecedentes de hecho y fundamentos jurídicos que en la misma constan solicitaba que se dicte sentencia declarando la nulidad de la compra de los bonos subordinados necesariamente canjeables en acciones Banco Popular efectuada por la demandante el 7-10-2009, así como su canje por nuevos bonos similares de fecha 16-5-2012; la nulidad conllevará la obligación de Targobank de restituir a la actora los 5.000 € que invirtió con sus intereses legales desde la fecha de desembolso, el 23-10-2009; y la obligación de la demandante de reintegrar a Targobank los bonos que tiene en su poder (o las acciones por la que pudieran llegarse a canjearse, si esto ocurriese antes de que se dicte sentencia firme) y los intereses percibidos, a su vez con el interés legal del dinero desde cada percepción. Y condenará en costas a Targobank.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se dio traslado de la misma a la demandada y se acordó citar a las partes para la celebración de vista, que ha tenido lugar en el día de la fecha, y tras exponer las partes lo que estimaron conveniente a su derecho, se practicaron las pruebas que fueron propuestas





y admitidas con el resultado obrante en autos, dándose por terminado el acto para dictar la presente resolución.

TERCERO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte actora pretende se declare nula la compra de los bonos subordinados, canjeables por acciones del Banco Popular, realizada el 7-10-2009, y el posterior canje por nuevos bonos de fecha 16-6-2012, por error en cuanto a elementos esenciales invocando los arts. 1300 y siguientes y los arts. 1261, 1265 y 1266, todos del Código Civil, o, alternativamente, por incumplimiento radical de normas imperativas con cita del art. 6.3 del mismo texto legal, en relación, en ambos casos, con la normativa reguladora del mercado de valores. Esta pretensión suscita la oposición radical de la demandada, TARGOBANK, S.A., entidad creada por Banco Popular Español a quien este último transfirió toda la operativa de la actora, según señala ésta en el hecho primero de la demanda, que niega la existencia de error en el consentimiento o infracción de normas imperativas, siendo correcta la información precontractual y contractual facilitada a la Sra. A, quien no puede ampararse en su condición de cliente minorista y perfil conservador pues en virtud de la diversificación de su capital en distintos productos bancarios de renta variable presentaba un perfil financiero especulativo alejado del tradicional de los clientes conservadores con sus ahorros, habiendo firmado además toda la documentación necesaria para la contratación del producto litigioso, partiendo de la misma la iniciativa de su contratación y no del banco, sin que pueda llamarse a engaño sobre la naturaleza del producto contratado canjeable no por dinero sino por acciones, cuando además con posterioridad recibió el necesario asesoramiento para el canje de los bonos por otros similares al reconocer que acudió a la Unión de Consumidores, debiendo ser entendida la contratación cuya nulidad se pretende en un contexto económico en el que no era previsible para la entidad bancaria la situación de crisis económica.

SEGUNDO.- Los bonos subordinados necesariamente canjeables por obligaciones subordinadas necesariamente convertibles en acciones del Banco Popular, constituyen, como señala la S.A.P. Pontevedra, Sección 3ª de 4-04-2013, un producto financiero de inversión complejo y arriesgado que, junto a una buena rentabilidad inicial comporta riesgos inherentes a la propia aleatoriedad de las fluctuaciones del mercado de referencia, siendo su principal característica que al inicio otorgan un



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



interés fijo, mientras dura el bono, pero después, cuando el inversor se convierte en accionista del banco, la aportación adquiere las características de una inversión de renta variable, con el consiguiente riesgo de pérdida del capital invertido. Como señala la S.A.P. Baleares, Sección 3ª, de 29-11-2013, son un producto financiero mediante el cual y a través de distintas etapas como el canje necesario en obligaciones subordinadas del Banco Popular Español y posterior conversión de tales obligaciones en acciones ordinarias de esa misma entidad, el banco se recapitaliza, siendo su principal característica que al inicio otorgan un interés fijo, mientras dura el bono, pero después, cuando el inversor se convierte en accionista del banco, la aportación adquiere las características de una inversión de renta variable, con el consiguiente riesgo de pérdida del capital invertido. Es por ello que la entidad bancaria ha de ser especialmente cuidadosa al informar al inversor minorista, de manera que le quede claro que, a pesar de que en un primer momento su aportación de dinero tiene similitud con un depósito, a la postre implica la adquisición obligatoria del capital del banco y, por tanto, puede suponer la pérdida de la inversión; todo ello con el agravante de que los bonos no se pueden vender.

TERCERO.- Con la Ley 47/2007 de 21 de Diciembre, se incorpora al ordenamiento jurídico español la normativa MiFID, contenida en la Directiva 2004/39/CE, que afecta a la Ley de Mercado de Valores, publicándose el Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión, que derogó el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios. Estas normas intensifican aún más la obligación de información de las entidades bancarias y la documentación exigible y les impone la previa valoración del perfil del cliente para poder determinar la adecuación del producto a ese perfil. Así, la Ley del Mercado de Valores, en su art. 78 bis distingue entre clientes minoristas y profesionales, considerando como los segundos a aquéllos en que se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus decisiones de inversión y valorar sus riesgos (art. 78. Bis 2), mientras que en el apartado 4 como clientes minoristas comprende a todos aquellos que no sean profesionales. El art. 79 establece las reglas esenciales del comportamiento de las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente, estipulando que en su actuación deben comportarse con diligencia y transparencia, cuidando de los intereses del cliente como propios, proporcionando una información imparcial, clara y no engañosa (art. 79. bis 2), con el deber de facilitarles información comprensible sobre los



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



instrumentos financieros y estrategias de inversión (art. 79 bis 3), debiendo incluir esa información orientaciones y advertencias apropiados sobre los riesgos asociados a tales instrumentos y estrategias (art. 79 bis 3), exigiendo, además, aunque no se preste el servicio de asesoramiento, que la entidad solicite al cliente, incluido en su caso los clientes potenciales, que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente.

Por su parte, el Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión en sus arts. 60, 62 y 64 establece los criterios básicos de la información que deben prestar las entidades, y en concreto el art. 60 señala que a los efectos de lo dispuesto en el art. 79. Bis 2 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, toda información, dirigida a clientes minoristas, deberá, b) ... ser exacta y no destacará los beneficios potenciales de un servicio de inversión o de un instrumento financiero sin indicar también los riesgos pertinentes, de manera imparcial y visible, c)... será suficiente y se presentará de forma que resulte comprensible para cualquier integrante medio del grupo al que se dirige o para sus probables destinatarios y d)...no ocultará, encubrirá o minimizará ningún aspecto, declaración o advertencia importantes. El artículo 64 especifica que la entidad financiera debe proporcionar a sus clientes una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional, precisando que esa descripción debe incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas.

En sede jurisprudencial la información en este ámbito de la contratación se considera muy importante, debiendo asegurarse la empresa que oferta este tipo de productos de que la información facilitada al cliente es clara y ha sido entendida (STS 18-4-2013), pues como señala la STS 14-11-2005, la diligencia de las entidades financieras a la hora de comercializar productos de cierta complejidad no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica de un ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes, de tal manera que la carga probatoria acerca de tal extremo debe de pesar sobre el profesional financiero, lo cual es lógico, por cuanto desde la perspectiva de los clientes se trataría de un hecho negativo,



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



cual es la ausencia de dicha información. La A.P de Asturias, Secc. 5ª en su sentencia de 23-7-2010, recuerda que el derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básica para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad es lograr tanto la eficiencia del sistema bancario como tutelar los sujetos que intervienen en él (el cliente bancario), principalmente, a través tanto de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación contractual exigible. Asimismo, a propósito de la suficiencia y claridad de la información, que debe facilitar la entidad de crédito, se debe indicar que es ésta la que debe acreditar que ha cumplido con los deberes de información necesarios a tenor de la legislación vigente, debiendo precisarse que la diligencia que le es exigible a la entidad financiera es la de un ordenado empresario y representante legal, en defensa de los intereses de sus clientes, no la del padre de familia. Así, señala la A.P Asturias, Secc. 5ª, en su sentencia de 15-3-2013 que en el ámbito de la protección del consumidor, del cliente bancario o del inversor, la información es considerada por la ley como un bien jurídico y el equilibrio entre la información poseída por una parte y la riqueza de datos a disposición de la otra es considerado como una fuente de injusticia contractual, razón por la que el legislador obliga al empresario, el banco o la entidad financiera a desarrollar una determinada actividad informativa.

CUARTO.- De ello se sigue que la obligación de información que incumbe a las entidades bancarias depende, en mayor medida, del perfil del cliente, alcanzando mayor rigor en el caso de clientes minoristas, condición predicable de la demandante desde la perspectiva de legislación del mercado de valores porque no reúne ninguna de las condiciones señaladas por el art. 78 bis de la Ley de Mercado de Valores para considerarla profesional con experiencia, conocimiento y cualificación necesaria para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente los riesgos. A este respecto la demandada sostiene que la actora era perfectamente conocedora de la naturaleza y riesgos del producto adquirido y ello lo deduce del hecho de la diversificación de su capital en diversos productos, entre ellos inversiones de renta variable o depósitos "Oro", más volátiles incluso que los bonos convertibles. Sin embargo, no es posible colegir ese conocimiento y especial cualificación financiera ni por la actividad profesional de la Sra. A que en la fecha en que suscribió el contrato litigioso trabajaba como gerocultora, teniendo la especialidad de auxiliar de clínica, ni por la diversificación de su capital en diversos productos bancarios, preferentemente depósitos a plazo fijo, fondos de inversión o contratos de ahorro combinado, entre otros, de los que no puede predicarse la naturaleza de productos complejos a





diferencia de los bonos subordinados y buena prueba de ello es que en el test de conveniencia que le fue realizado con ocasión del canje, fue clasificada como cliente con experiencia en productos no complejos. Si ello es así, la información previa a la contratación debía cumplir los parámetros de información, transparencia y evaluación previa, con adecuación de la oferta al perfil inversor del cliente, reforzándose aún más en el caso de autos en tanto que el producto vendido es producto complejo en los términos del art. 79 bis 8.a) de la Ley del Mercado de Valores, naturaleza reconocida por el propio banco al haberla sometido al correspondiente test de conveniencia, tal como exige el art. 79. bis 7 de la Ley de Mercado de Valores y que de igual modo resulta, por venir calificado como producto complejo y de alto riesgo, del resumen explicativo de las condiciones de la emisión, que se acompaña como documento 13 de la demanda.

QUINTO.- A este respecto la actora en su demanda asegura que el producto litigioso le fue ofertado por una empleada del banco llamada B, quien la llamó por teléfono diciéndole que se pasase por la sucursal que tenía un producto muy bueno que ofrecerle, explicándole allí que se trataba de un producto nuevo que pagaba intereses trimestralmente con un tipo superior a los depósitos, con un plazo de cuatro años, al cabo del cual el capital depositado se devolvía en acciones del propio banco y que no tenía riesgo alguno, pues una vez que se le entregasen las acciones podría venderlas inmediatamente, pero ocultándole que la conversión de acciones no se haría al precio en que cotizasen las acciones en el momento de la conversión sino a un precio ya determinado, superior al de la cotización en el momento de la emisión.

Pues bien, correspondiendo a la entidad demandada acreditar la información prestada en aplicación del principio de facilidad y disponibilidad probatoria, de conformidad con el artículo 217.7 de la LEC, a su instancia no se ha practicado prueba tendente a probar la información verbal facilitada en su momento a la demandante, ausencia de prueba que alcanza asimismo, al no contar con el testimonio de la empleada bancaria que lo comercializó, a sus alegaciones en la vista de que fue la propia actora la que se interesó por el producto, lo que contradice las afirmaciones contenidas en la demanda, en la que se sostiene que los bonos subordinados le fueron ofertados inicialmente por la entidad bancaria a modo de recomendación personalizada, siendo por ello necesario la realización del test de idoneidad.

En todo caso, cabe preguntarse ante la falta de prueba de esa información verbal si esa obligación de información se cumplimentó al menos con la documentación entregada. La demandante firmó la orden de valores (docs. 9 y 10 de la



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



demanda), en fecha 7 de octubre de 2009. En la referida orden se indica como clase y denominación del valor "BO.POPULAR CAPITAL CONV.V.2013" y en el apartado observaciones se señala que *"Junto a la firma de la presente orden de suscripción se le ha entregado al cliente el tríptico de la emisión, que el cliente ha firmado. Se le hace entrega al cliente de una copia firmada de la orden de suscripción y del tríptico de la emisión"*. En la misma fecha se realiza el test de conveniencia (doc. 11 de la demanda), en el que aparecen cubiertas las casillas de 25 a 40 años en cuanto al rango de edad; en el apartado 2 al referirse a la relación entre su formación profesional y el ámbito financiero, se marca la casilla de "Algo relacionado"; en cuanto a la experiencia inversora (en el tiempo), se cubre la casilla entre 2 a 5 años; a la pregunta de si tiene actualmente o ha tenido en su cartera alguno de los siguientes productos, se marca la casilla de "Fondos de inversión, acciones o renta fija privada"; en cuanto a la periodicidad de sus inversiones aparece cubierta la casilla "Realiza inversiones financieras de bajo importe y mucha frecuencia" y en lo que respecta a las fuentes de información que utiliza de forma habitual, aparecen marcadas las casillas de "Familiares/amigos informados", "Asesores de entidades financieras", "Periódicos de información económica". A resultados de tales datos la entidad bancaria concluye que el nivel de conocimientos y experiencia que le asigna es de cliente con experiencia en productos financieros complejos. Con la misma fecha la demandante firma la entrega del resumen explicativo de las condiciones de la emisión (doc. 13 de la demanda), si bien en su demanda niega haberlo recibido en el momento de la suscripción. En la última página de ese resumen explicativo figura una casilla firmada por la demandante en los siguientes términos, *"Por la presente manifiesto haber recibido el presente resumen explicativo de los Bonos Subordinados Necesariamente Canjeables en Acciones de Banco Popular Español, S.A. 1/2009, lo viso y firmo, en la fecha y lugar que se indican a continuación, a los efectos de la suscripción de la emisión de Bonos Subordinados Necesariamente Canjeables en Acciones de Banco Popular Español, S.A. I/2009"*. Si se procede a la lectura del resumen explicativo se comprueba que en letra negrita se indican como factores de riesgo de los Bonos Subordinados Necesariamente Canjeables emitidos por Popular Capital, S.A, y garantizados por Banco Popular Español, el riesgo de no percepción de remuneraciones, riesgo de mercado y riesgo de liquidez. Se establece asimismo el carácter subordinado de los Bonos y de las Obligaciones Subordinadas Necesariamente Convertibles en los supuestos de liquidación o disolución del emisor, situándose por detrás de todos los acreedores comunes y subordinados del Emisor, de las Participaciones Preferentes o valores equiparables que el Emisor haya emitido o pueda emitir y por delante de las acciones del Emisor. Se recoge la posibilidad de descensos en



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



la cotización de las acciones, una vez verificado el canje, señalando que el precio de conversión será el máximo entre el valor contable de la acción del Banco Popular Español, S.A. a 30 de junio de 2009 sin incluir acciones propias (5,84 euros) y el 110% del mayor de entre (i) la media de los precios medios ponderados de la acción durante los cinco días hábiles bursátiles posteriores a la fecha del desembolso; y (ii) la media de los precios medios ponderados de la acción durante los cinco días hábiles bursátiles anteriores a la fecha del desembolso, precisando que *"en la medida en que el precio de conversión incluirá una prima inferior al 10% sobre la cotización de las acciones del Banco Popular Español, S.A., en el mercado al momento de la suscripción, será necesario que las acciones del Banco Popular Español, S.A., se revaloricen en al menos al importe de dicha prima en la fecha de la conversión, para que los inversores no experimenten una pérdida sobre el nominal invertido"*. Como fecha de vencimiento se establece el 23 de octubre de 2013. Se prevé la posibilidad de canje voluntario y canje forzoso en las fechas que señala, indicando que la relación de conversión de las obligaciones en acciones será el cociente entre el nominal de las obligaciones y el precio de conversión, que será el máximo de entre 5,48 euros por acción y el 110% del mayor entre: (i) la media de los precios medios ponderados de la acción durante los cinco días hábiles bursátiles posteriores a la fecha del desembolso; y (ii) la media de los precios medios ponderados de la acción durante los cinco días hábiles bursátiles anteriores a la fecha del desembolso. La remuneración es trimestral pagadera en las fechas que señala, con un 7% nominal anual sobre el valor de los Bonos hasta el primer aniversario y a partir del día siguiente al primer aniversario desde la fecha de desembolso hasta la fecha del vencimiento, Euribor a tres meses más un diferencial del 4% nominal anual sobre el valor nominal de los Bonos. En cuanto al perfil del inversor está clasificado como producto complejo y del riesgo alto.

A results de esa prueba documental se concluye que si bien la actora firmó el resumen explicativo de la emisión, aunque niega haber recibido una copia y la demandada nada prueba al respecto, lo cierto es que si efectivamente se le entregó, su entrega lo fue el mismo día de la firma de la orden de valores, el 7 de octubre de 2009, siendo su redactado tan extenso y con terminología tan específica, que necesariamente impide a un lego en la materia tomar cabal conocimiento de las características esenciales del producto con una somera lectura que en su caso sería la que podría realizarse en ese momento, debiendo en todo caso haberle sido entregada con antelación suficiente para su estudio detallado, pidiendo las aclaraciones pertinentes. Por el contrario, su entrega se realizó en el momento de la firma del contrato, signándolo, cabe suponer sin lectura previa, tomando como





referencia las explicaciones de la empleada del banco, que por otra parte se desconocen, o si lo fue con lectura superficial, insuficiente para percatarse de extremos tan esenciales como al que hace referencia la demandante en su demanda, pues si bien se contiene información sobre los riesgos, se echa en falta información clara en términos comprensibles de lo que constituye el principal riesgo de los bonos convertibles y éste es que para no sufrir pérdidas era necesario que la acción se revalorizase, como mínimo, un 10%, pues fijado el precio de la conversión de las acciones en 7.1377 €, según hecho relevante comunicado a la CNMV (doc. 21 de la demanda), el inversor sólo podría recuperar íntegramente su inversión si en el momento de la conversión de los bonos en acciones el valor de la acción se situase por encima de aquel valor. Sin embargo, la información facilitada a este respecto debe calificarse de oscura y de difícil inteligencia por personas no acostumbradas al mundo financiero, pues se indica que el precio de conversión será el máximo entre el valor contable de la acción del Banco Popular Español, S.A. a 30 de junio de 2009 sin incluir acciones propias (5,84 euros) y el 110% del mayor de entre (i) la media de los precios medios ponderados de la acción durante los cinco días hábiles bursátiles posteriores a la fecha del desembolso; y (ii) la media de los precios medios ponderados de la acción durante los cinco días hábiles bursátiles anteriores a la fecha del desembolso; redacción que precisa no sólo de una lectura serena, detallada y reflexiva sino de una explicación previa para entender su significado e implicaciones en la práctica, que la demandada no acredita haber realizado, pues a ésta compete informar al inversor de una manera imparcial, clara y no engañosa (art. 79.bis.2 LMV), debiendo esa información, conforme el art. 60 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, ser exacta, indicando también los riesgos pertinentes, de manera imparcial, visible y suficiente, presentándose de forma que resulte comprensible para cualquier integrante medio del grupo al que se dirige o para sus probables destinatarios y no ocultará, encubrirá o minimizará ningún aspecto, declaración o advertencia importantes, mientras que el artículo 64 exige a la entidad financiera que proporcione a sus clientes una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros con una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas.



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

SEXTO. - Se advierte, además, una flagrante vulneración de la normativa MiFID, prescindiendo de si era o no necesaria la realización del test de idoneidad pues no se conocen con certeza los pormenores de la comercialización a los efectos de determinar si supuso o no una recomendación personalizada, por



lo que centrándose en el test de conveniencia realizado a la demandante se advierte que está integrado por preguntas estereotipadas y genéricas que poco aportan del perfil del cliente e incluso contiene evidentes falsedades o al menos incurre en contradicciones si se compara con el realizado con ocasión del canje de 16 de mayo de 2012 (docs. 15 y 18 de la demanda), pues al referirse a la relación entre su formación profesional y el ámbito financiero, se marca la casilla "Nada relacionado" cuando en el anterior se había señalado "Algo relacionado"; en cuanto a la periodicidad de sus inversiones se marca la casilla "Realiza inversiones financieras de bajo importe y con poca frecuencia", mientras que en el anterior la casilla marcada era "Realiza inversiones financieras de bajo importe y mucha frecuencia" y a la pregunta de las fuentes de información que utiliza de forma habitual, únicamente aparece marcada la casilla de "asesores de entidades financieras", cuando en el test del año 2009, aparecen cubiertas las casillas de "Familiares/amigos informados", "Asesores de entidades financieras", "Periódicos de información económica", y, finalmente para el colmo de las contradicciones se clasifica a la actora como cliente con experiencia en productos financieros no complejos, cuando en el año 2009 se le había clasificado como cliente con experiencia en productos financieros complejos, lo que entra en franca contradicción y provoca, sino la hilaridad por la importancia de los hechos, la sorpresa ante esa notoria discrepancia en cuanto a la calificación de la demandante para el mismo producto, desvirtuando de este modo la fiabilidad de los resultados del primer test de conveniencia, que de igual modo afecta al segundo de los realizados con ocasión del canje pues no puede entenderse cumplida la obligación de evaluación de un cliente con la realización de esos test genéricos cuyos resultados se excluyen unos a los otros, lo que los convierte en un mero trámite carente de contenido.

A este respecto el artículo 79 bis, apartado 7 de la Ley de Mercado de Valores exige la realización de test de conveniencia cuando se presten servicios distintos de los previstos en el apartado anterior (referidos a servicios de asesoramiento), por lo que la empresa de servicios de inversión deberá solicitar al cliente, incluido en su caso los clientes potenciales, que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente, debiendo entregar la entidad una copia al cliente del documento que recoja la evaluación realizada.





Como señala la STS de 20 de enero de 2014 cuando la entidad financiera opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada, debe valorar los conocimientos y experiencia en materia financiera del cliente, y evaluar si es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión que va a contratar, mediante el denominado test de conveniencia. Ello supone, como recuerda la S.A.P. Asturias, Secc. 5ª, 15-3-2010, la imposición a las entidades financieras de una nueva obligación, pues ya no basta con la información genérica sobre las características del producto sino que además es preciso una decisión de la entidad sobre la conveniencia de la inversión que se traduzca en una información al inversor individualizada y personalizada, hasta el punto de que pueda entenderse que la decisión inversora se forma en un proceso cooperativo en el que participa limitada y regladamente la propia entidad financiera.

Consecuencia de ello es que en el caso de autos la demandada no cumplió con su obligación de evaluación previa pues el cumplimiento de obligación ha de reputarse insuficiente o un mero trámite, omisión que para algunas Audiencias Provinciales determina la nulidad de la operación (AP Burgos 10-11-2010) y para otras, como la A.P Madrid, Secc, 14ª, en su sentencia de 26-7-2012, si bien el incumplimiento de la normativa administrativa no produce por sí misma la nulidad de los contratos financieros concertados, si tiene sustancial trascendencia para determinar si el cliente, en función de su preparación financiera, nivel de formación y exigencia, era plenamente consciente de las obligaciones y riesgos que asumía y, en definitiva, si pudo o no incurrir en un error grave y esencial sobre lo que contrataba y sobre sus condiciones, es decir, si el consentimiento prestado estaba o no suficientemente formado. En este sentido, en la STS ya citada de 20 de enero de 2014, si bien referido a un supuesto de omisión del test de idoneidad para un SWAP en el que parte de una relación de asesoramiento financiero, se concluye que la omisión del test que debe recoger la valoración de la conveniencia de la operación para el cliente si bien no impide que el cliente tenga conocimiento suficiente del producto complejo y de sus riesgos, y por lo tanto que no haya padecido error al contratar, lleva a presumir la falta del conocimiento suficiente sobre el producto y sus riesgos asociadas que vicia el consentimiento, por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio pero si permite presumirlo.

Es por lo expuesto que además de no acreditar la demandada haber prestado la debida información que a ella compete y que debe efectuar con mayor celo y diligencia en casos como el presente de clientes minoristas, ha omitido esa obligación de evaluar convenientemente al firmante del producto litigioso,



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



lo que abunda en la deficiente formación de voluntad a la hora de prestar un consentimiento cabal y completo respecto de los bonos convertibles suscritos, que alcanza de igual modo al canje posterior, pues clasificada la demandante como cliente con experiencia en productos financieros no complejos, el deber de información imponía una especial diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones de información, que la demandada no justifica ni puede deducirse por el mero hecho de la firma de la demandante con ocasión de realizar esa operación de un documento en el que reconoce haber recibido un ejemplar completo de la información relativa a la naturaleza de los bonos subordinados convertibles y sus riesgos inherentes, siendo dicha información comprensible y suficiente para adoptar una decisión de inversión consciente y fundada (doc. 16).

A este respecto, tal como señala la SAP Asturias, Secc. 5ª, 15-3-2013, es práctica habitual por la que en los contratos suscritos por consumidores, clientes bancarios o inversores minoristas se hacen constar manifestaciones formales de haber sido efectivamente informados, pretendiendo así acreditar documentalmente el cumplimiento de las obligaciones legales de información a cargo de las entidades, pues compete a éstas la carga de la prueba de la correcta información, sobre todo en el caso de productos de inversión complejos, por ser ella quien tiene la obligación legal de informar, extremo no acreditado tampoco en este segundo hito temporal, sin que esa suscripción del canje pueda considerarse como acto de convalidación o confirmación de la compra inicial cuando el mismo día de la firma de esos documentos la actora presentó escrito en la entidad bancaria manifestando que realizaba esa operación como mal menor, reservándose las acciones legales que le pudieran corresponder.

SÉPTIMO.- Para que el error se valore como vicio invalidante del consentimiento, tiene que ser esencial y excusable y venir referido al momento de la celebración del contrato, apreciándose su existencia cuando la parte no puede conocer toda la realidad de las circunstancias que rodean el negocio que va a concluir, empleando una diligencia media, por lo que siendo el error un vicio de la voluntad que da lugar a la formación de la misma sobre la base de una creencia inexacta, ha de valorarse teniendo en cuenta las circunstancias de todo tipo concurrentes, y, entre ellas, las propias y subjetivas de quien aduce padeció el error, que al ser un vicio del consentimiento, exige una plena y cumplida prueba de la concurrencia del mismo para que pueda prosperar la acción de anulación que en el mismo se funda.

Y en el caso de autos ese error ha de definirse esencial y excusable, pues se produjo sobre la sustancia de lo contratado habida cuenta que no acredita la parte demandada, pese a



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



competerle a ella, haber informado convenientemente a la actora sobre la naturaleza y riesgos del producto adquirido, lo que lleva a la excusabilidad del error ante la ausente o en su caso incompleta información que le fue facilitada por la entidad bancaria, debiendo recordarse que la jurisprudencia a la hora de valorar la excusabilidad del error no solo valora el actuar y circunstancias de quien lo padece, sino también la actuación del otro contratante cuando aquél obró motivado por la confianza que le infundía, como acontece en el caso de autos puesto que la entidad bancaria desarrolla habitualmente su actividad en el mercado financiero y viene obligada a informar y asesorar a sus clientes y a velar por sus intereses, mientras que la parte actora no tiene conocimientos específicos del sector bancario y financiero.

Lo anterior lleva a declarar la nulidad de la orden de compra de bonos subordinados convertibles de 7-10-2009, así como su canje por nuevos bonos de fecha 16-5-2012, con la consiguiente restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con sus intereses, conforme dispone el art. 1303 del Código Civil, de manera que las partes vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador (STS 22-4-2005, entre otras muchas), surgiendo tal deber de restitución de la ley, sin necesidad de petición expresa (SSTS. 24-2-92, 20-6-2001 y 11-2-2003), por lo que como efectos derivados de la declaración de anulabilidad de la compra de los bonos lo que arrastra la del canje posterior, procede la condena de la demandada a reintegrar a la demandante la cantidad invertida en su suscripción, que alcanza a 5.000 euros, más sus intereses legales calculados sobre ese importe y a partir de de la fecha de ejecución de la orden de compra, pues como señala la S.A.P Asturias, sección 5ª de 21-11-2013, el art. 1.303 del Código Civil, al regular los efectos de la nulidad, lo hace con carácter retroactivo al momento de la contratación y, por otro lado, es claro que sin concretar el tipo ni hallarse al respecto pacto expreso resulta el legal el aplicable (art. 1108 del C.Civil), debiendo reintegrar la parte actora a su vez a la demandada los intereses percibidos, más los intereses devengados por los rendimientos percibidos desde ese momento, efectuándose las compensaciones a que haya lugar, y los títulos obtenidos a consecuencia del canje, todo ello en aplicación del art. 1303 del citado texto legal.

OCTAVO.- De conformidad con el art. 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas se impondrán a la demandada en virtud del criterio de vencimiento objetivo.

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



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

F A L L O

Que estimando la demanda formulada por el Procurador D. Manuel Suárez Soto, en nombre y representación de D^a AAA contra TARGOBANK, S.A., debo declarar y declaro nulo por error en el consentimiento el contrato de adquisición de los bonos subordinados necesariamente canjeables en acciones Banco Popular suscrito por la demandante el 7-10-2009, así como su canje por nuevos bonos similares de fecha 16-5-2012, debiendo restituirse las partes las prestaciones recíprocas recibidas en cumplimiento de dichos contratos, que incluyen el reintegro a la demandante de la cantidad de 5.000 euros más los intereses legales calculados sobre ese importe, devengados a partir de la fecha de ejecución de la orden cuya nulidad se declara, hasta su total reintegro, con devolución por aquélla a la demandada de los intereses percibidos, más los intereses legales que éstos a su vez hubieran producido, con las compensaciones a que hubiere lugar, y la entrega de los títulos obtenidos como resultado del canje; todo ello, con expresa imposición a la parte demandada de las costas causadas en este procedimiento.

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de apelación en el plazo de veinte días, desde la notificación de esta resolución, ante la Audiencia Provincial. Para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 euros, indicando, en el campo "concepto" la indicación "Recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación".

Líbrese y únase certificación de esta resolución a las actuaciones, con inclusión de la original en el Libro de Sentencias.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando, lo pronuncio mando y firmo.

E./



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez que la dictó, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha. Doy fe.



PRINCIPADO DE
ASTURIAS