



**SENTENCIA:**

**ORDINARIO 387/15**

**S E N T E N C I A**

En Gijón, a cuatro de diciembre de dos mil quince.

D<sup>a</sup> Covadonga Pajín Collada, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Gijón y su Partido, habiendo visto los presentes autos de Juicio Ordinario número 387/2015, seguidos ante este Juzgado, como demandantes, D<sup>a</sup> AAA y D. BBB, con Procurador D. Manuel Suárez Soto y Letrado D. José Antonio Ballesteros Garrido y como demandado, BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., con Procurador D. Juan Ramón Suárez García y Letrado D. Miguel Cuesta Miyares, sobre nulidad de contrato.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Procedente de la Oficina de Reparto se recibió en este Juzgado demanda de juicio ordinario presentada por el Procurador D. Manuel Suárez Soto, en nombre y representación de D<sup>a</sup> AAA y D. BBB contra BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., en la que tras exponer los antecedentes de hecho y fundamentos jurídicos que en la misma constan solicita, que tras los trámites oportunos, se dicte sentencia declarando la nulidad de la compra de bonos subordinados necesariamente convertibles en acciones Banco Popular efectuada por los demandantes el 6-10-2009, así como su canje por nuevos bonos similares de fecha 16-5-2012; la nulidad conllevará la obligación del Banco de restituir a los actores los 12.000 € que invirtieron con sus intereses legales desde la fecha del desembolso, el 23-10-2009; y la obligación de los demandantes de reintegrar al Banco los bonos que tienen en su poder ( o las acciones por las que pudieran llegar a canjearse, si esto ocurriese antes de que se dicte sentencia firme), la cantidad percibida por la venta de tres de esos bonos (1.254,14 €) y los intereses percibidos, a su vez con el interés legal del dinero desde la percepción.

Subsidiariamente, si se entendiese que no cabe declarar la nulidad respecto a los tres bonos vendidos, se condenará al



PRINCIPADO DE  
ASTURIAS



Banco a indemnizar a los demandantes por la pérdida patrimonial derivada de la diferencia entre el precio de compra y el de la venta de dichos bonos, 1.745,86 euros, con sus intereses legales desde la comunicación de esta demanda.

Y condenará en costas al Banco demandado.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda, la parte demandada en plazo legal se personó en debida forma y presentó contestación, oponiéndose a las peticiones de la demanda conforme a la relación de hechos y fundamentos expuestos en su escrito.

**TERCERO.-** Se acordó convocar a las partes a la correspondiente audiencia previa, la cual se celebró el día fijado. En la citada audiencia, tras intentar alcanzar un acuerdo transaccional, la parte demandante se ratificó en su escrito inicial y la demandada en su escrito de contestación. Resueltas las cuestiones procesales que pudieran obstar a la continuación del proceso y practicadas las demás actuaciones legalmente previstas, se fijaron los hechos sobre los que existe controversia y se concedió a las partes la posibilidad de proponer prueba, admitiéndose las que se consideraron pertinentes y útiles, procediéndose a continuación a señalar fecha para el acto del juicio, en el que se llevaría a cabo la práctica de la prueba admitida.

**CUARTO.-** El acto del juicio tuvo lugar el día señalado y al mismo concurrieron las partes personadas. Iniciado el acto se procedió a la práctica de las pruebas por su orden, con el resultado que obra en autos. Practicadas la pruebas se concedió a las partes la palabra a fin de que formularan oralmente sus conclusiones, lo que así hicieron en la forma que queda documentada en los presentes autos, verificado lo cual quedaron los autos conclusos para dictar sentencia.

**QUINTO.-** En la tramitación de las presentes actuaciones se han observado las prescripciones legales.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Pretenden los demandantes se declare la nulidad del contrato de adquisición de obligaciones subordinadas suscrito entre los litigantes, de la venta posterior de tres bonos canjeables y canje de los restantes, con cita de los artículos 1300 y siguientes del Código Civil en relación con los artículos 1261, 1262, 1265 y 1266, todos del mismo texto legal, imputando a la demandada una quiebra del deber de información que ha supuesto la prestación del consentimiento por error al haber contratado ese producto desconociendo en realidad la naturaleza, alcance y consecuencias de lo



PRINCIPADO DE  
ASTURIAS



contratado pues la entidad bancaria no ha suministrado información adecuada sobre las características del producto contratado y de los riesgos que suponía. Alternativamente instan la declaración de nulidad por infracción de normas imperativas con base en el artículo 6.3 del Código Civil por incumplimiento radical de normas imperativas, y en ambos casos, por infracción de la normativa bancaria y de la Ley de Mercado de Valores y Decreto 217/2008, pues la entidad bancaria debía haber extremado la información prestada habida cuenta de la condición de los demandantes como clientes minoristas, perfil inversor conservador y ausencia de especiales conocimientos financieros. Subsidiariamente, instan la condena de la demandada a indemnizarles en la pérdida sufrida por la diferencia entre el precio de compra y el de venta, en concepto de responsabilidad contractual, a tenor de los arts. 1101 a 1109 del CC, que deben relacionarse con la normativa bancaria.

Exponen, en síntesis, en su demanda, que son clientes de siempre de Banco Popular, sin especiales conocimientos financieros, siendo A ama de casa, sin haber finalizado el graduado escolar, y B, sin formación académica al igual que su esposa, trabajando desde los 16 años, primero como mecánico y luego como transportista, hasta su jubilación en el año 2011. Alegan, asimismo, que el destino de sus ahorros en esa entidad fue depósitos a plazo, fondos de inversión garantizados, y de forma excepcional, acciones de la entidad bancaria y participaciones preferentes, de las que recuperaron el capital invertido. Con fecha 6 de octubre de 2009, mediando recomendación expresa de una empleada de la oficina de la demandada sita en la calle Uría 42, firmaron una orden de valores por importe de 12.000 euros, sin entrega de documentación alguna y sin que les fuera realizado el preceptivo test de idoneidad. A finales de marzo de 2012, y comoquiera que los bonos adquiridos estaban sufriendo pérdidas, por indicaciones del director de esa oficina, accedieron a novar los bonos que tenían por otros que prolongaban la inversión hasta el año 2015, pero únicamente por un nominal de 9.000 euros, procediendo a la venta de los restantes con un valor nominal de 3.000 euros. Esta venta les reportó un ingreso de 1.254,14 euros y unas pérdidas de 1.745,86 euros. La orden de valores por la que se realizaba ese canje fue firmada el 10 de mayo de 2012, y con ella los documentos que con los números 12 a 15 se acompañan con la demanda.

La demandada rechaza la existencia de vicio en el consentimiento prestado por la parte actora, quien consintió el contrato de forma consciente y válida con pleno conocimiento de lo que contrataba, sin que pueda alegar el error que denuncia a tenor de la información precontractual y





contractual que le fue facilitada en virtud de las explicaciones realizadas antes de la contratación y entrega de documentación, por lo que ningún error cabe estimar desde el momento que la contratación realizada lo fue de forma consciente, sabiendo lo que contrataban y el alcance y riesgos de lo contratado, y sin que se le pueda atribuir infracción de la normativa bancaria, pues ha dado efectivo cumplimiento a la aplicable en la fecha de la adquisición de las obligaciones subordinadas. Invocan, asimismo, la doctrina de los actos propios.

**SEGUNDO.-** En relación con la naturaleza jurídica del producto contratado, la sentencia dictada por la AP Asturias, Secc. 5ª, 25-11-2013, con cita de la dictada por esa misma Sección de 15-3-2013, define las obligaciones subordinadas como una mutación o alteración del régimen común de las obligaciones, que obedece al exclusivo propósito de fortalecer los recursos propios de las entidades de crédito y muy especialmente de las Cajas de Ahorros, caracterizándose porque en caso de quiebra o liquidación de la entidad de crédito tales obligaciones-préstamos ocupan un rango inferior a los créditos de todos los demás acreedores y no se reembolsarán hasta que se hayan pagado todas las deudas vigentes en ese momento, constituyendo uno de sus requisitos el que dichos fondos deben tener un vencimiento inicial de al menos 5 años, pudiendo tras dicho período ser objeto de reembolso, mientras que las autoridades competentes podrán autorizar el reembolso anticipado de tales fondos siempre que la solicitud proceda del emisor y la solvencia de la entidad de crédito no se vea afectada por ello. Las obligaciones subordinadas tienen la consideración oficial de producto complejo del art. 79 bis 8.a) de la Ley del Mercado de Valores, partiendo para tal calificación de aquellos productos que no tienen tal condición, esto es, los valores desprovistos de riesgo y las acciones cotizadas como valores ordinarios, cuyo riesgo es de general conocimiento, y aquellos valores no complejos, en los que concurren tres condiciones, a saber, que existan posibilidades frecuentes de venta, reembolso u otro tipo de liquidación de dicho instrumento financiero a precios públicamente disponibles para los miembros en el mercado y que sean precios de mercado o precios ofrecidos, o variados, por sistemas de evaluación independientes del emisor y que no impliquen pérdidas reales o potenciales para el cliente que excedan del coste de adquisición del instrumento, existiendo a disposición del público información suficiente sobre sus características que sea comprensible, de modo que permita a un cliente minorista emitir un juicio fundado para decidir si realiza o no la operación. Como señala la citada sentencia de 15 de marzo de 2013, se pacta, no ya que el crédito carece de privilegio alguno, sino que ni siquiera alcanza el estatus de crédito ordinario, por lo que se altera el régimen común de la



PRINCIPADO DE  
ASTURIAS



prelación, situándose a las obligaciones subordinadas tras los acreedores comunes del derecho civil citados en el sexto lugar del orden establecido en el art. 913 del Código de Comercio. El precio de la postergación lo constituye el devengo de los intereses más altos que la media del mercado de renta fija privada, de modo que a menor seguridad de tales obligaciones debido a su carácter subordinado debe incrementarse la rentabilidad de las mismas.

**TERCERO.-** En cuanto al deber de información, desde el punto de vista normativo, la protección reforzada del inversor, especialmente minorista, tiene en las obligaciones de información a cargo de las entidades que prestan servicios de inversión uno de sus aspectos capitales.

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 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



PRINCIPADO DE  
ASTURIAS



servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente. La entidad entregará una copia al cliente del documento que recoja la evaluación realizada. Cuando, la entidad considere que el producto o el servicio de inversión no es adecuado para el cliente, se lo advertirá (art. 79.bis.7).

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, 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



PRINCIPADO DE  
ASTURIAS



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 SAP Asturias, Secc. 5ª, 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. En esta misma sentencia se hace referencia a la 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, no pudiendo exigirse al inversionista la carga de la prueba de un hecho negativo, la no información.

Ahora bien, considera la Sala que la introducción en el contrato de una declaración de ciencia, suscrita por los consumidores, clientes bancarios o inversores minoristas, en el sentido de haber sido debidamente informados, no implica necesariamente que se haya prestado al consumidor, cliente o inversor minorista la preceptiva información, ni constituye una presunción "iuris et de iure" de haberse cumplido dicha obligación, ni de que el inversor, efectivamente, conozca los riesgos, último designio de toda la legislación sobre transparencia e información, siendo exponente de lo que se dice el art. 89.1 del Real Decreto Legislativo 1/2.007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que estima cláusulas abusivas "las declaraciones de recepción o conformidad con hechos ficticios", lo que implica que son nulas las declaraciones de ciencia si se acredita que los hechos a los que se refiere son inexistentes o "ficticios", como literalmente se expresa en el texto legal. Considera entonces que las declaraciones de ciencia o de "saber" generan



PRINCIPADO DE  
ASTURIAS



una presunción de que la correspondencia con la realidad que indican es cierta, si bien ello no impide que dicha presunción quede desvirtuada si, mediante la pertinente actividad probatoria desplegada en el proceso, se demuestra que la correspondencia con la realidad es inexistente.

En relación a esa infracción de los deberes de información como declara la sentencia dictada por el Pleno del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014, en relación a otro instrumento financiero como es el SWAP, si bien el incumplimiento de los deberes de información por sí mismo no conlleva necesariamente el error vicio, el art. 79. apartado 3 de la LMV, impone a la entidad financiera el deber de suministrar el cliente minorista en la contratación de productos complejos una información comprensible y adecuada de los productos financieros, debiendo incluir esa información orientaciones y advertencias apropiados sobre los riesgos asociados a tales instrumentos y estrategias, lo que muestra que esta información es imprescindible para que el cliente minorista pueda válidamente prestar su consentimiento, por lo que el desconocimiento de tales riesgos pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, siendo esencial ese error pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero.

**CUARTO.-** Es en ese marco normativo y teniendo asimismo en consideración la naturaleza del producto contratado y las consideraciones expuestas, que deben valorarse las circunstancias concurrentes en el caso de autos, debiendo ponderar la información prestada que deberá ser clara, precisa y suficiente y las circunstancias concretas del cliente, tales como la experiencia, nivel de estudios o contratación previa de otros productos, sin que pueda obviarse que la carga de la prueba de que se ha facilitado la debida información en aplicación del principio de facilidad y disponibilidad probatoria, compete a la entidad bancaria, de conformidad con el artículo 217.7 de la LEC.

Con ello cabe centrar el examen de la cuestión debatida desde el punto de la nulidad relativa o anulabilidad por concurrir en la prestación del consentimiento error que lo invalida, por lo que para la resolución de la controversia ha de analizarse el cumplimiento de ese deber de información a los efectos de determinar si por la entidad bancaria se ha conculcado o no esa obligación que sobre ella pesa y en virtud de la información facilitada o, en su caso, de esa falta de información se ha generado en el demandante el error que denuncia, que ha de ser esencial e invencible o excusable, y para ello ha de valorarse el grado de conocimiento y perfil de los demandantes en relación con el producto suscrito.



PRINCIPADO DE  
ASTURIAS





En el plenario prestó declaración la Sra. AA manifestando que en una de las ocasiones que había acudido al Banco, una empleada le ofreció la posibilidad de destinar el dinero que tenían por importe de 12.000 euros en la cuenta corriente, a la compra de un producto, asegurándole que no tenía riesgo, que lo tenían todos los empleados del Banco, que le iba a producir una buena rentabilidad y que estaba sujeto a un plazo; que ella habló con su marido y accedieron a la compra porque no tenía riesgo; que algo le comentaron de acciones del Banco Popular pero no sabe nada más; que no le dieron ningún folleto y que no recuerda cuándo le entregaron la documentación que se acompaña a la demanda; que no le hicieron test de conveniencia; que cada cierto tiempo el Banco les enviaba información de los intereses; que no sabe si los bonos del año 2015 vencieron ya; que no recuerda haberlos renovado; que antes de firmar no le entregaron documentación alguna; que lo que le explicaron es que no le entregarían dinero sino sólo acciones pero que le dijeron que iba a ganar dinero; que no recuerda que le hablasen de la posibilidad de sufrir pérdidas; que en el año 2012 la llamó el Director y le dijo que el producto tenía pérdidas; que no tenían ese dinero pero que podían prorrogar el producto hasta el año 2015; que discutieron con el Director; que firmaron el canje y otra parte la vendieron; que no recuerda por qué procedieron a la venta, que cree que porque estaban sufriendo pérdidas; que siempre se dedicó a las labores de la casa y que no tiene el graduado escolar al igual que su marido.

Las anteriores declaraciones deben complementarse con la documentación obrante en autos, aportándose con la demanda la orden de valores firmada por los demandantes de fecha 6 de octubre de 2009 (doc.2), en cuya parte superior figura escrita a mano la frase "RECIBÍ COPIA 10 HOJAS, FDO. AAA". Esa orden figura firmada a las 11:57 de ese día, y por ella los demandantes adquirirían 12 valores, con un importe nominal de 12.000 euros, con la denominación "BO.POPULAR CAPITAL CONV. V.2013". Asimismo se hace constar que con esa orden se entrega el tríptico de la emisión que el cliente ha firmado, y que el ordenante reconoce haber recibido copia de esa orden y que conoce su significado y trascendencia. Se aporta asimismo como documento 3 el resumen explicativo de las condiciones de la emisión, en el que se describen los factores de riesgo y la posibilidad de canje de los bonos. Asimismo como documentos 4 y 5, los escritos firmados por la demandante y su esposo en la misma fecha, a las 11:54:18 y 11:51:32, respectivamente, por los que reconocen haber recibido un ejemplar completo de las condiciones generales para la prestación de servicios de inversión y de la información sobre instrumentos financieros ofrecidos por esa entidad. Como documento 6, firmado por BB, escrito en el que reconoce haber realizado un test de



PRINCIPADO DE  
ASTURIAS



conveniencia, clasificándole la entidad bancaria en ese documento como cliente con experiencia en productos financieros no complejos. El 26 de abril de 2012 el Sr. B firma escrito manifestando su intención de canjear los bonos convertibles V.2013 por la nueva emisión de fecha 26-04-2012 y vencimiento 28-11-2015 (doc. 7). El 10 de mayo de 2012, los demandantes firman orden de canje "BO.POPULAR CAPITAL CONV. V.2013" por "BO. SUB. OB. CONV.POPULAR V.11-15 ISIN ES0313790059", siendo un total de 9 títulos, con un nominal 9.000 euros (doc.8). En ese documento se hace constar que el cliente recibe copia de la orden y conoce su significado y trascendencia. El 30 de marzo de 2012, venden 3 títulos por importe de 1.254,14 euros (doc.9). Como documento 12, fechado el 10 de mayo de 2012, se aporta escrito firmado por la entidad bancaria que asegura haber realizado test de conveniencia, y que el cliente, a pesar de haber sido informado de que el producto no pudiera ser adecuado para el nivel de conocimientos y experiencia declarado, y tras haber sido informado sobre la naturaleza y riesgos asociados al mismo, ha decidido, actuando por cuenta propia, y con base en sus propias estimaciones, contratar el producto BO. SUB. OB. CONV.POPULAR V.11-15. Se adjuntan como documentos 13 y 14, escritos, que no constan firmados por los demandantes, de fecha 10 de mayo de 2015, en los que reconocen haber recibido un ejemplar de la información relativa a la naturaleza y de los bonos subordinados y sus riesgos, siendo esa información comprensible y suficiente para adoptar una decisión de inversión consciente y fundada, y con esos mismos escritos, la información a que éstos se refieren y el resumen explicativo de las condiciones de la emisión, en el que se describen los factores de riesgo.

**QUINTO.-** Es conforme a ese testimonio y a la documentación reseñada que cabe plantearse si concurre el vicio de consentimiento que se alega. Y así, en lo que se refiere al error como vicio invalidante del consentimiento, para que éste produzca tal efecto 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. El art. 1266 del Código Civil exige que recaiga sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la



PRINCIPADO DE  
ASTURIAS



misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo, y no sólo ha de ser esencial, sino también inexcusable, pues no puede beneficiar a quien lo ha provocado conscientemente en la otra parte (STS 13-2-2007). El error es inexcusable cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular, que ha de valorarse tomando en cuenta las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, pues la función básica de ese requisito es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida por la declaración (STS 4-1-1982). A la hora de apreciar la excusabilidad del error la jurisprudencia utiliza el criterio de la imputabilidad a quien lo invoca y el de la diligencia que le era exigible, en la idea de que cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible, y que la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas, y así, es exigible mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto (SSTS 28-2-1974 y 18-4-1978), y por el contrario la diligencia exigible es menor cuando se trata de persona inexperta que entre en negociaciones con un experto (STS 4-1-1982), siendo preciso, por último, para apreciar esa diligencia exigible, valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta o no, aunque no haya incurrido en dolo o culpa. En definitiva, como señala la S.T.S de 12 de noviembre de 2012 hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta, esto es, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea. Esto exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias. Y precisa que el error sea esencial, en el sentido de proyectarse sobre la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, que hubieran sido la causa principal de su celebración, siendo necesario que las percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias pasadas, concurrentes o esperadas, en cuya consideración el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado, se hayan elevado a la categoría de causa concreta de aquél, y hayan sido tomadas en consideración, en el momento de la perfección o génesis de los contratos, siendo determinante que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual, pues en caso contrario se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a



PRINCIPADO DE  
ASTURIAS



todo lo humano. Dificilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre un futuro más o menos próximo con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia. Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable, cualidad no mencionada en el artículo 1266, porque valora la conducta del ignorante o equivocado, negando protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida.

**SEXTO.-** Pues bien, a resultas de los hechos declarados probados en cuanto a la información precontractual y la contractual facilitada, no puede afirmarse que los demandantes, respecto de los que no consta que desearan contratar un producto de riesgo, lo que incluso fue expresamente descartado por la actora en prueba de interrogatorio, hubieran sido plenamente informados del mecanismo de las obligaciones subordinadas, denominadas bonos subordinados necesariamente canjeables, producto complejo que implica una serie de riesgos respecto de los que no consta que hubieran sido convenientemente informados, siendo éstos, tal como se desprende del resumen explicativo de la emisión, el riesgo de no percepción de remuneraciones y su carácter subordinado pues tratándose de un producto de la entidad bancaria, en caso de liquidación o disolución de la entidad, los bonos se sitúan por detrás de los acreedores comunes y subordinados del emisor, de las participaciones preferentes y valores equiparables que el emisor haya podido emitir, pero antes de las acciones ordinarias del emisor; el riesgo de liquidez ante la imposibilidad de garantizar un mercado secundario líquido sobre los bonos, lo que puede dificultar su venta, y la imposible amortización en efectivo de bonos subordinados necesariamente canjeables de manera que en las fechas de canje voluntario o necesario de la emisión de bonos los suscriptores únicamente recibirían acciones y nunca el reembolso en efectivo del nominal de los bonos.

Con ello quiere decirse que ante un producto de esta naturaleza y con un cliente con las características de los demandantes, perfil conservador y escasos o nulos conocimientos financieros, a lo que no es óbice la previa contratación de unas participaciones preferentes, pues se desconoce la información de la naturaleza que de tales productos tuvieron en su momento, que la entidad debe extremar el celo en la información facilitada a la hora de proceder a su comercialización. Sin embargo, en el caso de autos, según



PRINCIPADO DE  
ASTURIAS



manifestaciones de la actora, la información verbal prestada se ajustó a los extremos que la misma reconoce, la documentación contractual, según ésta manifiesta, no les fue entregada con antelación y la aportada con la demanda lo fue posteriormente, sin que la demandada acredite su entrega previa a la firma a efectos de una lectura detallada y reflexiva sobre lo que se iba a contratar, sino que lo que de la misma resulta, es que en el momento de la firma de la orden de compra de obligaciones subordinadas del año 2009, fue cuando se entregó a A diez hojas, como ella reconoce expresamente en ese documento, realizándose todo en unidad de acto, resultando imposible que un inversor sin conocimientos financieros se percate de la naturaleza del producto contratado, cuya denominación no aparece siquiera en la orden de valores firmada, y que contiene evidentes fórmulas de estilo acerca de su conocimiento sobre su significado y trascendencia, lo que no aparece contrastado con otros medios de prueba que acrediten, sin género de dudas, ese conocimiento cabal y completo de que lo contratado era realmente lo que querían, porque lo conocían por habersele sido explicado convenientemente, conociendo, en suma, los riesgos y consintiendo la compra del producto sabiendo qué era lo que compraban y asumiendo las consecuencias incluso negativas que para ellos podrían resultar de la prestación de ese consentimiento. No debe olvidarse que la carga de la prueba de la correcta información prestada corresponde al profesional financiero, respecto del cual la exigible no sólo es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes, que en el caso de autos ni se acredita antes ni durante la formalización del contrato, ni puede entenderse cumplida por la mera entrega de una prolija documentación, respecto de la que no consta su lectura previa y aun de haberse podido leer, la necesaria explicación para garantizar la comprensibilidad por el cliente de qué es lo contratado.

Lo mismo debe afirmarse del canje posterior, pues no explica la demandada los pormenores de dicha operación, aportando únicamente, al igual que en el caso anterior, un documento por el que pretende acreditar la realización de un test de conveniencia, que ni se aporta ni ese documento aparece firmado por el Sr. BB, en el que después de asegurar haber realizado este test, con resultado desfavorable, el cliente, a pesar de haber sido informado de que el producto no pudiera ser adecuado para el nivel de conocimientos y experiencia declarado, y tras haber sido informado sobre la naturaleza y riesgos asociados al mismo, ha decidido, actuando por cuenta propia, y con base en sus propias estimaciones, contratar el producto BO. SUB. OB. CONV.POPULAR V.11-15, aseveración que no encuentra sustento probatorio alguno, sino



PRINCIPADO DE  
ASTURIAS



que responde únicamente a una clara fórmula de estilo para exonerarse de cualquier responsabilidad. Al igual que en el caso anterior, no consta la información verbal prestada que acredite el conocimiento del cliente de las consecuencias de dicha operación de canje e incluso de la venta de parte de los títulos, sino que estas conductas posteriores parecen responder a un intento desesperado de salvar la inversión, y menos aún la documentación contractual, que no consta entregada con anterioridad, es suficiente para tener por probado ese conocimiento de los demandantes de cuál era la operación que estaban llevando a cabo y las implicaciones que para ellos supondría la realización de ese canje y la venta de algunos de los títulos.

De todo lo anterior se deduce un defecto de información susceptible de inducir a error a los demandantes, lo que lleva a la excusabilidad del error ante la información facilitada por la entidad bancaria obrando éstos movidos por la confianza que le infundían los empleados bancarios, 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 los demandantes se trata de personas respecto de la que no consta especial formación académica o conocimientos específicos del sector bancario y financiero.

Por otra parte, no es admisible la alegación de la demandada de que los demandantes con su demanda van en contra de sus actos cuando han venido percibiendo intereses durante años, sin manifestar queja o desacuerdo alguno, y es ahora al sufrir pérdidas cuando formulan reclamación, pues aun siendo cierto esa reclamación a resultas de esa pérdida, la presentación de la demanda no implica venir contra sus propios actos desde el momento en que la acción ejercitada deriva de un vicio de consentimiento y no se puede consentir aquello que se desconoce en su naturaleza y riesgos, tomando conciencia los demandantes de qué era realmente lo contratado cuando comienzan a sufrir pérdidas, mientras que la decisión de proceder al canje y venta de tres de los bonos, responde claramente a un intento de salvar la inversión y no a una confirmación o ratificación del contrato.

**SÉPTIMO.-** Asimismo de lo actuado se desprende una flagrante vulneración de la normativa MiFID, sin necesidad de adentrarse en el estudio de si la demandada prestó o no un servicio de asesoramiento y vinculado a éste la necesidad de



PRINCIPADO DE  
ASTURIAS



realizar el test de idoneidad, pues lo que resulta de la documentación obrante a autos es que no hay test de conveniencia ni para la adquisición ni para el canje de obligaciones subordinadas, aunque en la documentación aportada se hace expresa mención a él. 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 de los demandantes, 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 asociados que vicia el consentimiento, por eso la ausencia del test no determinada 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, advirtiéndose en el cumplimiento de tal obligación esenciales lagunas u omisiones, que contribuyeron a formar en la parte actora un conocimiento equivocado o incompleto de la realidad sobre la naturaleza y riesgos del producto, se ha omitido esa obligación de evaluar a los demandantes, lo que abunda en la deficiente formación de voluntad a la hora de prestar un consentimiento cabal respecto de los productos financieros suscritos y en la existencia del error invencible y excusable y lleva, en suma, a declarar la nulidad que se solicita de la compra de bonos subordinados necesariamente convertibles en acciones Banco Popular efectuada por los demandantes el 6-10-2009, así como su canje por nuevos bonos similares de fecha 16-5-2012 y la venta de los tres bonos restantes.

Esa declaración de nulidad conlleva la consiguiente restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia de los contratos, 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 obligaciones subordinadas, procede la condena de la demandada a reintegrar a los demandantes la cantidad invertida en su suscripción, que alcanza a 12.000 euros, con sus intereses legales desde la fecha del desembolso, el 23-10-2009; y la obligación a su vez de los demandantes de reintegrar al Banco los bonos que tienen en su poder, la cantidad percibida por la venta de tres de esos bonos (1.254,14 €) y los intereses percibidos, a su vez con el interés legal del dinero desde la percepción, efectuándose las compensaciones a que haya lugar, todo ello en aplicación del art. 1303 del citado texto legal.



PRINCIPADO DE  
ASTURIAS





**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,

### **F A L L O**

Que estimando la demanda formulada por el Procurador D. Manuel Suárez Soto, en nombre y representación de D<sup>a</sup> MARÍA AAA y D. BBB contra BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., debo declarar y declaro nulos por error en el consentimiento y sin efecto alguno, la compra de bonos subordinados necesariamente convertibles en acciones Banco Popular efectuada por los demandantes el 6-10-2009, así como su canje por nuevos bonos similares realizado por orden de valores de fecha 10-5-2012 y la venta de los tres bonos restantes, debiendo restituirse las partes las prestaciones recíprocas recibidas en cumplimiento de dichos contratos, que incluyen el reintegro a los demandantes de la cantidad de 12.000 euros con sus intereses legales desde la fecha del desembolso, el 23-10-2009, con obligación de los demandantes de reintegrar al Banco los bonos que tienen en su poder, la cantidad percibida por la venta de tres de esos bonos (1.254,14 €) y los intereses percibidos, a su vez con el interés legal del dinero desde la fecha de su percepción, efectuándose las compensaciones que procedan; 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