

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº CUATRO DE CÓRDOBA
PROCEDIMIENTO ORDINARIO

SENTENCIA Nº 58/16

En Córdoba, a catorce de abril de dos mil dieciséis.

D. Víctor Manuel Escudero Rubio, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia Nº Cuatro de Córdoba, ha visto los presentes autos de juicio ordinario nº 1 , promovidos por , representados por el Procurador Sra. Amo Triviño y asistidos del Letrado Sr. Ortega García, contra Banco Popular Español, S.A., representada por el Procurador Sra. Garrido López y asistida del Letrado Sra. sobre ineficacia de contrato y reclamación de cantidad.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El 30 de noviembre de 2015, el Procurador Sra. Amo Triviño, en representación de , presentó demanda de juicio ordinario ante el Juzgado Decano, que por turno de reparto correspondió al presente Juzgado.

La demanda se fundaba en los hechos y fundamentos de derecho que se recogen en el citado escrito y terminaba suplicando que "se dicte sentencia, en cuyos méritos se estime íntegramente esta demanda por lo que en consecuencia se declare principalmente la anulabilidad por vicio del consentimiento basado en el error prestado por mi mandante a causa del incumplimiento de Banco Popular de su obligación de informar a los clientes conforme a la normativa protectora de los usuarios bancarios, de la Orden de compra de dichos valores, Canje y contratos que estén vinculados con la citada compra, y en sus méritos conforme al art. 1303 C.Civil, se proceda a la restitución de las prestaciones condenando a la demandada a devolver a mi mandante como principal la cantidad total efectiva invertida, TREINTA MIL

EUROS (30.000,00 €), más el interés legal de esta cantidad desde la contratación hasta que se dicte sentencia incrementado en dos puntos desde la fecha de la misma hasta que se produzca el efectivo pago y todas las costas de este pleito; y, que en consecuencia se declare la titularidad de BANCO POPULAR o entidad que éste designe sobre los bonos u acciones objeto de esta litis, consolidando la propiedad sobre los mismos, devolviendo al banco los intereses cobrados por mis representados, según se acrediten estos a lo largo del procedimiento por la adversa o en todo caso en ejecución de sentencia.

Y, subsidiariamente, si no se concede la anulabilidad interesada, solicitamos se declare el incumplimiento por parte de BANCO POPULAR o entidad que le suceda en sus derechos y obligaciones de las normas imperativas de obligado cumplimiento que han sido citadas a lo largo de la demanda y en el encabezamiento de la misma así como de las obligaciones derivadas del contrato, y en sus méritos se proceda a la restitución de las prestaciones o en su caso se proceda a la indemnización de daños y perjuicios causados, condenando a la demandada a pagar a mi mandante como principal la cantidad total efectiva invertida, TREINTA MIL EUROS (30.000,00 €), más el interés legal de esta cantidad desde la fecha de interposición de esta demanda y todas las costas de este pleito; y, que en consecuencia se declare la titularidad de BANCO POPULAR o entidad que éste designe sobre los bonos u acciones objeto de esta litis, consolidando la propiedad sobre los mismos.”

La demanda fue admitida a trámite, emplazándose, con traslado de la demanda y de los demás documentos aportados, al demandado para que en el plazo de veinte días compareciera y contestase. Banco Popular Español, S.A. contestó a la demanda en el sentido de oponerse a ella, con imposición de costas para la parte contraria.

SEGUNDO: Seguidamente, se convocó a las partes a la audiencia previa prevista en el artículo 414.1 LEC, en la que comparecieron todas las partes. Las partes se ratificaron en sus respectivos escritos. Los actores propusieron como prueba la documental y la testifical. El demandado, la documental y la testifical. Dichas pruebas fueron admitidas en los términos que figuran en el acta correspondiente.

TERCERO: El 3 de marzo se celebró el acto del juicio, en el que se practicaron las pruebas admitidas y las partes formularon verbalmente sus conclusiones, tras lo cual quedaron los autos sobre la mesa para dictar sentencia.

CUARTO: En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO:

adquirieron de la demanda en octubre de 2009 un producto denominado "BO. Popular Capital Conv. V. 2009" por un importe de 30.000 euros. En mayo de 2012 lo canjearon por otro similar denominado "BO. Popular Capital Conv. V. 2013 ISIN ES0370412001". En la demanda se ejercitan, por este orden, dos acciones de forma subsidiaria: una acción de anulabilidad por error y otra de responsabilidad contractual.

Respecto de la primera de esas acciones (anulabilidad por error), Banco Popular Español, S.A. alegó la caducidad de la acción, la inexistencia de error y la doctrina de los actos propios y del abuso del derecho. En cuanto a la segunda, niega que concurren los presupuestos necesarios para su estimación.

SEGUNDO: Banco Popular Español, S.A. ha alegado la caducidad de la acción, al amparo de lo previsto en el art. 1.301 del Código Civil, que establece que en caso de error la acción caduca a los cuatro años desde la consumación del contrato.

El problema se plantea en cuanto al comienzo del cómputo. El art. 1.301 CC establece como día inicial el de la "consumación del contrato". Aunque la cuestión puede plantear dudas, la doctrina mayoritaria considera que el momento inicial del cómputo del plazo no es nunca anterior al cumplimiento del contrato, como lo demuestra el hecho de que acción inherente que se ejercita es de restitución de las prestaciones. Para la STS de 20 de febrero de 1.928, el contrato "no puede entenderse cumplido ni consumado hasta la realización de todas las obligaciones" (se trataba de un préstamo tachado de doloso). También sobre este concepto de consumación

pueden citarse las STSs de 24 de junio de 1.897, 17 de mayo de 1.904, 16 de octubre de 1.918, 5 de mayo de 1.983, 11 de julio de 1.984 y 27 de marzo de 1.989.

Esta doctrina aparece recogida más recientemente en la STS de 11 de junio de 2003 (LA LEY 2348/2003), que señala que *"dispone el art. 1301 del Código Civil que en los casos de error, o dolo, o falsedad de la causa, el plazo de cuatro años empezará a correr, desde la consumación del contrato, norma a la que ha de estarse de acuerdo con el art. 1969 del citado Código. En orden a cuándo se produce la consumación del contrato, dice la sentencia de 11 Jul. 1984 (LA LEY 8989-JF/0000) que «es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad del contrato de compraventa, con más precisión por anulabilidad, pretendida por intimidación, dolo o error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones (sentencias, entre otras, de 24 Jun. 1897 y 20 Feb. 1928)», y la sentencia de 27 Mar. 1989 (LA LEY 11801-R/1989) precisa que «el art. 1301 del Código Civil señala que en los casos de error o dolo la acción de nulidad del contrato empezará a correr "desde la consumación del contrato". Este momento de la "consumación" no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar, como acertadamente entendieron ambas sentencias de instancia, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes», criterio que se manifiesta igualmente en la sentencia de 5 May. 1983 cuando dice: «en el supuesto de entender que no obstante la entrega de la cosa por los vendedores el contrato de 8 Jun. 1955, al aplazarse en parte el pago del precio, no se había consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó...». Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 Jun. 1897 afirmó que «el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo», y la sentencia de 20 Feb. 1928 dijo que «la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea, hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó». Tal doctrina jurisprudencial ha de entenderse en el sentido, no de que la acción nazca a partir del momento de la consumación del contrato, sino de que la misma podrá*

ejercitarse hasta que no transcurra el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato que establece el art. 1301 del Código Civil."

Estas ideas han sido asumidas también por la denominada Jurisprudencia Menor respecto de los contratos de permuta de tipo de interés, pudiendo citarse a título de ejemplo la SAP de Valencia (Secc. 9ª) de 11 de julio de 2011 (LA LEY 170776/2011), que sostiene que *"en relación con el cómputo del plazo del artículo 1301, señala asimismo la doctrina que el momento inicial no es nunca anterior al cumplimiento del contrato, por lo que la acción de restitución no puede empezar a prescribir conforme al artículo 1969 del Código Civil, sino desde la consumación, destacando la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2008 - en relación a un contrato de préstamo - que no puede entenderse cumplido ni consumado el contrato hasta la realización de todas las obligaciones"*.

La Audiencia Provincial de Córdoba sigue también este criterio es un supuesto de anulabilidad por error relativo a participaciones preferentes. Concretamente, la SAP de Córdoba (Secc. 3ª) de 12 de julio de 2013 (ROJ: SAP CO 1162/2013) sostiene que *"tiene toda la razón la jueza de la primera instancia cuando distingue entre el momento de la perfección del contrato de mandato para gestión de cartera y el momento de la consumación del mismo, siendo aquél el tiempo en que el contrato se formaliza por completo para empezar a desenvolver su eficacia (18 de octubre de 2006) y siendo éste en el que se cumplen, también por completo, las obligaciones contraídas por las partes. En el caso que nos ocupa, esas obligaciones se extienden a lo largo del tiempo después de esa perfección, imponiendo al mandante el pago de la comisión bancaria correspondiente y a la entidad mandataria el pago de los intereses pactados y la dación de cuenta periódica del estado de la inversión. Sólo cuando el demandante descubre que las obligaciones que pesan sobre Bankinter dejan de realizarse, esto es, cuando la entidad bancaria deja de cumplir con sus obligaciones y aquella persona -el inversor- empieza a no recibir las liquidaciones de intereses que le correspondían, es cuando ha de comenzar el cómputo para el ejercicio de la acción de anulabilidad porque solo en ese momento la consumación (en este caso, la no consumación) se ha producido. Es ése el justo instante en el que las prestaciones debidas por una de las partes -el banco- no se consuman, cuando deberían de haberse consumado, con lo que es entonces, no antes, cuando ha de saltar una*

natural alarma sobre el cumplimiento del contrato suscrito que activa la cuenta atrás de la agenda legal de que dispone la parte que sí que cumple con sus obligaciones para denunciar ante la ley el incumplimiento de la entidad bancaria, traducido éste en una palmaria falta de consumación del contrato por no abono de los intereses debidos y no explicación del estado de su inversión. Ese descubrimiento del error en que se encontraba el demandante tiene lugar necesariamente antes del 31 de octubre de 2008, fecha en la que éste formula una reclamación ante el Defensor del cliente de la entidad Bankinter. Como quiera que la demanda fue presentada en el Decanato de los juzgados de Córdoba el día 2 de diciembre de 2010, la conclusión lógica que se alcanza es que la acción ejercitada por el demandante en modo alguno está caducada porque ha sido planteada dentro del plazo previsto por el artículo 1301 del Código Civil”.

Todos estos criterios han sido perfilados por la STS de 12 de enero de 2015 (ROJ: STS 254/2015), que analiza esta cuestión en un supuesto de nulidad por error del contrato de adquisición de participaciones preferentes, considerando que el día inicial del cómputo del plazo de caducidad para el ejercicio de la acción es aquél en el que su titular conoce la existencia del error. Según dicha sentencia, *“al interpretar hoy el art. 1301 del Código Civil 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. La redacción original del artículo 1301 del Código Civil, 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 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".

Fijado ya el criterio para establecer el día inicial del cómputo de la caducidad, Banco Popular Español, S.A. no ha acreditado que la acción ejercitada por la actora supere dicho plazo. No puede olvidarse que la carga de la prueba de los hechos que determinan la caducidad de la acción recae sobre la parte demandada, en virtud de lo previsto en el art. 217.3 LEC, ya que la caducidad es un hecho impeditivo de la acción. Así lo entiende también la SAP de Valencia (Secc. 6ª) de 19 de abril de 2005 (LA LEY 313705/2005) en relación a la caducidad de la acción en un caso de retracto, al afirmar que "es doctrina constante de la Sala primera del Tribunal Supremo la concerniente a que sobre la fecha de conocimiento de la venta ha de estarse

a lo alegado por el actor en su demanda, correspondiéndole al demandado, en base al artículo 1214 del Código Civil, la prueba de un conocimiento en fecha anterior, cuya doctrina figura establecida, además de en otras, en las sentencias de 2 abril 1949 (RJ 1949\557), 26 febrero 1956 (RJ 1956\1503), 4 abril y 6 mayo 1961 (RJ 1961\2312), 5 marzo 1964 (RJ 1964\1332), 8 junio 1977 (RJ 1977\2872), 9 febrero 1984 (RJ 1984\1128), 12 diciembre 1986 (RJ 1986\7436) y 8 junio 1995 (RJ 1995\4909). La misma doctrina es aplicable al vigente artículo 217 LEC”.

Examinadas las actuaciones, ha resultado esencial en este punto la testifical de D. _____, director de la sucursal de la demandada en la que los actores llevaron a cabo la contratación. Según el testigo, cuando los actores se desplazaron a la sucursal en el año 2012 para informarse sobre el producto contratado en 2009, creían que tenían contratado un plazo fijo, por lo que a aquella fecha el error no se había desvanecido. Habiéndose presentado la demanda el 30 de noviembre de 2015, la acción no ha caducado.

TERCERO: El error constituye un falso conocimiento de la realidad, capaz de dirigir la voluntad a la emisión de una declaración no efectivamente querida. Como vicio del consentimiento se encuentra recogido, básicamente, en el art. 1.266 del Código Civil. Interpretando dicho precepto, la STS de 12 de noviembre de 2004 fija los presupuestos necesarios para que dicho error produzca el vicio del consentimiento, y en consecuencia, la nulidad del contrato, afirmando que *"con cita de otras varias, la sentencia de 12 de julio de 2002 (RJ 2002\7145) recoge la doctrina de esta Sala respecto al error en el objeto al que se refiere el párrafo 1º del art. 1265 del Código Civil (LEG 1889\27) y establece que «será determinante de la invalidación del contrato únicamente si reúne dos fundamentales requisitos: a) ser esencial porque la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen, y precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio atendida la finalidad de éste; y b) que no sea imputable a quien lo padece y no haya podido ser evitado mediante el empleo, por parte de quien lo ha sufrido, de una diligencia media o regular teniendo en cuenta la condición de las personas, pues de acuerdo con los postulados de la buena fe el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección*

por su conducta negligente ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por la declaración (sentencias de 18 de febrero [RJ 1994\1096] y 3 de marzo de 1994 [RJ 1994\1645])».

Los actores tienen la consideración de consumidores. El derecho a la información del producto que contrata el usuario estaba recogido en el art. 13 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

La aplicación de los principios recogidos en el mencionado artículo ha tenido eco en la normativa propia del mercado de valores, como lo demuestra la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, donde se regulaba el deber de información, con anterioridad, incluso a su reforma por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre. Como desarrollo de las previsiones contenidas en la precitada Ley, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros obligatorios, en la actualidad derogado por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, vino a disciplinar un código general de conducta de los mercados de valores, en el que, en el apartado relativo a la información a los clientes, cabe resaltar como reglas de comportamiento a observar más destacables en atención a las connotaciones del caso examinado, que 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 así como que la información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación 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, debiendo cualquier previsión o predicción estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos.

Como desarrollo de las previsiones contenidas en la precitada Ley, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros obligatorios, en la actualidad derogado por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, vino a disciplinar un código

general de conducta de los mercados de valores, en el que, en el apartado relativo a la información a los clientes, cabe resaltar como reglas de comportamiento a observar más destacables en atención a las connotaciones del caso examinado, que 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 así como que la información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación 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, debiendo cualquier previsión o predicción estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos.

Un paso más en la protección de las personas que contratan los servicios antes indicados lo constituye la Ley 47/2007, que reformó Ley de Mercado de Valores de 1988, introduciendo la distinción entre clientes profesionales y minoristas, a los fines de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros (*art. 78 bis*); reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el *art. 79 bis* regulando exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, incluidos los potenciales; entre otros extremos, sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece a los fines de que el cliente pueda "tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa" debiendo incluir la información las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias, no sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencia financiera y objetivos (*art.79, bis nº 3, 4 y 7*).

Por su parte, el R.D. 217/2.008 de 15 de Febrero sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión no ha hecho más que insistir, entre otros aspectos, en este deber de fidelidad y adecuada información al cliente, tanto en fase precontractual como contractual (artículos

60 y siguientes, en especial 64 sobre la información relativa a los instrumentos financieros).

La importancia del deber de información por parte de las empresas comercializadoras ha sido destacado por la STS de 18 de abril de 2013 (ROJ: STS 2589/2013) cuando afirma que *"las normas reguladoras del mercado de valores exigen un especial deber de información a las empresas autorizadas para actuar en ese ámbito, como resulta del art. 79.1.e de la Ley del Mercado de Valores en la redacción vigente cuando se concertó el contrato (actualmente, de modo más detallado, en el art. 79.bis de dicha ley, que incorpora la Directiva MIFID) así como en la normativa reglamentaria que lo desarrolla (en el momento en que se concertó el contrato entre las partes y se propuso la compra de las participaciones preferentes de Lehman Brothers, art. 16 y anexo sobre código general de conducta del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, art. 9 de la Orden Ministerial de 25 de octubre de 1995, y arts. 2 a 4 de la Orden Ministerial de 7 de octubre de 1999)"*.

La carga de la prueba del error corresponde a la parte actora, conforme a lo previsto en el art. 217.2 LEC. Dicha prueba suele resultar complicada, puesto que se trata de una discordancia interna entre lo que se pensaba que se contrata y lo que, en realidad, se concierta. Desgraciadamente, no puede entrarse en la mente de las personas. Por ello, no puede exigirse una prueba directa del error, sino que se acude a la prueba indiciaria.

Cuestión distinta es el deber de información de la entidad bancaria. Es a ella a quien le corresponde probar que ha suministrado al cliente la información necesaria para que pueda formarse un conocimiento cabal de aquello que contrata, conforme a lo previsto en el art. 217.7 LEC, ya que sería una prueba diabólica exigir a la parte actora que lo probará ella, puesto que se trataría de la inacción, en este caso, de un tercero. Si Banco Popular Español, S.A. es la que debe cumplir ciertos extremos relativos a la información de productos de riesgo por cuenta de terceros, es él quien debe de demostrar su cumplimiento. Sobre esta cuestión, la SAP de Guadalajara (Secc. 1ª) de 14 de enero de 2014 (ROJ: SAP GU 6/2014) sostiene que *"siendo el Banco demandado el obligado, conforme a las normas de distribución del "onus probandi" del artículo 217 de la LEC, a acreditar que proporcionó al demandante la información necesaria para que éste pudiera*

prestar un consentimiento cabal e informado sobre el producto que iba a contratar (...)".

Antes de nada, debe indicarse que la falta de información no implica necesariamente la existencia de un error invalidante del consentimiento. Así lo entiende la STS de 21 de noviembre de 2012 (ROJ: STS 7843/2012), que sostiene que *"aunque en muchos casos un defecto de información puede llevar directamente al error de quien la necesitaba, no es correcta un equiparación, sin matices, entre uno y otro, al menos en términos absolutos"*.

Tras el examen de la prueba, debe llegarse a la siguiente conclusión: existió un error invalidante del consentimiento en la contratación realizada por los actores, y ello en virtud de las siguientes consideraciones:

1.- D. [redacted] manifestó en el acto del juicio que cuando los demandados se personaron en la entidad en 2012 "creían que tenía contratado un plazo fijo". Es decir, el propio empleado de la demandada apreció en ese momento la creencia equivocada por parte de los actores, sin que sea lógico pensar que en ese momento los actores fingiesen dicha creencia con la finalidad de preconstituir prueba para un proceso posterior, máxime cuando inmediatamente después no ejercitan la acción ante los tribunales, sino que contratan, tras las indicaciones de dicho empleado, otro producto similar con la intención de mitigar las pérdidas producidas.

2.- El producto contratado era particularmente complejo y de alto riesgo. Así, lo pone de manifiesto la SAP de Baleares (Secc. 3ª) de 30 de octubre de 2015 (ROJ: SAP IB 1931/2015), que señala que *"los bonos subordinados canjeables por obligaciones y necesariamente convertibles en acciones de una entidad bancaria son un producto complejo, clasificado así por el propio Banco Popular en la "nota de valores" relativa a estos títulos, registrada en la Comisión Nacional de Valores el 1 de octubre de 2009 en la que se indica que la entidad <ha clasificado este producto como complejo y de riesgo alto>"*.

3.- El grado de formación de los actores, a los efectos que aquí nos interesan, es particularmente escaso, siendo personas de edad avanzada. Su hijo manifestó en el acto del juicio que sus padres fueron jornaleros, encontrándose [redacted] i. Tales datos

fueron confirmados por D. Avelino es jornalero y jubilado.

ndicando que D.

4.- La actuación del banco a la hora de establecer la situación del cliente fue deficiente.

Desde la reforma del año 2007, la LMV establece la obligatoriedad por parte de la entidad que comercializa el producto de comprobar el grado de información que posee el cliente y de adecuación de la inversión a sus intereses. Son los denominados test de idoneidad y conveniencia.

El test de conveniencia valora los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente, con la finalidad de que la entidad pueda hacerse una idea de sus competencias en materia financiera. Esta evaluación debe determinar si el cliente es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión ofertado o demandado, para ser capaz de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa. Como aclara el art. 73 RD 217/2008, de 15 de febrero, se trata de cerciorarse de que el cliente "tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado".

Esta "información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos enumerados a continuación, en la medida en que resulten apropiados a la naturaleza del cliente, a la naturaleza y alcance del servicio a prestar y al tipo de producto o transacción previsto, incluyendo la complejidad y los riesgos inherentes:

a) Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que está familiarizado el cliente.

b) La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el periodo durante el que se hayan realizado.

c) El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes" (art. 74 RD 217/2008, de 15 de febrero).

Por contra, el test de idoneidad suma el test de conveniencia (conocimientos y experiencia) a un informe sobre la situación financiera

(ingresos, gastos y patrimonio) y los objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del cliente, para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan.

Para ello, especifica el art. 72 RD 217/2008, de 15 de febrero, las entidades financieras "deberán obtener de sus clientes (...) la información necesaria para que puedan comprender los datos esenciales de sus clientes y para que puedan disponer de una base razonable para pensar, teniendo en cuenta debidamente la naturaleza y el alcance del servicio prestado, que la transacción específica que debe recomendarse (...) cumple las siguientes condiciones:

a) Responde a los objetivos de inversión del cliente. En este sentido, se incluirá, cuando proceda, información sobre el horizonte temporal deseado para la inversión, sus preferencias en relación a la asunción de riesgos, su perfil de riesgos, y las finalidades de la inversión.

b) Es de tal naturaleza que el cliente puede, desde el punto de vista financiero, asumir cualquier riesgo de inversión que sea coherente con sus objetivos de inversión (...).

c) Es de tal naturaleza que el cliente cuenta con la experiencia y los conocimientos necesarios para comprender los riesgos que implica la transacción (...).

Tanto el test de conveniencia como el de idoneidad han sido analizados por la STS de 20 de enero de 2014 (ROJ: STS 354/2014), dictada por el Pleno de dicho órgano. Dicha sentencia realiza dos importantes afirmaciones en este punto:

1.- El test de conveniencia debe realizarse cuando se prestan servicios que no conllevan asesoramiento, entendiendo por tales los casos en que el prestatario del servicio opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada. El test de idoneidad opera en caso de que se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras mediante la realización de una recomendación personalizada.

2.- En relación a determinar el concepto de asesoramiento, señala que "*como afirma la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-*

604/2011), "(l)a cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente" (apartado 53). Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el art. 52 Directiva 2006/73, que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.4 Directiva 2004/39/CE. El art. 4.4 Directiva 2004/39/CE define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como "la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros". Y el art. 52 Directiva 2006/73/CE aclara que "se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...)", que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales. Carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público. De este modo, el Tribunal de Justicia entiende que tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un swap, realizada por la entidad financiera al cliente inversor, "que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público" (apartado 55)". Así, en el supuesto concreto analizado por dicha sentencia, el TS entendió que se había producido asesoramiento al haber sido el swap ofrecido por la entidad al cliente.

La Audiencia Provincial de Córdoba también considera con carácter general que el ofrecimiento implica la realización de actividades de asesoramiento. En este sentido, la SAP de Córdoba (Secc. 1ª) de 27 de febrero de 2014 (ROJ: SAP CO 125/2014) considera probado que fue el banco quien ofreció el swap al cliente y afirma que "en el caso presente, que el servicio prestado fue de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad financiera no se limitaba a cerciorarse de que el cliente minorista conocía bien en qué consistía el swap que contrataba y los concretos riesgos asociados a ese producto, sino que además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de la inversión perseguida, era

lo que más le convenía. Queda claro que por la entidad no se hizo evaluación alguna sobre tal conveniencia o idoneidad".

Conforme a esta doctrina, debe determinarse si el producto en cuestión fue ofrecido o no por los empleados de la entidad con la finalidad de determinar si existió o no asesoramiento. Examinadas las actuaciones, hay que considerar que tal ofrecimiento se produjo. Por una parte, no parece lógico que unas personas del perfil de los actores acudieran a la entidad bancaria a interesarse por un producto de esta naturaleza. Por otro lado, D. reconoció en el acto del juicio que fue él quien ofreció la renovación a los actores en el año 2012, por lo que puede suponerse que eso mismo ocurrió en 2009. Por último, la demandada no ha hecho comparecer a los empleados que participaron en la contratación del producto en 2009, ni ha interesado tampoco el interrogatorio de los demandantes.

Por tanto, fue la demandada la que hizo tal ofrecimiento, lo que implica que llevó a cabo un servicio de asesoramiento, de tal modo que debía de haber realizado a los demandantes un test de idoneidad.

En virtud de la documentación aportada por la demandada, ésta no sometió a los actores en el año 2009 a un test de idoneidad, sino únicamente de conveniencia, lo que por sí solo revela la deficiente actuación por parte de la entidad bancaria. Pero es que, además, el resultado del test de conveniencia no puede resultar más curioso. El banco evalúa a los demandantes como "cliente sin experiencia en productos financieros". Pero a continuación los demandantes suscriben el siguiente documento: "el cliente manifiesta que, pese a haber sido informado de que, en base a lo declarado la entidad, ésta estima que el producto o servicio pudiera no ser adecuado al nivel de conocimientos y experiencia declarado, y tras haber sido informado sobre la naturaleza y los riesgos asociados al mismo, ha decidido, actuando por cuenta propia, de forma libre e independiente, y con base en sus propias estimaciones, contratar el producto (...)". Dicho documento resulta inverosímil, siendo ajeno a la más mínima lógica que los demandantes, teniendo en cuenta su perfil, realizaran una inversión compleja y de indudable riesgo a pesar de que el banco le indicara que no era adecuada.

Frente a todo ello, la demandada ha insistido en que se entregó un folleto informativo en el que se le informa de las características del producto y se le advierte de todos riesgos, habiendo sido firmado dicho documento por los actores para justificar su entrega. Sin embargo, dicho documento no resulta suficiente para desvirtuar todo lo expuesto con anterioridad y negar la existencia del error o considerar que éste es inexcusable, teniendo en cuenta, en especial, el perfil de los actores. Dicha información es un elemento más a tener en cuenta, pero no resulta decisiva, debiendo de traerse a colación la SAP de Córdoba (Secc. 1ª) de 15 de diciembre de 2015 (ROJ: SAP CO 913/2015), que señala en relación a este punto que *"se plantea que la constancia de la recepción al suscribir la operación de un tríptico descriptivo del producto y sus riesgos, es suficiente para entender cumplida esa información, no olvidemos que la demandante en la audiencia previa en trámite concedido al efecto, no impugnó la documentación que al efecto aportada la demanda, sino su valor probatorio. Entendemos que eso, por sí solo, no puede ser indicativo de que se le suministró al cliente la suficiente información, ya se decía en sentencia de esta Sala de 21.10.2014, recurso 768/2014 , que "la constancia en la orden de compra ...de la recepción previa del tríptico de información del producto y el conocimiento de las características, complejidades y riesgos de los valores, no puede ser determinante a la hora de considerar que esa información y antes de contratar, puesto que no se trata de una mención que debidamente resaltada y próxima a la firma del cliente, éste haya podido efectiva conocer y comprender a la hora de la firma, sería preciso no solo la firma sino que se conociera lo que se firma y de esto ha de cuidar la entidad financiera, baste ver la exigencia de menciones manuscritas que las más recientes reformas (artículo 6 de la Ley 2/1981 de 25.3, tras la reforma introducida por ley 1/2013), de hecho la propia sentencia recurrida no estima suficiente esa mención". Insistimos que en se trata de una información también precontractual para que el cliente tenga elementos de juicio para decidir si contrata o no, lo que difícilmente puede darse si se le da esa información precisamente cuando va a firmar. Pero puede suceder que esa entrega de tríptico suficientemente explicativo se vea acompañada de otras circunstancias, al objeto de posibilitar una distinta respuesta. Esto es lo que ocurrió en sentencia de esta Sala de 15.9.2015, recurso 598/2015 , que afirmaba que " tanto por las características personales del padre del actor*

como por la información facilitada, es posible concluir que aquél tenía los conocimientos necesarios para contratar sin dolo ni error, pues no tiene más complejidad ni riesgo que cualquier inversión en bolsa, y es evidente, (por las constantes y notorias fluctuaciones del mercado financiero), que quien invierte en acciones asume riesgos económicos considerable. Ha de tenerse en cuenta que se trataba de un producto económicamente similar a la compra de acciones, pero que, a diferencia de éstas, retribuía al inversor con un interés fijo hasta que se produjera la conversión en acciones. La esencia final del negocio era la adquisición de acciones por lo que el inversor estaba asumiendo un riesgo de volatilidad, atenuado por los intereses que recibía a cambio".

CUARTO: Acreditada la existencia del error, la demandada alude a la doctrina de los actos propios y al retraso desleal en el ejercicio de los derechos.

La Jurisprudencia exige una serie de presupuestos para la aplicación de la teoría de los actos propios (STS 8 de marzo de 1.997, 30 de septiembre de 1.996, 17 de noviembre de 1.994 o 27 de enero de 1.966)

1.- Que los actos propios sean inequívocos, definitivos y realizados con plena conciencia y voluntad, quedando, en consecuencia, excluidos los realizados por error, violencia o en una situación de necesidad.

2.- Que el acto ha de estar revestido de cierta solemnidad (STS de 31 de enero de 1.995), debiendo de ser expreso.

3.- Que tales actos han de realizarse con el fin de crear, modificar, fijar o extinguir una determinada situación jurídica afectante a su autor, causando estado y definiendo unilateralmente la situación jurídica del mismo (STS. 10 de noviembre de 1.992 y 30 de octubre de 1.995).

4.- Que exista entre la conducta anterior y la pretensión actual una incompatibilidad o contradicción según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta anterior.

Por tanto, al existir error, no resulta de aplicación la doctrina de los actos propios, puesto que el error se mantuvo hasta la renovación de 2012. Además, en relación a la renovación, ésta era la única forma de reducir la pérdida patrimonial. Reconoció en el acto

del juicio que fue él quien ofreció la renovación a los actores y que les manifestó que el valor de las acciones en ese momento era muy bajo con lo que, de otra forma, la pérdida sería de una cantidad importante.

En consecuencia, debe declararse la nulidad por error de la orden de compra de 2009 y 2012.

QUINTO: Declarada la nulidad, deben establecerse sus consecuencias.

Según el art. 1.303 CC, "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 virtud de este precepto, la demandada debe ser condenada a restituir a los actores la suma entregada más el interés legal desde la fecha de la entrega, reduciéndose esa cantidad con los rendimientos de los productos más el interés legal correspondiente.

Este es el criterio seguido por la SAP de Córdoba (Secc. 3ª) de 12 de junio de 2013 (ROJ: SAP CO 1162/2013), que afirma: *"al calor de tal precepto legal, la jueza de la primera instancia dispone la restitución al actor de la suma entregada, más el interés legal de ese dinero desde tal fecha, debiendo restituirse a Bankinter los intereses percibidos por el actor desde esa fecha más el interés legal del dinero. Frente a tan consecuente decisión judicial, el banco recurrente se alza entendiendo que la jueza ha infringido aquel artículo del Código Civil porque Bankinter no ha recibido la cantidad cuya restitución se pretende toda vez que el mismo ha actuado como mero intermediario. Es una impugnación que está alejada del sentido común jurídico por olvidar -interesadamente- que el contrato de gestión en el mercado de valores que ahora se anula ata en exclusiva al inversor - Germán - y a la entidad bancaria con la que suscribe la inversión -Bankinter-, el único que está viciado por la actuación manifiestamente negligente de ésta, y que las consecuencias que la jueza le anuda a tal nulidad son las naturales y propias de la restitución recíproca de las cosas a que hace referencia el artículo del Código Civil mencionado tratando de reponer el estado de cosas jurídico entre las partes al momento inmediatamente anterior a la perfección del contrato viciado y, por eso, anulado".*

SEXTO: Al haberse estimado íntegramente la demanda, se imponen a la demandada el abono de las costas, conforme a lo previsto en el art. 394.1 LEC.

A la vista de tales antecedentes de hecho y fundamentos de derecho

FALLO

Que estimando íntegramente la demanda formulada por el Procurador
y

, contra Banco Popular Español, S.A.,

1.- Debo declarar y declaro la nulidad del "contrato de depósito oro" suscrito por las partes el 22 de septiembre de 2009 (documento nº 1 de la demanda) y la orden de canje de valores de los demandantes de 10 de mayo de 2012 (documento nº 2 de la demanda), condenándose a la demandada a restituir a los actores la suma entregada en su día (30.000 euros) más el interés legal desde la fecha de la entrega (13 de octubre de 2009), reduciéndose esa cantidad con los rendimientos de los citados productos obtenidos por los actores más el interés legal de los mismos, lo que se determinará en ejecución de sentencia, debiendo los actores realizar, previa o simultáneamente al pago por la demandada, los actos necesarios para restituir los títulos correspondientes a la demandada.

2.- Se imponen a la demandada el pago de las costas del proceso.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma podrán interponer recurso de apelación , previa consignación como depósito de 50 euros en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Juzgado (1439) de la Entidad Banco Santander, S.A., conforme a la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre que modifica la LOPJ. El recurso habrá de interponerse ante este Juzgado dentro de los veinte días siguientes a su notificación en los términos previstos en la LECN. Publíquese y llévase el original de esta sentencia ó auto al libro correspondiente y su testimonio a los autos.

Así lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Sr. Magistrado-Juez que la suscribe en audiencia pública, por ante mí, la Secretaria, en el mismo día de su fecha. Doy fe.