

## **JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.4**

### **OVIEDO**

SENTENCIA: 00075/2015

**Procedimiento: Juicio Ordinario N° 896/2.013**

### **SENTENCIA**

En Oviedo, a 1 de abril de 2015.

Vistas por Coral Gutiérrez Presa, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia n° 4 de esta ciudad, las presentes actuaciones de juicio ordinario que, bajo el n° 896/14, se siguen en este Juzgado entre las siguientes partes, como demandante, por sucesión procesal de don XXX XXX GONZÁLEZ XXX y doña XXX XXX XXX, su hija doña XXX González XXX, bajo la representación procesal del Procurador Sr. Blanco González y la asistencia letrada del Sr. Álvarez de Linera Prado, y como demandada, la entidad "BANCO POPULAR ESPAÑOL, SA", representada por el Procurador Sr. Suárez Saro y defendida por el Letrado Sr. Barthe Marco y que versan sobre acción de nulidad contractual y, atendiendo a los siguientes,

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** Por el Procurador de los Tribunales Sr. Blanco González, en nombre y representación de la parte actora, se formuló, en fecha 16 de octubre de 2.014, demanda de juicio ordinario contra Banco Popular en ejercicio de acción de nulidad contractual.

La demanda se basa, en síntesis, en los siguientes hechos: que los demandantes, que tienen una edad superior a los noventa años y carecen de conocimientos y formación financiera, se dejaron aconsejar por el personal de la entidad demandada, que les ofertó un producto que tenía una buena rentabilidad, sin embargo, no les informó sobre la verdadera naturaleza del mismo, de su carácter complejo y, particularmente, de los riesgos que tenía. Por dicho motivo, los actores prestaron su consentimiento a la contratación en la creencia de que se trataba de un depósito que no tenía riesgo alguno de pérdida del capital, es decir, que existió error en el consentimiento.

Con base en esta fundamentación fáctica, la parte actora concluye suplicando que se dicte sentencia por la que se declare la nulidad del contrato de adquisición de bonos subordinados necesariamente canjeables en acciones de Banco

Popular Español, S.A I/2009 y, de forma consecuente, la restitución de la cantidad que se derive de la nulidad que se solicita, más los intereses legales, debiendo ser condenada la demandada al pago de las siguientes cantidades: a) La que deba ser objeto de restitución a la actora, tras declararse la nulidad, en concepto de principal -14.000 euros-. b) El interés legal de dicha cantidad desde que se depositó. c) La que resulte en concepto de interés legal de las cantidades detalladas en el primer apartado desde la interposición de la demanda hasta la Sentencia.

Por su parte, la actora deberá entregar a Banco Popular:

- a) Los títulos adquiridos originariamente o aquellos en que se hubiesen convertido.
- b) Los intereses percibidos por rendimiento de los títulos referidos.
- c) El interés legal de dichas cantidades desde que se percibieron.
- d) La que resulte en concepto de interés legal desde la interposición de la demanda hasta la Sentencia y moratorio desde ésta hasta su pago.

Y todo ello, con imposición de las costas procesales a la parte demandada.

**SEGUNDO.** Admitida a trámite la demanda y emplazada la demandada, por escrito de 2 de diciembre de 2.014, el Procurador Sr. Suárez Saro, en representación de Banco Popular, contestó a la demanda oponiéndose a la misma con varios argumentos; en primer lugar, negó el incumplimiento de sus obligaciones en la labor de intermediación desempeñada. Alegó que el contrato impugnado no adolece de vicio del consentimiento que lo invalide, porque la entidad bancaria demandada cumplió con todos los requisitos que exigía la normativa sectorial vigente al comercializar este producto financiero. Que Banco Popular suministró la documentación relativa al producto ofertado, la cual recoge las características principales del mismo y los riesgos y que no se les ocultó ninguna información a los demandantes. Por último, argumenta que, una vez suscrito los productos, los demandantes han ido recibiendo información periódica, sin que en ningún momento hayan mostrado su disconformidad con el contrato ni con los intereses recibidos, realizando actos propios de reconocimiento o confirmación del contrato. Por todo ello, concluye suplicando que se dicte sentencia por la que se desestime la demanda y se impongan las costas a la parte actora.

**TERCERO.** El día 30 de marzo de 2014 se celebró la audiencia previa, a la que acudieron ambas partes. Una vez fijado el objeto del proceso y no alcanzándose un acuerdo entre las partes, se continuó con la proposición de prueba; las partes únicamente propusieron prueba documental, que fue admitida, quedando, a continuación, los autos vistos para sentencia.

**CUARTO.** En la tramitación del presente juicio, se han observado las formalidades legales.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.** En la demanda rectora de este procedimiento la parte demandante ha ejercitado una acción de nulidad del contrato de adquisición de bonos subordinados necesariamente convertibles en acciones de Banco Popular Español, S.A I/2009, suscrito por los litigantes. Dicha pretensión se ampara, desde una perspectiva jurídica, en los preceptos del Código Civil reguladores de los vicios del consentimiento, el general contenido en el artículo 1.265 C.C., según el cual "será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo", así como el específicamente regulador del error, disponiendo el artículo 1.266.1 C.C. que "para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo"; preceptos que han sido desarrollados por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en el sentido de mantener que son tres, por tanto, los requisitos necesarios para su apreciación (S.T.S. de 23-VII-01, 10-II-00, entre otras):

- a) Que sea esencial, porque la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen, y especialmente, de la que, de manera primordial y básica, motivó la celebración del negocio, atendida la finalidad de éste.
- b) Que no sea imputable al que lo padece y alega.
- c) Que sea excusable, es decir, que no haya podido ser evitado mediante el empleo, por parte de quien lo ha sufrido, de una diligencia media, teniendo en cuenta la condición de las personas.

En definitiva, en la conceptualización del error como vicio del consentimiento, se parte de que lo declarado corresponde a lo que internamente quiere el declarante, pero esta resolución interna se ha formado por efecto de una representación que no se corresponde con la realidad, de forma que la ignorancia o una falsa información han inducido al declarante a decidir algo que no es lo que realmente le hubiese interesado.

Pues bien, en el supuesto de autos, es precisamente sobre la base de tales elementos sobre la que se sustenta la acción ejercitada por la parte demandante, alegando que Banco Popular omitió información relevante sobre el carácter complejo del producto y sobre sus características esenciales, concretamente, sobre su alto riesgo, sobre su falta de liquidez y sobre la posibilidad de que se produjeran importantes pérdidas del capital invertido, de tal manera que la formación de la voluntad negocial se produjo en base a una información parcial e insuficiente que indujo a error a la parte actora al prestar su consentimiento en la celebración del contrato litigioso creyendo que en realidad estaba

contratando un producto garantizado. Frente a ello, la entidad bancaria niega que existiera una comercialización defectuosa del producto ofertado y niega igualmente el defecto de información aducido de contrario, alegando que el Banco les suministró la información precisa para la adopción de la decisión sobre la suscripción de la operación con plenitud de conocimiento.

**SEGUNDO.** Sentados así los términos del debate, el examen de la controversia debe partir del propio análisis del producto contratado. De los documentos nº 2 de la demanda y nº5 de la contestación resulta acreditado que la parte demandante suscribió, en fecha 5 de octubre de 2.009, una orden de valores para la adquisición de bonos subordinados necesariamente canjeables en acciones de Banco Popular Español, S.A I/2009, invirtiendo un total de 14.000 euros, que posteriormente, en mayo de 2.012, fueron canjeados por bonos subordinados obligatoriamente convertibles II/2012.

Sobre la naturaleza de estos valores se ha venido pronunciando de forma reiterada en los últimos tiempos la doctrina jurisprudencial. Así, por ejemplo, la sentencia de la Audiencia de Baleares de 29 de noviembre de 2.013 explica:

"Los bonos subordinados necesariamente canjeables objeto del contrato de autos son productos financieros mediante los cuales y a través de distintas etapas -canje necesario en obligaciones subordinadas del Banco Popular Español y conversión de tales obligaciones en acciones ordinarias del Banco Popular Español- el banco se recapitaliza.

A estos efectos, conviene recordar el contexto en el que se comercializan estos productos: A las entidades financieras se les exige mantener un coeficiente de solvencia para reforzar su resistencia frente a pérdidas no previstas, de modo que debe mantenerse una proporción entre sus recursos propios y los riesgos que asumen.

Para cumplir con dichas exigencias de recapitalización el banco podía acudir directamente a las ampliaciones de capital. Pero en tal caso la captación de nuevos socios podía haberse visto perjudicada por la baja confianza en los bancos en plena crisis financiera. No puede olvidarse que el contrato de autos se celebró en 2009, en plena crisis desencadenada desde 2007.

La principal característica de los bonos convertibles es que al inicio otorgan un interés fijo, mientras dura el bono, pero después, cuando el inversor se convierte en accionista del banco, la aportación adquiere las características de una inversión en renta variable, con el consiguiente riesgo de pérdida del capital invertido.

Es por ello por lo que el banco ha de ser especialmente cuidadoso al informar al inversor minorista, de manera que le quede claro que, a pesar de que en un primer momento su aportación de dinero tiene similitud con un depósito, a la postre implica la adquisición obligatoria del capital del banco y, por tanto, puede suponer la pérdida de la inversión;

todo ello con el agravante de que los bonos no se pueden vender."

Es evidente, por tanto, que se trata de un producto complejo.

Y, en cuanto a las obligaciones subordinadas, nuestra Audiencia Provincial, por ejemplo, en sentencias de 26 de diciembre y 29 de noviembre de 2.013 afirma: "Las obligaciones subordinadas constituyen 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 unos de sus requisitos el que dichos fondos deben tener un vencimiento inicial de al menos 5 años, tras dicho periodo podrán ser objeto de reembolso, así como 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. La idea fundamental desde el punto de vista jurídico reside en que la entidad de crédito prestataria y el adquirente inversor prestamista pactan, entre otras condiciones, que tales préstamos ocupen un rango inferior a los créditos de todos los demás acreedores y no se reembolsen hasta que no se hayan pagado todas las demás deudas vigentes del momento" y es por ello, como señala la doctrina, por lo que la computabilidad como fondos propios no reside tanto en la titularidad de los recursos captados ni en su funcionalidad, cuanto fundamentalmente en su inexigibilidad...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.

Asimismo, las obligaciones subordinadas tienen la consideración oficial de producto complejo del art. 79 bis 8.a) de la Ley del Mercado de Valores, si se tiene en cuenta que este precepto considera no complejos dos categorías de valores: una primera, que englobaría a los valores típicamente desprovistos de riesgo y las acciones cotizadas como valores ordinarios, cuyo riesgo es de general conocimiento; y una segunda, que considera valores no complejos aquéllos 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, finalmente, que no impliquen pérdidas reales o potenciales para el cliente que excedan del coste de adquisición del instrumento y que exista 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”.

Las consideraciones anteriores apuntan sin duda alguna a la consideración del producto litigioso como un producto complejo.

**TERCERO.** Por tanto, la incardinación de este tipo de contratos dentro de la normativa del Mercado de Valores, y la constatación de la existencia de riesgos a la inversión realizada, tal y como se desprende de la propia naturaleza del producto, habilita para predicar la operatividad en el presente caso del conjunto de medidas tuitivas de los derechos de los clientes de los servicios de inversión que se incluyen en la misma. Medidas que se ven reforzadas por la normativa de protección de consumidores y usuarios, pues, es un hecho no controvertido que la parte demandante tiene la condición de consumidora, lo que le confiere la especial protección de su legislación tuitiva y, más concretamente, la referida a la información que debía proporcionársele sobre el producto que contrataba (art. 60 RDLeg 1/07).

Y es que, en el ámbito de la contratación bancaria, el legislador y, por ende, la jurisprudencia destacan la protección que es preciso que el cliente de un Banco tenga a su favor en todas las fases de conclusión de un contrato con la entidad financiera y ello por la necesidad de dotar de amparo a lo que se ha entendido parte débil de la contratación en un contrato de adhesión. De tal modo que, en sus relaciones contractuales con las entidades bancarias, los clientes han de obtener la tutela que el principio de transparencia bancaria impone tanto en la fase precontractual como en la propiamente contractual, al tiempo de su formalización. Y en este sentido, ya la Ley 26/88, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, en su artículo 48.2, y con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito, con carácter general sentaba como una de las bases que deben presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela, que los correspondientes contratos se formalicen por escrito debiendo los mismos reflejar de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos por las partes contratantes y los derechos de las mismas ante las eventualidades propias de cada clase de operación.

Como recuerda la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2.014, "ordinariamente existe una desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional. La complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros. Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, esta necesidad de protección se acentúa porque las entidades





financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto".

Siendo éste el extenso ámbito de protección que ya la normativa bancaria otorga, a ello ha de agregarse la incardinación del contrato litigioso en el ámbito de la normativa del Mercado de Valores, tal y como se reseñó previamente, y en consecuencia, el deber de probanza que incumbe a la entidad de crédito contratante, tanto respecto a la información sobre los términos del contrato, como con relación a la idoneidad del contratante para su suscripción, tal y como se deduce de la legislación vigente en la materia.

A este respecto, la Ley 24/88, de 28 de julio, del Mercado de Valores viene a exigir en sus artículos 78 y siguientes a cuantas personas o entidades ejerzan, de forma directa o indirecta, actividades relacionadas con los mercados de valores, una serie de normas de conducta, entre las que específicamente incluye, en su artículo 79, las de comportarse "con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios"; y en su artículo 79.bis.3, las de proporcionar a "los clientes, incluidos los clientes potenciales, de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión..., y sobre los gastos y costes asociados, de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece, pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa"; clarificando además, el concepto de "cliente potencial" al considerar como tal a "aquella persona que haya tenido un contacto directo con la entidad para la prestación de un servicio de inversión, a iniciativa de cualquiera de las partes".

En desarrollo de las previsiones contenidas en la citada Ley, el Real Decreto 629/93, de 3-V, sobre normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios, ya vino a disciplinar en su momento un código general de conducta de los mercados de valores, cuyo artículo 5 incluía, como reglas de comportamiento relativas al deber de información a los clientes, 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" -Apartado 1º-; 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" -Apartado 3º-.

El Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, que derogó el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, reguló en los artículos 60, 62 y 64 los parámetros esenciales de la información que deben prestar las entidades y, en concreto y en lo que aquí interesa, en el primero de los mencionados preceptos se establece que "...b) La información deberá 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) La información 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, d) La información no ocultará, encubrirá o minimizará ningún aspecto, declaración o advertencia importantes". En definitiva, existe un específico deber u obligación a cargo de la entidad de crédito de recabar la información necesaria sobre las características, conocimientos y experiencia de sus clientes a efectos de ofertarles productos del tipo del que ahora nos ocupa y de facilitarles toda la información sobre los riesgos que el producto comporta.

**CUARTO.** Una vez fijado el marco normativo aplicable, ha de analizarse, en el caso concreto sometido a examen, si la entidad demandada cumplió en las distintas fases de comercialización y contratación del producto financiero el deber de información que le incumbía.

Al respecto, lo primero que ha de indicarse ante la escasa actividad probatoria desplegada, es que es al Banco a quien incumbe acreditar que ha observado la obligación de informar al cliente sobre las características y riesgos del producto financiero, y ello de conformidad con las reglas sobre carga de la prueba que establece el art. 217 L.E.C y la mayor facilidad y disponibilidad que tiene la entidad bancaria para acreditar este extremo, en tanto hecho positivo para ella y negativo para el cliente, para quien su demostración resultaría prácticamente imposible. Y es suficiente con que no se haya acreditado que se cumplió debidamente ese deber de información para que se entienda que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, que existió error, a no ser que se demuestre que conociera de antemano, por otros medios, el contenido de esa información, tal y como señala la ya citada sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014.

Pues bien, con los documentos unidos a los escritos de demanda y contestación, única prueba obrante en las actuaciones, no puede estimarse acreditado que la entidad demandada hubiera proporcionado información previa del producto, ni que en el momento de la firma los empleados del



banco hubieran explicado, en palabras fácilmente comprensibles, cuales eran los verdaderos riesgos de lo que contrataban los actores. Como ha señalado nuestra Audiencia Provincial en supuestos similares al que aquí nos ocupa (por ejemplo, en Sentencia de 10 de septiembre de 2.014), si este tipo de productos "se diferencia del resto de los productos bancarios por unas determinadas características (rango inferior, ausencia de toda preferencia, falta de garantías, liquidez únicamente en el mercado secundario, posibilidad de pérdidas ilimitadas) resultaba obligado plasmar en un documento, de modo claro y sencillo, esos especiales riesgos para que el consumidor pudiera fácilmente advertirlos", lo que, en el presente caso, no se ha acreditado que se hubiera realizado.

En efecto, como se ha indicado, la única prueba existente en este procedimiento es la documental y de la misma no puede considerarse demostrado que la entidad bancaria demandada proporcionase ningún tipo de información precontractual a los clientes, hoy demandantes, relativa a las características, naturaleza y riesgos de las obligaciones subordinadas, ya que, toda la documentación que obra en autos es del mismo momento de la contratación, no previa. En este sentido, si bien se afirma en la contestación a la demanda, que la información precontractual se proporcionó con apoyo en el documento nº1 de la contestación, lo cierto es que se trata de una mera afirmación de parte carente de sustento probatorio, pues, la parte actora niega que se facilitase esa documentación y lo cierto es que la misma no consta firmada por los clientes ni se aporta prueba alguna de la que pueda estimarse demostrado que, antes de suscribir el contrato, Banco Popular facilitó esa documentación a los demandantes para que pudieran examinarla con detenimiento.

Por ello, ha de concluirse que la entidad bancaria demandada no cumplió con su obligación de informar a los demandantes, antes de la contratación, en los términos previstos en la Ley del Mercado de Valores para inversores minoristas y productos complejos, como era el de autos.

Por lo que se refiere a la averiguación por parte de la entidad demandada de las características particulares de los clientes que le permitiera discernir su idoneidad para la contratación del producto y la conveniencia de éste para los clientes, el artículo 79 bis, apartado 7 de la Ley del Mercado de Valores establece que el objetivo del análisis de conveniencia es que la entidad obtenga los datos necesarios para valorar si, en su opinión, el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender la naturaleza y riesgos del servicio o producto ofrecido, advirtiéndole en aquellos casos en los que el producto no es adecuado.

La finalidad de la evaluación de la conveniencia de la inversión es que la entidad, a su vez, reciba información del cliente para, con base en ella, poder hacer una advertencia al inversor sobre la adecuación de la inversión a su perfil.

Ello supone la imposición a las entidades financieras de una nueva obligación. Ya no basta con la información genérica sobre las características y riesgos 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 puede entenderse que la decisión inversora se forma en un proceso cooperativo en el que participa limitada y regladamente la propia entidad financiera.

La evaluación de la conveniencia de la inversión es obligatoria. Así, el artículo 73 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero), sobre régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y demás entidades que prestan servicios de inversión, establece que: "A los efectos de lo dispuesto en el artículo 79 bis. 7 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, las entidades que prestan servicios de inversión distintos de los previstos en el artículo anterior [servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de cartera en los que lo que se requiere es una evaluación de la idoneidad] deberán determinar si el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o servicio de inversión ofertado o demandado".

El artículo 74 de la misma norma establece los aspectos a considerar en el análisis de conveniencia, que serán los siguientes: "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 período durante el cual se hayan realizado. c) El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes".

En el supuesto enjuiciado, ha quedado acreditado que la entidad demandada tampoco cumplió las obligaciones legales descritas. No realizó el denominado test de conveniencia a los actores, ni consta que llevase a cabo actividad alguna con el fin de conocer la formación de los demandantes, su experiencia financiera, etc, con el fin de facilitarles una información comprensible y accesible para ellos y de advertirles sobre la conveniencia o inconveniencia del producto. Y no puede pretender la parte demandada exonerarse de la obligación legal con la aportación de los documentos nº 4 y 6 de la contestación, documentos tipo prerredactados por la propia entidad bancaria.

Pues bien, si la demandada no realizó una adecuada evaluación previa de los clientes, si la información precontractual no puede considerarse suficiente ni exacta para que la parte demandante pudiera tomar conciencia de la verdadera naturaleza del producto y en concreto, de sus riesgos, esa ausencia de información no puede considerarse subsanada en el momento de la contratación.

Si analizamos la documentación aportada a las actuaciones resulta que los únicos documentos que constan entregados a la parte demandante son las órdenes de valores (documentos nº 2

de la demanda y 5 de la contestación) que no contienen información alguna sobre el funcionamiento, naturaleza y riesgos de los bonos. Y el resumen explicativo (documentos nº3 de la demanda y nº 7 de la contestación). Ahora bien, si se examina el contenido de ambos trípticos, resulta que, lejos de explicar con claridad la naturaleza del producto, contienen excesiva información no fácilmente comprensible por un consumidor medio, como el Balance de situación de la entidad emisora y sin embargo, no destacan de forma clara y comprensible los verdaderos riesgos del producto. Además, la comprensión de la complejidad del producto no era posible salvarla a partir de la mera lectura de los folletos, salvo que los clientes fueran expertos en productos financieros complejos, que no es el caso. En efecto, los citados documentos contienen una serie de conceptos financieros cuya comprensión no resulta al alcance de quien no está suficientemente familiarizado con los mismos, máxime cuando, como es el caso, se trata de dos contratantes nonagenarios, que no eran expertos financieros, y cuando la información del producto que se les debía de haber facilitado tenía que ser clara, sencilla y con tiempo suficiente para que pudieran valorar los riesgos del producto o consultar la conveniencia de hacer tal inversión.

Ha de recordarse que la parte demandante tiene, en la contratación litigiosa, la condición de consumidora y la Ley de consumidores y usuarios recoge junto con la obligación de información previa (art. 60), una serie de requisitos exigibles a las cláusulas no negociadas individualmente (art 80), a saber: Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual; accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido...requisitos que no se cumplen en los documentos nº3 de la demanda y nº7 de la contestación.

Por todo lo expuesto, ha de concluirse que la omisión por la demandada de su obligación de una adecuada evaluación previa, con la trascendencia que ello tiene y la falta de información a la parte demandante de la auténtica naturaleza del producto y del riesgo de que pudiese perder todo o parte del capital invertido, pone de manifiesto una notoria insuficiencia en cuanto a la debida información que la entidad bancaria ha de proporcionar, sobre las consecuencias y obligaciones que podían derivarse de la suscripción del contrato; no pudiendo estimarse correctamente formada la voluntad contractual cuando se omiten o no se precisan elementos del contrato, que impiden obtener una conciencia real de la entidad del riesgo que se puede llegar a asuXXX al contratar.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2.014 declara que "por sí mismo, el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error.

El error que, conforme a lo expuesto, debe recaer sobre el objeto del contrato, en este caso afecta a los concretos riesgos asociados con la contratación del swap. El hecho de que el apartado 3 del art. 79 bis LMV imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, el deber de suministrar al cliente minorista una información comprensible y adecuada de tales instrumentos (o productos) financieros, que necesariamente ha de incluir "orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos", muestra que esta información es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento. Dicho de otro modo, el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero....De este modo, el deber de información contenido en el apartado 3 del art. 79 bis LMV presupone la necesidad de que el cliente minorista a quien se ofrece la contratación de un producto financiero complejo conozca los riesgos asociados a tal producto, para que la prestación de su consentimiento no esté viciada de error que permita la anulación del contrato. Para cubrir esta falta de información, se le impone a la entidad financiera el deber de suministrarla de forma comprensible y adecuada.

Pero conviene aclarar que lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente minorista que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera del deber de informar previsto en el art. 79 bis.3 LMV, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información".

**QUINTO.** Sostiene la demandada que no existe error que invalide el contrato, porque, de existir, el error sería inexcusable, pudiendo haberse evitado empleando una diligencia media. Además, argumenta que la parte actora, a quien periódicamente se le fueron abonando los intereses pactados, no formuló reclamación o protesta alguna por el pago de tales intereses.

Pues bien, la primera de las argumentaciones guarda relación con la denominada "excusabilidad" del error, es



decir, su inevitabilidad mediante el empleo de una diligencia media o normal, tiene como función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente.

Viene declarando nuestro Tribunal Supremo (STS de 4 de Enero de 1.982), que "la diligencia ha de apreciarse de acuerdo con los postulados del principio de buena fe, valorando 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", asimismo concreta su significado la sentencia de 23 de Julio de 2.001, que señala que "no ha de merecer tal calificativo la falta de diligencia exigible a las partes contratantes, que ha de conllevar a que cada una de ellas deba informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella, en los casos en que tal información le resulte fácilmente accesible"; debiendo valorarse, por ello, la posible contribución de la otra parte a su originación.

Pues bien, desde este punto de vista, la omisión de la debida información por parte de la entidad de crédito, en los términos expuestos en los Fundamentos Jurídicos precedentes, constituye ya un indicio en orden a justificar la excusabilidad del error, habida cuenta la facilidad y disponibilidad por parte de la entidad de crédito para aportar los elementos de juicio necesarios para una mejor comprensión de los términos del contrato. Como señala la STS de 20 de enero de 2.014, "la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente".

Frente a ello, no puede estimarse acreditado que los demandantes tuvieran un perfecto conocimiento del producto ofrecido, porque no consta que tengan conocimientos o formación financiera y tampoco que hubiesen contratado bonos subordinados con anterioridad.

En definitiva, no ha quedado probado que los demandantes tuvieran, por su formación o por su experiencia, un perfecto conocimiento de las características de los bonos subordinados que le ofertó el Banco. Sin embargo, sí ha resultado demostrado que la entidad bancaria no cumplió correctamente su deber legal de informar a los clientes. Por tanto, si Banco Popular no facilitó a la parte demandante la información necesaria que debía proporcionársele y si, no pudiendo presuXXse que aquélla tuviera un conocimiento preciso de las características del producto y de su verdadero significado en cuanto a las obligaciones y el riesgo que asumía, de la sola lectura del resumen explicativo no podía llegar a inferirse



tal conocimiento, ha de concluirse que el error en que incurrió la parte demandante fue excusable.

Argumenta también la entidad demandada que los demandantes han ido recibiendo periódicamente los intereses sin queja alguna por su parte, lo que evidencia que tenían conocimiento del funcionamiento del producto contratado y estaban conformes con el mismo. Sin embargo, la circunstancia de que los demandantes hayan ido recibiendo, sin disconformidad alguna, los intereses pactados, lejos de contradecir la conclusión sobre la existencia del error, vendría a corroborarlo, pues, lo que evidencia es el desconocimiento de los clientes sobre las características del producto, ya que lo que creían haber contratado era un producto que les generaba unos intereses periódicos, que eran los que venían recibiendo, y hasta que no trataron de recuperar el dinero invertido, no se dieron cuenta de la trascendencia de lo contratado. Así lo ha entendido también la Audiencia Provincial de Asturias en Sentencia de 25 de octubre de 2.013.

Finalmente y, a modo de resumen, concluyo que la prueba practicada ha demostrado que la parte demandante prestó su consentimiento a la adquisición de los bonos subordinados porque la información facilitada por el Banco le indujo a error sobre las características esenciales del producto, error que debe ser calificado de sustancial y excusable, en función de las circunstancias concurrentes y a tenor de las consideraciones anteriormente expuestas, y que impidió la formación de una verdadera voluntad sobre lo que constituía el objeto del contrato, por lo que debe procederse a declarar, de conformidad con el artículo 1.300 C.C., la nulidad del mismo.

**SEXTO.** En cuanto a las consecuencias de la nulidad, el artículo 1.303 CC prevé que, declarada la nulidad, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubieren sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses. La parte demandante reclama la cantidad de 14.000 euros que, en concepto de principal, entregó la parte actora al suscribir los bonos subordinados, más los intereses legales desde el depósito, cantidades de las que habrán de deducirse los intereses cobrados por la parte actora durante el contrato y sus intereses desde que se abonaron a los clientes. En definitiva, solicita la restitución de las cantidades satisfechas a Banco Popular, con los intereses legales desde la fecha en que abonaron, descontando las cantidades percibidas como remuneración por la parte actora con sus intereses legales desde su cobro.

Y, efectivamente, ha de estimarse la petición actora, pues, en relación con los intereses derivados de la aplicación del art. 1.303 CC, el Tribunal Supremo los considera frutos que tienen derecho a percibir el acreedor como consecuencia de la aplicación del citado precepto. Así, la Sentencia de 23 de noviembre de 2.011, después de referirse a los intereses moratorios y su naturaleza, declara: "no siempre los intereses constituyen el objeto de una prestación indemnizatoria. Antes



bien, en ocasiones se consideran frutos o rendimientos de un capital, a los que, por virtud de la presunción de productividad de éste, tiene derecho el acreedor en aplicación de las reglas sobre la restitución integral de las prestaciones realizadas en cumplimiento de contratos declarados ineficaces y, al fin, sobre la interdicción del enriquecimiento sin causa (sentencias de 11 de febrero de 2003, 12 de mayo de 2005 y 8 de enero de 2007, entre otras muchas).

Así lo hacen los artículos 1295, primer párrafo y 1303 del Código Civil, al regular los efectos de la rescisión o de la declaración de la nulidad del contrato, mediante una regla que obliga a devolver la cosa con sus frutos y el precio con sus intereses y que se aplica, también, a otros supuestos de ineficacia que produzcan consecuencias restitutorias de las prestaciones realizadas -sentencias de 20 de julio de 2001, y 27 de octubre de 2005-, cual sucede con la resolución de las relaciones contractuales, como regla general.

Pues bien, desde el punto de vista de la congruencia, una y otra clase de intereses recibe distinto trato en la jurisprudencia.

En efecto, como establecen las sentencias números 988/1996, de 18 de noviembre, 274/2002, 21 de marzo y 741/2008, de 18 de julio, entre otras, los intereses moratorios han de ser solicitados por las partes, de modo que no pueden los Tribunales condenar a su pago de oficio sin incurrir en incongruencia.

Por el contrario, para hacer efectivas las consecuencias restitutorias de la declaración de ineficacia de un contrato ejecutado, íntegramente o en parte, y para impedir, en todo caso, que queden a beneficio de uno de los contratantes las prestaciones que del otro hubiera recibido, con un evidente enriquecimiento sin causa, la jurisprudencia -sentencias de 24 de febrero de 1990, de 11 de febrero de 1992, 24 de febrero de 1992, de 11 de febrero de 2003, de 27 de octubre, y 22 de noviembre de 2005, 22 de mayo de 2006, entre otras- considera innecesaria la petición expresa del acreedor para imponer la restitución de las prestaciones realizadas, con inclusión de sus rendimientos, en cumplimiento del principio "iura novit curia" y sin incurrir en incongruencia, al considerar que se trata de una consecuencia directa e inmediata de la norma que atribuye retroactividad al efecto liberatorio derivado de la declaración de ineficacia. Interpretación que se refuerza por el hecho de que las mencionadas normas se anteponen a las reglas generales que, sobre la liquidación de los estados posesorios, contienen los artículos 451 a 458 del Código Civil.

Esa doctrina es aplicable cuando el contratante hubiera omitido reclamar la restitución del precio y, también -argumento "a maiore ad minus"-, cuando, habiéndolo reclamado, no hubiera hecho referencia expresa a los intereses del mismo.

Procede, por lo expuesto y en aplicación de la norma citada, estimar el recurso y condenar a los demandados al

abono de los intereses legales del capital que han de restituir, los cuales se contabilizarán desde la fecha en que los vendedores recibieron aquel de la demandante".

Por tanto, aplicando la anterior doctrina al supuesto de autos, ha de estimarse la petición actora, implicando la restitución de las prestaciones la devolución por ambas partes de lo que ha constituido el objeto del contrato con los intereses. Así, la parte demandada ha de restituir el principal recibido (14.000 euros), con los intereses legales desde que recibió dicha suma. Y la parte actora ha de restituir los títulos, no los adquiridos originariamente sino aquellos en que se hayan convertido, y los intereses cobrados durante la vigencia del contrato, más el interés legal desde la fecha de cada cobro. Desde la fecha de esta sentencia, los intereses aplicables serán los del art. 576 LEC.

**SEPTIMO.** La estimación de la demanda conlleva, de conformidad con el art. 394.1 LEC, la imposición de las costas a la parte demandada, por aplicación del criterio objetivo del vencimiento.

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

### FALLO

Estimo la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales Sr. Blanco González, en nombre y representación de doña XXX González XXX, por sucesión procesal de don XXX XXX González XXX y de doña XXX XXX XXX, frente a la entidad "Banco Popular Español, S.A" y declaro la nulidad del contrato de adquisición de bonos subordinados necesariamente canjeables en acciones de Banco Popular Español, S.A I/2009 suscrito por los litigantes, con los efectos legales inherentes a tal pronunciamiento, debiendo procederse, al efecto de que ninguna de las partes resulte acreedora ni deudora la una de la otra, a la restitución recíproca de las prestaciones que hubieren sido objeto del mismo y en concreto, la parte demandada ha de restituir a la actora el principal recibido (14.000 euros), con los intereses legales desde que recibió dicha cantidad. Y la parte actora ha de restituir los títulos, no los adquiridos originariamente sino aquellos en que se hayan convertido y los intereses cobrados durante la vigencia del contrato, cantidades que devengarán el interés legal desde la fecha de cada cobro. Desde la fecha de esta sentencia, los intereses aplicables serán los del art. 576 LEC.

Con imposición de las costas a la parte demandada.

Notifíquese esta sentencia a las partes.



Contra esta resolución cabe interponer recurso de apelación en el plazo de veinte días desde su notificación; debiendo constituir previamente un depósito de 50 euros, mediante su consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado.

Así lo pronuncio, mando y firmo, Coral Gutiérrez Presa, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Oviedo.

**PUBLICACIÓN.** Leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, doy fe.

