



JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.8 DE OVIEDO

PALACIO DE JUSTICIA. PLAZA EDUARDO GOTA LOSADA. EDIFICIO JUZGADOS. PLANTA 3. CP 33005

Teléfono: 985.96.89.56-7-8

Fax: 985.96.89.59

Equipo/usuario: MSA

Modelo: N18650

N.I.G.: 33044 42 1 2016 0004997

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000457 /2016

Procedimiento origen: /

Sobre OTRAS MATERIAS

DEMANDANTE D/ña.

Procurador/a Sr/a. FLORENTINA GONZALEZ RUBIN

Abogado/a Sr/a. JOSE ANTONIO BALLESTEROS GARRIDO

DEMANDADO D/ña. BANCO POPULAR

Procurador/a Sr/a. SALVADOR SUAREZ SARO

Abogado/a Sr/a.

En Oviedo a 18 de noviembre de 2016.

Miguel Antonio del Palacio Lacambra, Magistrado Juez del juzgado de Primera Instancia número 8 de Oviedo ha visto los autos de juicio ordinario 457/16 y en el que han sido partes las arriba referenciadas, se procede a dictar la presente

SENTENCIA Nº 242/2016

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Procuradora de los Tribunales doña Florentina González Rubín, en nombre y representación de
, y bajo la dirección letrada de don José Antonio Ballesteros Garrido, se interpuso demanda de juicio ordinario el 30 de junio de 2016 contra el Banco Popular Español S.A., en la que se ejercitaba acción de nulidad de contrato de bonos subordinados obligatoriamente convertibles en acciones del Banco Popular Español por falta de consentimiento de los actores dado el error concurrente en su adquisición. Alega que el demandante suscribió el 3 de octubre de 2009, la compra de bonos subordinados necesariamente canjeables en acciones del Banco Popular Español por importe de 150.000 euros, desconociendo que lo contratado nada tenía que asemejarse a un producto de inversión conservador y sencillo. En este aspecto, achaca a la demandada el incumplimiento de los deberes de



información y transparencia a los que estaba obligado, debiendo proporcionar una inversión ajustada a las características, conservadoras, de la demandante. No haciéndose, lo que motiva la contratación de una inversión alejada de los parámetros de inversión de la demandante, y la pérdida del valor de la inversión. Por ello, solicita se declare la nulidad del contrato realizado, con restitución recíproca de prestaciones. Con el devengo de intereses, e imposición de costas procesales.

SEGUNDO.- Admitida a trámite por Decreto de fecha 4 de julio de 2016, se dio traslado de la demanda al demandado para su contestación. En ésta, la demandada, tras alegar los antecedentes y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y que constan en Autos, solicitaba que se le absolviera de los pedimentos efectuados en su contra, y se impusiera expresa condena en costas a la parte demandante. Dada cuenta de la contestación a la demanda, se convocó a las partes para la celebración de la audiencia previa el 26 de octubre de 2016.

TERCERO.- Celebrada la Audiencia Previa en el día indicado, las partes manifestaron la subsistencia del litigio, y una vez quedaron fijados los hechos controvertidos, se pasó a examinar los documentos alegados de contrario para a continuación pasar a la fase de proposición de prueba. Por la parte demandante, se propuso documental acompañada junto al escrito de demanda. Por la parte demandada se propuso testifical de _____, de _____ y prueba documental. Se admitió la prueba propuesta, citando a las partes para juicio el día 16 de noviembre de 2016.

CUARTO.- En el día de la vista del juicio, comparecidas las partes, se practicó la prueba acordada. Emitidas por las partes juicio de conclusiones, quedaron los autos pendientes de sentencia.

QUINTO.- En la sustanciación del proceso se han observado las prescripciones legales

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO- En la demanda interpuesta por _____, contra Banco Popular Español S.A. se articula la pretensión de que se declare la responsabilidad de la demandada, con la consiguiente nulidad de los bonos subordinados

obligatoriamente convertibles en acciones del Banco Popular Español adquiridos en octubre de 2009 por importe de 150.000 euros, al haber suscrito la actora, por indicación de Banco Popular, los citados bonos convertibles sin haber sido informadas sobre el producto, características o duración, resaltando que al haber actuado la demandada sin facilitar una completa información a la actora sobre el producto, sin advertir de la complejidad del producto, de la falta de idoneidad con el perfil de la actora, ha de declararse la nulidad por estar viciado por error el consentimiento prestado por la actora. Señala que el demandante es un inversor sin particular experiencia en productos complejos, que disponía de cierto capital. En el año 2009, personal de la demandada le ofreció al sr. la conveniencia de adquirir los indicados bonos, en lo que se presentó como una muy atractiva y segura inversión. Accediendo a la adquisición sin apenas previa explicación y sin realización de trámites para valorar la idoneidad de la inversión.

Posteriormente, en mayo de 2012, y ante las indicaciones de la demandada, se convirtió el producto en uno nuevo, a fin de evitar las contingencias que se estaban produciendo en el mercado.

Ya en julio de 2015, el actor firmó un documento donde además de invertir en una imposición a un interés considerable, se señalaba que el actor quedaba resarcido respecto la inversión en bonos, renunciando a cualquier acción relativa.

Finalmente, cuando se produce la conversión de los bonos en acciones, en noviembre de 2015, la inversión se deprecia a 27.172,06 euros

Sin que hubiera una información relativa a las características del producto, duración, o riesgos, es que solicita la nulidad de los contratos realizados en octubre de 2009 y sus derivados, con recíproca restitución de las cantidades que pudieran resultar, y costas procesales.

Por la parte demandada, se discrepa de que el actor no conocieran el tipo de contrato que suscribía, así como que la información que hubiera suministrado a la cliente fuera insuficiente, habiéndose dado traslado de información oral y escrita sobre el producto en el que invirtieron los actores, y sin que la labor de comercialización lleve aparejado asesoramiento alguno. En este aspecto, destaca que la actora suscribió toda la información relativa a la contratación del producto, y donde se observa haber recibido toda la información necesaria para conocer la inversión que se procedió a practicar.

En cuanto a la contratación de bonos subordinados obligatoriamente convertibles en acciones del Banco Popular Español, recuerda que ya en el año 2010 la inversión se había depreciado, pese a lo cual, el actor prosiguió la inversión.

La contingencia expuesta sirve igualmente para alegar la excepción de caducidad. Pues desde marzo de 2010, el actor sabía del tipo de inversión en que consistían los bonos, y la inexistencia de una garantía cual imposición o depósito garantizado. Resultando que el canje de los bonos adquiridos en el año 2009 tiene lugar en el año 2012. por lo que interpuesta la demanda en junio de 2016, la acción estaría caducada.

No sólo lo anterior, discute la posibilidad de que el actor pueda accionar, por cuanto en julio de 2015 suscribe un documento en el que renunció a las acciones que pudiera ostentar en relación a los bonos adquiridos.

Junto con la ya expuesto, pone de manifiesto la contratación por los actores de productos que se alejan de inversiones estrictamente conservadores. Tal como un considerable historial inversor en acciones, de obligaciones de diversas entidades, así como la adquisición de obligaciones subordinadas del Banco Popular. Así como planes de pensiones y fondos de inversión.

En suma, defiende la validez del contrato, del producto, Por lo tanto, y porque todos los detalles se encuentran perfectamente especificados en el contrato observándose la ausencia de responsabilidad en la demandada, es que termina interesando la desestimación de la demanda, con imposición de costas a la demandante.

SEGUNDO.- En el caso de autos, se parte de una primitiva inversión en octubre de 2009, por importe de 150.000 euros. En un producto llamado Bonos Popular Capital convertible vencimiento 2013. Posteriormente, en mayo de 2012, se entregan dichos bonos, recibiendo a cambio unos nuevos bonos, llamados subordinados obligaciones convertibles Popular vencimiento 11-15. Por el mismo importe de la inicial inversión.

Interesa destacar en este momento, que el 16 de julio de 2015 las partes firman un documento donde se reseña que la inversión del año 2009 iba a sufrir una minusvalía. Conteniéndose diversas cuestiones, se recogía la renuncia del actor a cualesquiera acciones que se pudieran ostentar frente a la demandada, en relación a la adquisición, tenencia o conversión de los bonos adquiridos en los años 2009 y 2012.

No es discutido que la conversión de las acciones en bonos tiene lugar el 27 de noviembre de 2015, experimentando el actor una notable pérdida de la inversión inicial.

A partir de lo que sucintamente se ha expuesto, se plantea con carácter preliminar por la demandada tanto la falta de acción derivada de la renuncia, como la falta de acción por concurrencia de caducidad. Se alega que la renuncia efectuada en julio de 2015 es clara y terminante, suponiendo la

imposibilidad de que el actor pueda accionar frente al Banco en relación a los bonos convertibles.

Respecto la caducidad, se alega la existencia de hitos que determinan por el actor el conocimiento de producto contratado, más de cuatro años antes de la interposición de la demanda. Como es la recepción de información fiscal en el año 2010, o la actuación del año 2012 con la adquisición de los nuevos bonos.

TERCERO.- En primer lugar, y respecto la renuncia, la demandada se basa en el contrato suscrito el 16 de julio de 2015, como base para defender la falta de acción del demandante. Dicho contrato no es ocultado por la actora, y es aportado como documento nº7 de la demanda. En dicho contrato, se recoge que el actor adquirió bonos subordinados necesariamente canjeables 2012, que traían causa de los bonos subordinados necesariamente canjeables 2009. También se señala que el actor esperaba al vencimiento de los bonos para el canje de los bonos en acciones. Así como que el actor "conoce y acepta que, a través del ejercicio de este derecho, la inversión realizada en el año 2009, tal y como la misma quedó subsumida en los bonos 2012 va a experimentar una minusvalía cuyo importe aproximado declara conocer".

En la estipulación segunda, se señala que "el cliente acepta el ofrecimiento del Banco señalado en la estipulación primera y con la firma del presente contrato y la consiguiente constitución de la imposición a plazo fijo efectuada a su favor..., se da por íntegramente resarcido de cualesquiera eventuales perjuicios que pueda sufrir, como consecuencia de la adquisición y posterior conversión de los bonos 2012, renunciando en virtud del presente contrato a cualesquiera acciones, de cualquier orden, sean judiciales o de otra índoles, que en su caso le pudieren corresponder frente a Banco Popular Español...en relación a la adquisición, suscripción, tenencia o conversión de los bonos 2009 y 2012."

A juicio de la demandada, lo anterior supone la inequívoca renuncia al ejercicio de acciones en relación a los bonos cuya nulidad se demanda. Siendo un acto libre, voluntario y consciente, con conocimiento de su alcance. No es ese el criterio de la actora, que considera el documento de julio de 2015 como ineficaz. Pues se trata de un documento llevado a cabo con engaño, y del que ninguna ventaja extrae la actora, que en modo alguno recupera la minusvalía que se dice iba a padecer. De hecho, ni llega a cuantificarse.

Tal y como apunta la actora, el Tribunal Supremo ha venido a examinar la validez de aquellos documentos de confirmación, renovación de contratos de inversión ó cancelación con consecutiva suscripción, en relación a productos bancarios complejos, tal como los contratos de permuta financiera.

Estudiando si se trata de supuestos de purificación de un inicial error, o de toma de conocimiento de lo contratado inicialmente. Se hace cita de la STS de 12 de febrero de 2016, habiendo seguido otras similares, como la STS de 19 de julio de 2016. Se señala en suma, que no cabe invocar la renuncia, cuando el documento en que se plasma tal renuncia está predarractado, y cuando no cabe extraer la consecuencia de que el actor sea plenamente consciente del contenido del contrato objeto de la convalidación.

Precisamente, en esta ocasión el actor invierte en el año 2009 en unos bonos, posteriormente sustituidos por otros nuevos bonos que alargan el vencimiento de la inversión inicial. Ante la inminencia del vencimiento pactado en el contrato del año 2012 se firma el contrato relativo a la renuncia. Donde lo que recibe el actor a cambio de la renuncia, es una imposición a cinco años respecto un capital de 200.000 euros. Con un tipo de interés nominal del 4,909%.

De otra parte, el contrato indica que el actor era concededor por aproximación, de la minusvalía que iba a sufrir la inversión en bonos. No se cuantifica la cantidad. Al tiempo del canje, en noviembre de 2015, no se discute que la inversión inicial de 150.000 euros pasa a convertirse en acciones del Banco Popular, con una valoración de 27.172,06 euros. La depreciación de la inversión, es superior a los 123.000 euros.

Así las cosas, resulta que con la imposición acordada en el documento de julio de 2015, el actor recibiría un rendimiento acumulado próximo a los 50.000 euros. Al margen de la oportuna retención fiscal. Mientras que la pérdida experimentada con la inversión en bonos, supera los 120.000 euros. A partir de lo anterior, resulta imposible que el actor fuera efectivamente concededor de la minusvalía que iba a experimentar, tal como señala el documento de la renuncia. Porque el documento, le resultaba notoriamente perjudicial. En modo alguno recuperaba la inversión inicial, y además comprometía una importante cantidad con la demandada. Como conclusión, en modo alguno se puede alegar que existe una renuncia del actor al ejercicio de acciones relacionadas con los bonos, cuando ignora el alcance y trascendencia de lo suscrito. La excepción, debe ser por tanto rechazada.

CUARTO.- Se ha alegado en segundo lugar la excepción de caducidad. Se invoca la STS de 12 de enero de 2015, en el sentido de que con la primera liquidación negativa sufrida por el actor, se estuvo en disposición de comprender los riesgos y características del producto. De modo que tendría su inicio el plazo para el ejercicio de la acción de caducidad con la remisión en marzo de 2010, de la información fiscal relativa al ejercicio 2009. Momento en que el valor de los bonos cotizaba a 146.829 euros. resultando que además, se produce el canje de los bonos por acciones en el mes de mayo de 2012



Por tanto, interpuesta la demanda en junio de 2016, el plazo de cuatro años de ejercicio de la acción estaría caducado. Abundaría en el conocimiento de la situación, la contratación de obligaciones subordinadas, bonos, acciones cotizadas o fondos de inversión. Lo que en definitiva, denota el conocimiento del actor del tipo de inversión que realizaba, al canjear los bonos adquiridos en el año 2009, por los obligatoriamente convertibles del año 2012.

Retomando la STS de 12 de enero de 2015, o de 7 de julio de 2015 que ratifica la primera, lo que se hace en la indicada resolución es establecer ejemplos de cuando se puede considerar que exista una comprensión real del tipo de producto contratado, a fin de fijar un plazo a quo para el inicio del cómputo de ejercicio de la acción. Realizando una interpretación conforme la realidad social, a fin de fijar una fecha clara para el comienzo del ejercicio de la acción, que en otro caso se alargaría sobremanera o que incluso sería inexistente, caso de productos vitalicios. Por lo que al tiempo de la interposición de la demanda, ya había expirado el plazo de caducidad fijado en el Código Civil.

Contrariamente a lo que pretende la demandada, no hay certeza en cuanto al momento en que el actor tiene certeza del producto que han adquirido. Mejor dicho, no se puede extrapolar el conocimiento por el hecho de haber remitido la información fiscal, donde la cotización de los bonos rondaba el 97,88% de la inversión. Pues para ello, debería estar contrastado que los actores conocían los términos de la inversión, su significado, la cotización de los bonos y todas las características relativas a los mismos. Una vez se observa que la diferencia entre lo invertido y su cotización es muy escasa, no cabe presumir que por ese aspecto, se conozcan ya todos los pormenores de la inversión. De su funcionamiento, evolución, y posibles consecuencias. Tal tesitura se podría dar al tiempo del canje del año 2012, en cuyo caso, la acción no estaría caducada. Pero tampoco se puede presumir, que existiera tal conocimiento.

La demandada habla interesadamente de que se produce en mayo de 2012 el canje por acciones, lo que no es cierto. Lo que sucede es que se renueva la inversión del año 2009 por una nueva. Se sustituyen los bonos del año 2009 por la emisión del año 2012, a fin de prolongar el vencimiento del producto, así como el canje de los bonos por acciones. En el año 2012, la cotización de la acción conllevaría caso de canje de los bonos por acciones una depreciación de la inversión. Por ello, tiene lugar la emisión del 2012, ofrecida a tenedores de bonos en el año 2009. Alargando en la práctica el vencimiento de la inversión inicial. No existe un canje de bonos por acciones, sino de unos bonos por otros bonos. De un nombre idéntico, y por una cantidad semejante. Para el actor, la consecuencia es que no se apercibe de que su inversión está experimentando una pérdida real. Todo lo más, puede atisbarla como virtual, caso de estar pendiente de la cotización de la acción de la





demandada. Recuérdese en este momento, que el actor es panadero de profesión. Y que la mayoría de reuniones con personal de la demandada, tienen lugar en la panadería del demandante.

En definitiva, sin constancia de que se explicara el porqué de la minoración, no se puede presumir el conocimiento del tipo de inversión. Máxime, si el rendimiento ofrecido se estaba cumpliendo. No se olvide que este aspecto de la rentabilidad y su devengo, es aquel en el que la mayor parte del consumidor minorista, focaliza su interés en la inversión. Lo que aboca a rechazar la excepción de caducidad. Por cuanto únicamente sí cabría aplicar la doctrina que emana de la STS de 12 de enero de 2015, conforme el contrato de julio de 2015. Y en este escenario, es obvio que la acción, una vez se demanda en junio de 2016, no estaría caducada.

QUINTO.- Por lo demás, la prueba se ciñe a la documentación obrante en Autos y a la testifical de los empleados del Banco Popular que intervienen en la comercialización de una u otra inversión. Como documento nº4 de la demanda, se aporta la orden de compra de 150 bonos, por valor de 150.000 euros, por la que el actor adquiere unos Bonos Popular Capital Conv v.2013. En dicha orden, se reseña que el ordenante "conoce su significado y trascendencia". Dicha orden se materializa el 23 de octubre de 2009, conforme el documento nº 5 de la demanda. La demandada como documento nº10 de su contestación, aporta el resumen explicativo de la inversión, suscrito por el sr. Menéndez Muñiz.

Como documento nº6 de la demanda, se aporta la orden de valores de 4 de mayo de 2012, por la que los demandantes adquieren títulos por valores de 150.000 euros. La operación es denominada "oferta pública de adquisición mediante canje", por la cual el valor a entregar son unos bonos Popular capital Convertible, vencimiento 2013, y el valor a recibir, bonos subordinados obligatoriamente convertibles Popular, con vencimiento en noviembre de 2015. Firmada la orden por el comprador, en el apartado de observaciones se afirma que el cliente "acepta expresamente su aceptación de la recompra de los valores detallados en el apartado valor a entregar, con orden expresa de suscripción de los valores detallados en el apartado valor a recibir".

Al hilo de lo anterior, aporta el Banco un documento, el nº2 de su contestación, de cuatro líneas, firmado por el actor. Su texto señala que "con anterioridad a su contratación me ha sido entregado un ejemplar completo de la información relativa a la naturaleza de los bonos subordinados obligatoriamente convertibles y sus riesgos inherentes. Dicha información me resulta comprensible y es suficiente para permitirme adoptar una decisión de inversión consciente y fundada". El documento



está fechado el 4 de mayo de 2012. Adviértase que no consta más documentación sobre el particular.

Como documento nº 2 a 4, se aporta la información dada por el Banco Popular, en relación al producto adquirido. Acerca de naturaleza y riesgos de los bonos subordinados obligatoriamente convertibles, y de las condiciones de la emisión. Se afirma que dicha información fue entregada a los actores, al mismo tiempo de la suscripción, sin ningún tipo de información previa.

Finalmente, se aporta como documento nº7 el contrato de 16 de julio de 2015 ya analizado. En el que se renuncia a ejercitar acciones en relación al devenir de los bonos contratados y se contrata una imposición a plazo fijo a modo de compensación.

En cuanto a las testificales, en primer lugar comparece el sr. _____, que comercializa los bonos en el año 2007. Afirma que el actor es una persona con un importante capital inversión, teniendo al año 2009 una cartera muy diversificada. En relación a los bonos, muestra dificultad en recordar como se contrató y como se vendió el producto. Sí señala que se reunió en la panadería con don _____, pero es incapaz de dar detalles de lo explicado. En todo caso, y de manera genérica, afirma que siempre explicaba el producto con todos sus pormenores.

El sr. _____ interviene en la operación del año 2012. Indica que ya entonces el actor hubo de saber que la inversión tenía una expectativa incierta. Porque se explicó, y porque se indicó la conveniencia de canjear los bonos por unos nuevos. Recuerda haber ido en una ocasión a la panadería del demandante, y explicarle lo sucedido. No recuerda si hubo más reuniones o si se firmó el canje de los bonos por los nuevos en el mismo momento. Dudando de que se hiciera en una única ocasión.

Por lo demás, se aporta documentación relativa a otras inversiones semejantes. Obligaciones, planes de pensiones, acciones, así como en fondos de inversión de perfil conservador.

SEXTO.— La SAP de Asturias de 15 de marzo de 2013, relativa a un supuesto en que se debate la nulidad por error en el consentimiento de la adquisición de obligaciones subordinadas, viene a recordar el "deber de la entidad de identificar la cualificación y conocimientos del inversor con relación a un concreto producto "con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente", debiendo advertir al cliente de su inadecuación cuando así lo sea". En cuanto a la información a dar, afirma que "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".

Se afirma, que caso de ser los actores inversores minoristas, como es el presente caso, la protección es máxima cuando además el producto, como se dijo, es complejo. Y ello, porque se pretende garantizar el derecho de información al consumidor, al cliente bancario o como es el caso de autos al inversor minorista.

Respecto a que los contratos contengan la mención de que el particular haya sido informado, recuerda que no significa, sin embargo, que se haya prestado al consumidor, cliente o inversor minorista la preceptiva información, de modo que no constituye una presunción "iuris et de iure" de haberse cumplido dicha obligación ni de que el inversor, efectivamente, conozca los riesgos, último designio de toda la legislación sobre transparencia e, información. En este punto, retoma la normativa sobre protección de consumidores y usuarios, que fija como abusivas "las declaraciones de recepción o conformidad con hechos ficticios"; precepto del que puede inferirse que son nulas las declaraciones de ciencia si se acredita que los hechos a los que se refieren son inexistentes o "ficticios", como literalmente expresa el texto legal.

Por todo ello -dice la Sentencia citada- habrá que entender que las declaraciones de ciencia o de "saber" generan una presunción de que la correspondencia con la realidad que indican es cierta, pero que ello no impide que dicha presunción quede desvirtuada si, mediante la pertinente actividad probatoria desplegada en el proceso, se demuestra que la correspondencia con la realidad es inexistente. La presunción iuris tantum que puede ser desvirtuada, siendo la entidad de crédito la que debe probar que ha cumplido con los deberes de información necesarios según la legislación vigente" (sentencia 486/2010, de 4 de diciembre, de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos) y que "la diligencia que le es exigible [a la entidad financiera] no es la de un buen padre de familia sino la del ordenado empresario y representante leal, en defensa de los intereses de sus clientes.

SEXTO.- De cuanto hemos expuesto, podemos afirmar que al demandante no se le informó debidamente del producto en el que iba a invertir. En puridad, desconocemos cómo se lleva a cabo la contratación. Pues como se advierte de la resolución citada, es la entidad bancaria la que debe acreditar que cumplió con todos los deberes propios en cuanto a proporcionar información sobre las características de la inversión. En todo



caso, lo que sí podemos afirmar es que la documentación aportada impide tomar conocimiento del alcance de la inversión, en particular de sus riesgos.

El empleado que interviene en la comercialización afirma no recordar nada del presente caso. Incluso parece desconocer las características de la inversión llevada a cabo por el actor. Igualmente, se aporta por el Banco Popular un documento en el que el actor recibe el resumen explicativo de la inversión. Tampoco consta entrega de información precontractual, o realización de test de conveniencia o idoneidad, o análisis acerca de si la inversión resultaba apropiada para el demandante.

Respecto la inversión del año 2012, se aporta un documento junto con la contestación, del cual el actor manifiesta ser conocedor de la inversión, y de sus riesgos. En cambio, no se aporta el documento, test o actuación por la cual se llega a tal conclusión. Es decir, que desconocemos si verdaderamente hubo previa explicación o si en realidad, se trata el documento de una fórmula predispuesta que no responde a lo verdaderamente sucedido. Como se ha expuesto, las declaraciones unilaterales en las que el actor se limita a su rúbrica en modo alguno pueden ser tenidas como ciertas. En suma, no consta una previa información a fin de que la actora estuviera en condiciones de valorar la conveniencia de practicar la inversión. Como recuerda la STS de 12 de enero de 2015, *"se trata de menciones predispuestas por la entidad bancaria, que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento que se revelan como fórmulas predispuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos, como ya dijimos en la sentencia núm. 244/2013, de 18 abril"*.

Si se observa el contenido de la circular de 7 de mayo de 2009 emitida por la CNMV, relativa a las condiciones de comercialización de instrumentos financieros del mercado de valores, en su punto 2, señala que la información ha de permitir la toma de decisiones de inversión fundadas, siendo previa y anterior a la contratación. Recomendando un apartado específico que recoja de forma comprensible los riesgos existentes, en un lenguaje claro y breve. De modo que si se utiliza el tríptico habitual o folleto, dicha advertencia conste de forma inicial. Lo cual no sucede en el caso que nos ocupa, pues la orden de valores es absolutamente parca en cuanto a detalles de lo que se adquiere. Y sin que el tríptico de la emisión, contenga un particular lugar para la firma de la actora con indicación de los riesgos, y mucho menos con ese lenguaje llano, claro y breve que demanda la circular de la CNMV. Al contrario, el resumen explicativo contiene toda una serie de datos de difícil entendimiento, mucho más para una persona sin especial conocimiento.

En fin, sirva el detalle de que la emisión de bonos del año 2012 fue suscrita por más del 90% de los tenedores anteriores





de deuda subordinada del Banco Popular. Conforme datos públicos, accesibles en cualquier canal de información, resulta que prácticamente el 95% de los bonistas del Banco Popular canjearon sus títulos por otros similares a los que son objeto de litigio. Con esta cuestión, se quiere poner de manifiesto la prudencia con la que deben ser tomadas las unilaterales declaraciones, emitidas por el Banco pero suscritas por los clientes, donde se alude a haber informado con precisión acerca de las características del producto. Cuando la suscripción es masiva, cuando la tenencia de conocimiento deriva de declaraciones unilaterales, o cuando es imposible saber qué es lo que en realidad se ha trasladado sobre el producto, no se puede tener por cumplida una explicación sobre el producto financiero en el que invierte. Cuando no constan las explicaciones de cómo se llega a considerar al cliente un experto en productos financieros complejos. O cuando tampoco se advierte de cuales eran las consecuencias de no canjear los bonos que el actor había adquirido en el año 2009, por los suscritos en el año 2012.

SEPTIMO.- La cuestión, es que al actor se le vende un producto, bonos subordinados obligatoriamente convertibles, cual si se tratara de un producto de carácter conservador y garantía de la inversión. Mientras que la inversión del año 2012 se produce como modo de salvaguardar una anterior inversión, realizada en el año 2009. Lo cual se ajusta a una forma de proceder conservadora y propia de quien carece de formación y experiencia inversora. Interesa destacar en suma, que en modo alguno podemos presumir experiencia o conocimientos algunos en la actora para conocer lo que estaba adquiriendo. Sirva a este respecto, la SAP de Baleares de 30 de octubre de 2015, y la existencia de una situación viciada a la hora de acometer la contratación. Pues los actores se encuentran en una tesitura en la que para salvaguardar su inversión, se ven prácticamente obligados a canjear sus bonos por aquellos emitidos en el año 2012. Que a su vez, supone no recuperar la inversión, sino su equivalente en acciones del Banco Popular. Con el riesgo implícito que ello supone. En igual sentido, SAP de Coruña de 24 de febrero de 2016.

Como mantiene el Tribunal Supremo en su sentencia de 17 de junio de 2010 y en una situación muy similar a la presente, *"los contratos están causalmente vinculados en virtud del nexo funcional, dado que sin las pérdidas del primero no se hubiera celebrado el segundo, que tenía por finalidad tratar de paliarlas o conjugarlas. Por ello, debe mantenerse que existe una ineficacia en cadena o propagada, de tal modo que la ineficacia del contrato de origen que es presupuesto acarrea la nulidad del contrato dependiente que es consecuencia suya"*.





La Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, ya con anterioridad a su reforma por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, imponía, en sus arts. 78 y siguientes, a todas cuantas personas o entidades ejerzan, de forma directa o indirecta, actividades relacionadas con los mercados de valores (con mención, de forma expresa, a las entidades de crédito) una serie de normas de conducta, tales como, entre otras, las de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado y asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados. 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. Se trata, de facilitar toda la información precontractual necesaria para que el cliente bancario pueda decidir sobre la perfección del contrato con adecuado y suficiente "conocimiento de causa", como dice el precitado 79 bis de la L.M.V.



OCTAVO.-.- De cuanto se ha expuesto, podemos inferir el error sufrido por los demandantes a la hora de adquirir deuda subordinada de la demandada. El conocimiento de causa al que alude la Ley de Mercado de Valores, se considera en este caso inexistente, porque no hay constancia de que hubiera una efectiva advertencia de los riesgos de la contratación de bonos necesariamente canjables en acciones, de su complejidad, o de las garantías existentes. A estos efectos, por lo que se expuso, no basta una reseña relativa a los riesgos, contenida en el resumen explicativo que se acompaña a la orden de compra que supone ejecutar la medida. Tampoco que se diga que la

actora actúa de forma libre pese a los consejos del Banco, porque no consta que se hiciera una previa información del producto, ni una correlativa explicación de los riesgos de la inversión. Igualmente, no consta haberse practicado test de conveniencia a la actora, no se cumple con las indicaciones de la CNMV, y la inversión parece realizada en unidad de acto sin una previa y verdadera explicación para valorar la oportunidad de la inversión con conocimiento de causa. Lo que se repite tanto en el año 2009, como en el año 2012.

Como ya se ha expuesto, es insuficiente a este respecto que se afirme haber dado toda la información, en congruencia con los documentos suscritos por la actora en tal sentido. Cuando ni tan siquiera podemos contrastar ese dato con el interrogatorio de la demandante, al no haber sido propuesto. Y en este aspecto, como ya reseña la citada Sentencia de nuestra Audiencia Provincial, es insuficiente el que de forma mecánica, se diga en la orden de compra o documento similar, el haber recibido toda la información necesaria y comprensiva del producto.

NOVENO.- A propósito del error como vicio en el consentimiento, hemos de recordar que la STS de 21 de noviembre de 2012 ha señalado que "aunque en muchos casos un defecto de información puede llevar directamente al error de quien la necesitaba, no es correcta una equiparación, sin matices, entre uno y otro, al menos en términos absolutos... En primer término, para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones - respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato - que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa...si las percepciones de los contratantes no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses... difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre un futuro más o menos próximo con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente

incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia. En definitiva, el Tribunal Supremo, descarta la existencia del error cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular; de acuerdo con los postulados del principio de buena fe, y cuando cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible. A la vista de lo anterior, resulta que la petición de nulidad por existencia de error debe prosperar. Ha de hacerlo porque en el caso que aquí nos ocupa, observamos una carencia de conocimientos inversores o financieros por parte del demandante, donde no consta que la demandada advirtiera debidamente de los riesgos que se asumían. Cuando no hay evidencias de la práctica de test de conveniencia, y cuando no consta que con carácter previo se entregara previo folleto informativo en relación al producto en el que la actora iba a invertir sus ahorros.

De igual modo, el histórico de inversiones tampoco ayuda a los intereses de la actora. De una parte, siempre son realizadas con la misma entidad, el Banco Popular. De lo que se infiere una relación de confianza con dicho banco. Por otra parte, no hay una certeza acerca de la explicación que se ofrece para la inversión en productos complejos.

DECIMO.- Consecuencia de cuanto se ha dicho, es que debe declararse la nulidad del contrato de adquisición de bonos subordinados obligatoriamente convertibles en acciones hecho por los litigantes el día 3 de octubre de 2009, así como aquellos que son consecuencia de dicha contratación. Tal como el contrato de 4 de mayo de 2012, debiendo las partes proceder a la recíproca restitución de prestaciones derivadas de los indicados bonos subordinados. En cuanto al devengo de los intereses, procede su devengo desde la fecha de contratación de los respectivos productos, de acuerdo al contenido de los artículos 1.303, 1.307 del Código Civil, así como la STS de 23 de noviembre de 2011. Se alcanza dicha conclusión toda vez que al declararse la nulidad de lo contratado, es el modo de que la actora pueda recuperar no sólo el principal de su inversión, sino los frutos devengados desde el momento en que no pudo disponer de ello desde entonces, y que de otro modo supondría la incompleta restitución de prestaciones.

UNDECIMO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil las costas procesales deben imponerse a la demandada.



Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Estimando íntegramente la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales doña Florentina González Rubín, en nombre y representación de contra el Banco Popular Español S.A., debo declarar y declaro la nulidad del contrato de adquisición de bonos subordinados obligatoriamente convertibles por acciones del Banco Popular Español hecho por los litigantes el 3 de de octubre de 2009, así como los contratos de 4 de mayo de 2012 y de 16 de julio de 2015, con condena a la recíproca restitución de las prestaciones derivadas de las indicadas obligaciones subordinadas, con intereses desde la nulidad del contrato, con deducción de los intereses brutos cobrados por la demandante durante el contrato con sus correspondientes intereses.

Todo ello con expresa imposición a la demandada de las costas procesales causadas.

Así por esta mi Sentencia definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

Contra esta Resolución cabe interponer recurso de apelación que deberá prepararse ante este órgano judicial en el plazo de veinte días contados desde el día siguiente a su notificación.

PUBLICACIÓN. - Para hacer constar que la anterior sentencia ha sido publicada en el mismo día de ser dictada, en audiencia pública, mediante lectura íntegra de la misma. Doy fe.

