



JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 SIERO

SENTENCIA: 00138/2016

JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 DE SIERO

C/ PARROCO FERNANDEZ PEDRERA, Nº 11 - 2ª PLANTA (POLA DE SIERO)

Teléfono: 985.72.00.96

Fax: 985.72.50.51

Equipo/usuario: RPS

Modelo: S40000

N.I.G.: 33066 41 1 2016 0012563

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000163 /2016

Procedimiento origen: /

Sobre OTRAS MATERIAS

DEMANDANTE, DEMANDANTE D/ña.

Procurador/a Sr/a. MARIA DEL VISO SANCHEZ MENENDEZ, MARIA DEL VISO SANCHEZ MENENDEZ

Abogado/a Sr/a. JOSE ANTONIO BALLESTEROS GARRIDO, JOSE ANTONIO BALLESTEROS GARRIDO

DEMANDADO D/ña. BANCO POPULAR ESPAÑOL SA

Procurador/a Sr/a. SALVADOR SUAREZ SARO

Abogado/a Sr/a. EDUARDO BORREGO PEREZ

SENTENCIA Núm. 138/16

En Siero, a veinticuatro de noviembre de dos mil dieciséis.

D. Eduardo González Martín-Montalvo, Magistrado-Juez Titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número Uno de Siero, ha visto los presentes autos de **juicio ordinario**, repartidos por la oficina del Decanato y tramitados en este Juzgado con el **n.º 163/2.016**, sobre nulidad de bonos subordinados convertibles, instados por D.ª

y D.ª , representados por la procuradora D.ª María del Viso Sánchez Menéndez y defendida por el letrado D. José Antonio Ballesteros Garrido, frente a BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A, representado por el procurador D. Salvador Suárez Saro y bajo la dirección letrada de D. Eduardo Borrego Pérez, teniendo en consideración los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 13 de abril de 2016 fue turnada a este juzgado demanda de juicio ordinario que fue admitida a trámite por decreto de fecha 29 de abril de 2016.



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

SEGUNDO.- Una vez dado traslado a la demandada, ésta presentó contestación oponiéndose a la misma y por diligencia se convocó a las partes a la celebración de la Audiencia Previa que tuvo lugar el día 1 de septiembre del presente año, solicitándose el recibimiento del pleito a prueba, acordándose éste y proponiéndose por las partes la que consta en la grabación, admitiéndose las declaradas pertinentes y señalándose fecha para el juicio.

TERCERO.- El día 23 de noviembre de 2016 se celebró el juicio, con la finalidad y contenido previsto en los artículos 431 y 433 de la LEC, que ha quedado documentado en la grabación, en la que consta la prueba practicada, por el orden previsto en el artículo 300 de la LEC, con el resultado que consta grabado.

CUARTO.- Practicadas en dicho acto las pruebas admitidas y declaradas pertinentes, se concedió la palabra a las partes, por su orden, para conclusiones, dándose por terminado el acto, quedando los autos y el disco de la grabación en poder del Juzgador para dictar sentencia, dentro del plazo legal.

QUINTO.- Se ha respetado y concluido la tramitación ordinaria prevista en la Ley.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se ejercita por la parte actora la acción de nulidad del contrato de compra con efectos de 23 de octubre de 2009 firmado entre la entidad demandada y los demandantes, y órdenes de valores de adquisición de "Bonos subordinados necesariamente canjeables por acciones de Banco Popular S.A", con la consiguiente y misma declaración respecto a las operaciones derivadas y el posterior canje de los títulos por otros del producto "Bo. Sub. OB. Conv. Popular V.11-15 ISIN ES0313790059", operada el posterior 7 de mayo de 2012.

Todo ello, con base en las previsiones del artículo 1.303 en relación con el 1.261 y siguientes del CC y la legislación especial citada, y con fundamento jurídico en el vicio de consentimiento determinado por el error del que es base fáctica el desconocimiento por los contratantes de la naturaleza del negocio formalizado y de los elementos esenciales del contrato.

Ello a consecuencia de la insuficiente información suministrada, teniendo en cuenta la naturaleza compleja del producto contratado.

Así, el contenido -no informado- de la contratación cuya nulidad se interesa aparece referenciado por el tipo de producto, de riesgo, que se contrataba cuando lo pretendido por la parte actora era la obtención de unos rendimientos regulares, entendiéndose que contrataban una especie de depósito que así se los garantizaba y cuyo objeto podía en cualquier momento rescatar.

La representación procesal de Banco Popular, frente a tales pretensiones se alza alegando como excepción la existencia de la caducidad de la acción ejercitada,

entendiendo que, de conformidad con lo previsto en el art. 1301 del C.c, el plazo de cuatro años estipulado en estos casos habría transcurrido si tenemos en cuenta la fecha de la formalización de la orden de suscripción que data del mes de octubre del año 2009. Y en cuanto al fondo, muestra una oposición amparada en el cumplimiento íntegro de sus obligaciones; tanto en la fase pre-contractual, al informar de manera conveniente del producto ofertado; como en la ejecución misma del contrato, al abonar un interés que los clientes recibieron con liquidación trimestral sin manifestación de queja, procediéndose al canje posterior.

Siendo así, los adquirentes de las participaciones conocieron la naturaleza del producto, y sus características, con los riesgos inherentes a la inversión que realizaban, no concurriendo con ello el error invalidante del negocio, destacándose la rentabilidad de la inversión, como indiciaria prueba de una voluntad de contratación libremente formada, y ejecutada con el cobro periódico del interés.

SEGUNDO.- Como es lógico antes de entrar a resolver el fondo de la cuestión debatida, se hace necesario dar respuesta a la excepción antes apuntada, es decir, a la caducidad de la acción ejercitada. Y la respuesta a tal excepción no puede ser otra que la desestimación de la misma, por cuanto nuestro Tribunal Supremo se viene decantando últimamente por la tesis de que el plazo establecido en el artículo 1301 del CC es un plazo de caducidad, sí, si bien la cuestión del plazo es aquí irrelevante porque lo verdaderamente trascendental es cuándo debe comenzar a computarse el mismo, cuestión resuelta por el Alto Tribunal en el sentido de que el plazo comienza a contarse desde la consumación del contrato y no desde su perfección, como pretende la parte demandada. Como dice la STS de 12 de enero de 2015 *"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."* Esta doctrina se reitera en las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 7 de julio y 16 de septiembre de 2015.

De acuerdo con la misma, y por lo que más tarde se argumentará, la parte actora no pudo tener conocimiento de su error antes de mayo de 2012, fecha del canje, porque el déficit de información sobre las condiciones de la conversión le impidió tomar conciencia de la verdadera naturaleza del producto contratado. Es una vez que se opera el canje cuando pudo entender la pérdida sufrida y la índole del producto contratado, luego sujeto a las propias fluctuaciones del mercado bursátil. No supo hasta esa fecha las condiciones concretas que regulaban el canje de los bonos en acciones y no

lo supo por la ausencia de información al respecto que provocó que persistiera, hasta la efectiva conversión en acciones, en la equivocada creencia de haber contratado una especie de depósito a renta fija en cualquier momento rescatable. Por ello, siendo así que el canje tiene lugar en mayo de 2012 y la demanda se presenta en abril de 2016, no puede entenderse cumplido el plazo fatal de cuatro años y debe, por ende, rechazarse la excepción de caducidad alegada.

TERCERO.- Centrada la controversia en los anteriores términos, hemos de recordar cómo el tipo de contratación que nos ocupa y otras análogas han dado y vienen dando lugar a una amplia jurisprudencia menor en relación con el error de consentimiento, como invalidante (ex artículo 1266 del CC) en cuanto que recaído sobre la cosa que constituye objeto principal del contrato y/o sobre aquellas condiciones del mismo que principalmente dieron lugar a celebrarlo; error no imputable a quien lo padeció; con un nexo causal con la finalidad pretendida en el negocio jurídico concertado; y excusable, en el sentido de inevitable, no habiendo podido ser enervado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular (STS de 26-06-2000)".

Lo anterior, en relación con los muy diversos productos que proliferaron en la contratación bancaria de los últimos tiempos, con un posible defecto de información acerca de su naturaleza y riesgos, y la actual oleada de reclamaciones judiciales en busca de su anulación.

Ahora bien, para la resolución del caso que nos ocupa resulta trascendental, por su plena aplicación al supuesto concreto objeto de análisis, la reciente **Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2016**. Dicha sentencia sienta la doctrina general aplicable respecto a este mismo producto que nos ocupa, por lo que, salvando las diferentes interpretaciones de las distintas Audiencias Provinciales (incluso en Asturias la disparidad de criterios en torno a su naturaleza se advertía entre las propias secciones de la Audiencia), clarifica plenamente los parámetros a tener en cuenta. Califica la naturaleza de este producto, describe la información que ha de ofrecer quien lo comercializa, el error y sus características... etc. En definitiva, sienta una doctrina que por su importancia al supuesto que nos ocupa pasamos, en sus aspectos esenciales a transcribir: *"Los bonos necesariamente convertibles son activos de inversión que se convierten en acciones automáticamente en una fecha determinada, y por tanto, el poseedor de estos bonos no tiene la opción, sino la seguridad, de que recibirá acciones en la fecha de intercambio. A su vencimiento, el inversor recibe un número prefijado de acciones, a un precio determinado, por lo que no tiene la protección contra bajadas del precio de la acción que ofrecen los convertibles tradicionales. Los bonos necesariamente convertibles ofrecen al inversor sólo una parte de la futura subida potencial de la acción a cambio de un cupón prefijado, y exponen al inversor a parte o a toda la bajada de la acción. Por ello, estos instrumentos están más cercanos al capital que a la deuda del emisor; y suelen tener, como ocurre en el caso litigioso, carácter subordinado.*

2.- Según la clasificación de los productos financieros realizada por el art. 79 bis 8 a) LMV (actual art. 217 del

Texto refundido de la Ley del Mercado de Valores aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), son productos no complejos, los que cumplan todas y cada una de las siguientes cuatro características: a) que sean reembolsables en cualquier momento a precios conocidos por el público; b) que el inversor no pueda perder un importe superior a su coste de adquisición, es decir, a lo que invirtió inicialmente; c) que exista información pública, completa y comprensible para el inversor minorista, sobre las características del producto; y d) que no sean productos derivados. A sensu contrario, son productos o instrumentos financieros complejos los que no cumplen con todas o alguna de las características anteriores. Los productos complejos pueden suponer mayor riesgo para el inversor, suelen tener menor liquidez (en ocasiones no es posible conocer su valor en un momento determinado) y, en definitiva, es más difícil entender tanto sus características como el riesgo que llevan asociado.

El propio art. 79 bis 8 a) LMV parte de dicha diferenciación y considera los bonos necesariamente convertibles en acciones como productos complejos, por no estar incluidos en las excepciones previstas en el mismo precepto (así lo estima también la CNMV en la Guía sobre catalogación de los instrumentos financieros como complejos o no complejos).

3.- Pero es que, además, si tenemos en cuenta que los bonos necesariamente convertibles en acciones del Banco Popular son un producto financiero mediante el cual y, a través de distintas etapas, hasta llegar a la conversión en acciones ordinarias de esa misma entidad, el banco se recapitaliza, siendo su principal característica que al inicio otorgan un interés fijo, mientras dura el bono, pero después, cuando el inversor se convierte en accionista del banco, la aportación adquiere las características de una inversión de renta variable, con el consiguiente riesgo de pérdida del capital invertido; es claro que se trata de un producto no solo complejo, sino también arriesgado. Lo que obliga a la entidad financiera que los comercializa a suministrar al inversor minorista una información especialmente cuidadosa, de manera que le quede claro que, a pesar de que en un primer momento su aportación de dinero tiene similitud con un depósito remunerado a tipo fijo, a la postre implica la adquisición obligatoria del capital del banco y, por tanto, puede suponer la pérdida de la inversión.

Los deberes de información y el error vicio del consentimiento en los contratos de inversión.

1.- Las sentencias del Pleno de esta Sala núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, y 769/2014, de 12 de enero de 2015, así como las sentencias 489/2015, de 16 de septiembre, y 102/2016, de 25 de febrero, recogen y resumen la jurisprudencia dictada en torno al error vicio en la contratación de productos financieros y de inversión. Afirmábamos en esas sentencias, con cita de otras anteriores, que hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea. Es necesario

que la representación equivocada merezca esa consideración, lo que exige que la equivocación se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

2.- El art. 1266 CC dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer (además de sobre la persona, en determinados casos) sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261.2 del mismo Código Civil). La jurisprudencia ha exigido que el error sea 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 (sentencia núm. 215/2013, de 8 abril).

3.- El error invalidante del contrato ha de ser, además de esencial, excusable, esto es, no imputable a quien lo sufre. El Código Civil no menciona expresamente este requisito, pero se deduce de los principios de autorresponsabilidad y buena fe. La jurisprudencia niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que ignoraba al contratar. En tal caso, ante la alegación de error, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida.

La diligencia exigible ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso. En principio, cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible, y si no lo hace, ha de cargar con las consecuencias de su omisión. Pero la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas, no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, de modo que es exigible una mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto, y, por el contrario, es menor cuando se trata de persona inexperta que entra en negociaciones con un experto, siendo preciso para apreciar la diligencia exigible valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta, aunque no haya incurrido en dolo o culpa.

En definitiva, el carácter excusable supone que el error no sea imputable a quien lo sufre, y que no sea susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe. Ello es así porque el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando este 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 esa declaración.

4.- En el ámbito del mercado de valores y los productos y servicios de inversión, el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo, de acuerdo con lo declarado por esta sala en las citadas sentencias núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014 , y núm. 769/2014, de 12 de enero , entre otras.

La información sobre los riesgos.

1.- La normativa del mercado de valores -básicamente el art. 11 de la Directiva 1993/22/CEE , de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, el art. 79 bis LMV y el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero - da una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza.

No se trata de cuestiones relacionadas con los móviles subjetivos de los inversores (la obtención de beneficios si se producen determinadas circunstancias en el mercado), irrelevantes, como tales, para la apreciación del error vicio. La trascendencia que la normativa reguladora del mercado de valores reconoce a la información sobre los riesgos aparejados a la inversión, al exigir una información completa y comprensible sobre tal cuestión, muestra su relación directa con la función económico-social de los negocios jurídicos que se encuadran en el ámbito de la regulación del mercado de valores.

2.- En el caso concreto de los bonos necesariamente convertibles en acciones, el riesgo no deriva de la falta de liquidez, puesto que al vencimiento el inversor recibirá unas acciones que cotizan en un mercado secundario; sino que dependerá de que las acciones recibidas tengan o no un valor de cotización bursátil equivalente al capital invertido. En consecuencia, para que el inversor pueda valorar correctamente el riesgo de su inversión, deberá ser informado del procedimiento que se va a seguir para calcular el número de acciones que recibirá en la fecha estipulada para la

conversión y si este número de acciones se calculase con arreglo a su precio de cotización bursátil, el momento que servirá de referencia para fijar su valor, si es que éste no coincide con el momento de la conversión. Cuando con arreglo a las condiciones de una emisión de obligaciones necesariamente convertibles en acciones, no coincida el momento de la conversión en acciones con el momento en que han de ser valoradas éstas para determinar el número de las que se entregarán a cada inversor, recae sobre los inversores el riesgo de depreciación de las acciones de la entidad entre ambos momentos.

3.- El quid de la información no está en lo que suceda a partir del canje, puesto que cualquier inversor conoce que el valor de las acciones que cotizan en bolsa puede oscilar al alza o a la baja. Sino en lo que sucede antes del canje, es decir, que al inversor le quede claro que las acciones que va a recibir no tienen por qué tener un valor necesariamente equivalente al precio al que compró los bonos, sino que pueden tener un valor bursátil inferior, en cuyo caso habrá perdido, ya en la fecha del canje, todo o parte de la inversión.

Dado que, como consecuencia del canje, el inversor en obligaciones convertibles obtendrá acciones, podrá ser consciente, con independencia de su perfil o de su experiencia, de que, a partir de dicho canje, su inversión conlleva un riesgo de pérdidas, en función de la fluctuación de la cotización de tales acciones. Desde ese punto de vista, no resultaría relevante el error que haya consistido en una frustración de las expectativas del inversor sobre la evolución posterior del precio de las acciones recibidas. Sino que el error relevante ha de consistir en el desconocimiento de la dinámica o desenvolvimiento del producto ofrecido, tal y como ha sido diseñado en las condiciones de la emisión y, en particular, en el desconocimiento de las condiciones de la determinación del precio por el que se valorarán las acciones que se cambiarán, puesto que, según cual sea este precio, se recibirá más o menos capital en acciones.

Es decir, la empresa que presta el servicio de inversión debe informar al cliente de las condiciones de la conversión en acciones de las que deriva el riesgo de pérdidas al realizarse el canje. El mero hecho de entregar un tríptico resumen del producto en el que se haga referencia a la fecha de valoración de las acciones no basta por sí mismo para dar por cumplida esta obligación de informar sobre el riesgo de pérdidas.

4.- Las sentencias de esta Sala núm. 460/2014, de 10 de septiembre, y núm. 769/2014, de 12 de enero de 2015, declararon que, en este tipo de contratos, la empresa que presta servicios de inversión tiene el deber de informar, y de hacerlo con suficiente antelación, conforme al art. 11 de la Directiva 1993/22/CEE, de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, el art. 79 bis LMV y el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero. No se cumple este requisito cuando tal información se ha omitido en la oferta o asesoramiento al cliente en relación a tal servicio o producto, y en este caso hubo asesoramiento, en

tanto que el cliente adquirió los bonos u obligaciones convertibles porque les fueron ofrecidos por empleados del Banco Popular . Como dijimos en la sentencia núm. 102/2016, de 25 de febrero , para que exista asesoramiento no es requisito imprescindible la existencia de un contrato remunerado ad hoc para la prestación de tal asesoramiento, ni que estas inversiones se incluyeran en un contrato de gestión de carteras suscrito por la demandante y la entidad financiera. Basta con que la iniciativa parta de la empresa de inversión y que sea ésta la que ofrezca el producto a sus clientes, recomendándoles su adquisición.

5.- En este caso, conforme a lo declarado probado por la sentencia recurrida, no consta que hubiera esa información previa, y ni siquiera la información que aparecía en la orden de compra del producto, prerredactada por la entidad financiera, era adecuada, puesto que no se explicaba cuál era su naturaleza, ni los riesgos que se asumían en función de la fecha de conversión. Según dijimos en las ya citadas sentencias de Pleno núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014 , 460/2014, de 10 de septiembre , y 769/2014 de 12 enero de 2015 , el incumplimiento por las empresas que operan en los mercados de valores de los deberes de información, por sí mismo, no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes puede incidir en la apreciación del error, y más concretamente en su carácter excusable.

En consecuencia, el incumplimiento por la recurrente del estándar de información sobre las características de la inversión que ofrecía a su cliente, y en concreto sobre las circunstancias determinantes del riesgo, comporta que el error de la demandante sea excusable. Quien ha sufrido el error merece en este caso la protección del ordenamiento jurídico puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba y asesoraba.

Además, como también hemos declarado en las sentencias antes citadas, para la entidad de servicios de inversión la obligación de información que establece la normativa legal del mercado de valores es una obligación activa, no de mera disponibilidad. Es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, no sus clientes, inversores no profesionales, quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional. El cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. El hecho de tener un patrimonio considerable, o que los clientes hubieran realizado algunas inversiones previas no los convierte tampoco en clientes expertos.

CUARTO.- La simple traslación de la doctrina al supuesto de autos lleva inexorablemente a la estimación íntegra de la demanda. El supuesto examinado por nuestro Alto Tribunal es similar al de autos, pero aún con la salvedad de que en el que nos ocupa no ofrece duda el carácter de cliente minorista de los demandantes.

No parece necesario extenderse en describir el perfil de los actores. Baste señalar que carecen de específicos conocimientos económico-financieros, sin que el hecho de haber cursado estudios superiores de medicina y geografía les conviertan en avezados expertos en el mundo de las finanzas. Y es que tampoco ejecutaron inversiones con anterioridad ni contrataron productos similares. El propio empleado de la entidad bancaria así lo asevera, en contra de lo recogido en el test de conveniencia, cuya autoría ajena y extraña a los demandantes y cuya incorrección es tan patente que excusa mayor comentario. Nada tiene que ver, por lo arriba expuesto, que hubiesen comprado acciones, producto simple completamente diferente al bono subordinado, por más que su producto final sean acciones. En definitiva, como manifiesta el empleado bancario, los conocía y su perfil era netamente "conservador".

Al ser los actores indubitadamente inversores minoristas, según se reconoce, la protección es máxima cuando, además, los productos que se le vendían eran complejos como los de autos (artículo 79 bis. 8, en relación con el artículo 2 apartados 2 al 8 de la Ley del Mercado de Valores), lo que el propio banco admitió.

Pues bien, en el caso de autos, está probado que no existe una información directa sobre los riesgos que presenta este tipo de producto financiero. El test de idoneidad no consta realizado y el de conveniencia sólo con referencia al canje de 2012 (nada figura respecto de la primitiva operación de compra en 2009) y éste, como dijimos, contiene tal cúmulo de errores que no cabe sino concluir que no fue efectivamente efectuado por los actores (lo que igualmente se desprende de las vagas, imprecisas y dubitativas manifestaciones en este extremo del empleado bancario). No puede olvidarse que estamos ante unas personas sin experiencia previa en la contratación de estos complejos productos financieros. Todo ello no puede suplirse con unos documentos en que se manifiesta haber recibido un resumen explicativo y otro en que se dice haber recibido las condiciones generales.

Incumbiendo al banco la carga de la prueba sobre el efectivo suministro de información, su inactividad probatoria (se limita al aporte documental y a la testifical de un empleado bancario) es reseñable. En este sentido, no puede olvidarse que la entidad crediticia no cumple con su obligación de informar facilitando al inversor cualquier tipo de datos bajo la rúbrica de "riesgo", sino que ha de tratarse de una información "imparcial, clara y no engañosa" (artículo 79.bis 2). Además, 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 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", requisitos que no se cumplen en el caso de autos.

Volviendo al examen de la prueba practicada, llama la atención la propia declaración del empleado de la entidad bancaria que afirma que "debió" informar, que el test debió rellenarlo el actor, que era lo normal.....

En suma, que no es ya que no haya prueba de la información suministrada, sino que más bien existe prueba en contrario, esto es, a la vista del perfil de los clientes, el banco omitió toda información sobre las condiciones de la conversión en acciones de las que deriva el riesgo de pérdidas al realizarse el canje. El mero hecho de entregar un tríptico resumen del producto en el que se haga referencia a la fecha de valoración de las acciones no basta por sí mismo para dar por cumplida esta obligación de informar sobre el riesgo de pérdidas. La entidad bancaria que presta servicios de inversión tiene el deber de informar, y de hacerlo con **suficiente antelación**, conforme al art. 11 de la Directiva 1993/22/CEE, de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, el art. 79 bis LMV y el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero. No se cumple este requisito cuando tal información se ha omitido en la oferta o asesoramiento al cliente en relación a tal servicio o producto, lo que en este caso es meridianamente así ha ocurrido, significativa es al respecto la antes comentada declaración testifical del empleado bancario, y en este supuesto hubo asesoramiento, en tanto que los clientes adquirieron los bonos u obligaciones convertibles porque les fueron ofrecidos por empleados del Banco Popular. Debe recordarse que para que exista asesoramiento no es requisito imprescindible la existencia de un contrato remunerado ad hoc para la prestación de tal asesoramiento, ni que estas inversiones se incluyan en un contrato de gestión de carteras suscrito por la demandante y la entidad financiera. Basta con que la iniciativa parta de la empresa de inversión y que sea ésta la que ofrezca el producto a sus clientes, recomendándoles su adquisición.

En este caso, no consta que hubiera esa información previa, y ni siquiera la información que aparecía en la orden de compra del producto, prerredactada por la entidad financiera, era adecuada, puesto que no se explicaba cuál era su naturaleza, ni los riesgos que se asumían en función de la fecha de conversión.

En consecuencia, el incumplimiento por la demandada del estándar de información sobre las características de la inversión que ofrecía a su cliente, y en concreto sobre las circunstancias determinantes del riesgo, comporta que el error de los demandantes sea excusable. Quien ha sufrido el error merece en este caso la protección del ordenamiento jurídico puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba y asesoraba.

QUINTO.- En suma, y en virtud de lo que hasta aquí se ha razonado, hemos de concluir que la información facilitada a



los inversores minoristas demandantes no cumplía los estándares de claridad, imparcialidad y transparencia exigidos por la normativa de la Ley del Mercado de Valores y disposiciones legales concordantes.

Siendo así, concurren, sin duda, los requisitos para que el error produzca la nulidad de los contratos como vicio de consentimiento son: a) una conducta insidiosa dirigida a provocar la declaración negocial; b) que la otra voluntad negociadora quede viciada en su voluntad y conocimiento por tal conducta; c) que todo ello determine la celebración del contrato; d) que sea grave; y e) que no se hayan causado por tercero, ni empleado por las dos partes contratantes.

De otro lado, el hecho de que se produjese el cobro propio de intereses no es impeditivo del ulterior ejercicio de una acción de nulidad por vicio del consentimiento como la presente, ni puede entenderse que esa conducta haya provocado una convalidación tácita de las previstas en el artículo 1.311 del Código Civil al realizarse actos (esto es: la percepción de las liquidaciones positivas) que impliquen necesariamente la voluntad de validarlo, dado que el cobro de intereses no puede calificarse como un acto inequívoco destinado a tal fin.

En resumen, la entidad bancaria no ofreció la información a la que venía obligada lo que provocó un comprensible error en los demandantes, determinante de la nulidad del contrato.

La declaración de nulidad producirá, en fin, sus efectos no sólo para el futuro, sino asimismo con carácter retroactivo, debiendo volverse al estado jurídico preexistente, lo que conlleva la anulación de los cargos y abonos efectuados con ocasión del negocio jurídico anulado, más el interés legal desde la fecha de la reclamación judicial ex artículo 1.100, 1.101 y 1.018 del CC.

Ello conlleva la restitución de las consiguientes prestaciones, con sus respectivos intereses ex artículo 1.303 del CC.

SEXTO. - Finalmente en cuanto a las costas, ex artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debemos pronunciarnos en el sentido de imponer a la demandada las causadas en esta instancia, dada la íntegra estimación de la demanda.

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

FALLO

ESTIMO íntegramente la demanda interpuesta por D. ^a
y D.

, representados por la procuradora D. ^a María del Viso Sánchez Menéndez, frente a BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A, representado por el procurador D. Salvador Suárez Saro, y, en su virtud, DECLARO la nulidad del contrato de 23 de octubre de 2009 firmado entre la entidad demandada y los actores, así como la orden de valores; y el posterior canje de los títulos





por otros del producto "Bo. Sub. OB. Conv. Popular V.11-15 ISIN ES0313790059", operada el posterior 7 de mayo de 2012; con restitución recíproca de las prestaciones que hubieran sido su objeto con sus intereses, de acuerdo a lo dispuesto en el fundamento sexto de la presente resolución; y expresa imposición a la demandada de las costas causadas en esta instancia.

Dedúzcase testimonio de la presente resolución definitiva, que será notificada a las partes, llévase testimonio a las actuaciones e incorpórese ésta al Libro que al efecto se custodia en este Juzgado.

Contra esta resolución cabe interponer **recurso de apelación** ante este Juzgado en el **plazo de 20 días** a contar desde el siguiente al de la notificación de la presente y del que conocerá la Ilma. Audiencia Provincial de Asturias.

Así por esta mi sentencia, la pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado que la ha dictado, estando celebrando Audiencia pública el mismo día de su fecha.

