



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

**XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 5
SANTIAGO DE COMPOSTELA**

SENTENCIA: 00044/2017

Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Santiago de Compostela
Juicio Ordinario [REDACTED]/2016 -2

SENTENCIA

En Santiago de Compostela, a 23 de marzo de 2017.

Vistos por Dña. M. de Luna Taboada Martínez, Magistrada-Juez del Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de esta ciudad, los presentes autos de Juicio Ordinario nº [REDACTED]/2016, seguidos a instancia de D. [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] y Dña. [REDACTED] [REDACTED], representados por la Procuradora Sra. Queiro García, bajo la asistencia letrada de Sr. Lorenzo Vázquez, contra Banco Popular Español SA, representado por la Procuradora Sra. Goimil Martínez y bajo la asistencia letrada de Sr. [REDACTED] ([REDACTED]).

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La representación procesal de D. [REDACTED] [REDACTED] y Dña. [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] interpuso demanda a seguir por los trámites del Juicio ordinario, contra Banco Popular, sobre nulidad/anulabilidad y/o rescisión de contratos bancarios en base a los hechos que constan en el escrito de demanda. Tras alegar la fundamentación jurídica que estimó pertinente, terminaba suplicando que se dicte sentencia por el que: 1º Declare la nulidad absoluta de los contratos de suscripción de los Bonos Subordinados Convertibles de fecha 6/10/2009 habidos entre las partes en este proceso, extensiva a todos los documentos suscritos posteriormente y que de este contrato traigan causa, especialmente el canje operado en fecha 8/5/2012 y en concreto: Suscripción de 77 títulos de Bonos Subordinados de fecha 16/10/2009 por importe de 77.000 €. Declarada la nulidad de las adquisiciones descritas, se declare la propagación de dicha nulidad al canje operado sobre las respectivas suscripciones en acciones con fecha 25/11/2015. Y en méritos a la nulidad, acuerde la recíproca

devolución de las prestaciones recibidas por las partes, con sus frutos e intereses y, en consecuencia, condene a la demandada a devolver a los actores la suma invertida de 77.000 € más los intereses legales devengados desde las fechas de cargo en cuenta hasta su efectiva devolución, minorados en el importe correspondiente a la rentabilidad satisfecha más el interés legal desde su recepción. 2º Alternativamente de no entender procedente la nulidad de pleno derecho se anule en los mismos términos por vicio de consentimiento con los mismos efectos y 3.- Subsidiariamente, para el caso de no entender procedente la nulidad o anulabilidad se declare la resolución de las mismas por incumplimiento de la demandada de sus obligaciones contractuales de diligencia, lealtad e información con resarcimiento de daños y abono de intereses en los mismo términos. Y que se impongan costas a la demandada.

Segundo.- Admitida a trámite la demanda, la parte demandada contestó en tiempo y forma oponiéndose a la misma en base a los hechos que constan en su escrito de contestación. Tras alegar la fundamentación jurídica que estimó pertinente terminaba suplicando que se dicte sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda con la imposición de las costas a la parte demandante.

Tercero.- En la audiencia previa del juicio se propusieron y admitieron las pruebas y se señaló día y hora para la celebración de la vista del juicio. El acto del juicio se celebró el día y hora señalado con la práctica de la prueba admitida. El acto de la audiencia previa y del juicio y quedaron debidamente grabados en el correspondiente soporte y sistema informático del Juzgado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Los demandantes ejercitan acción de nulidad y/o anulabilidad por vicio en el consentimiento y subsidiaria acción de resolución de contratos por incumplimiento de la demandada de sus obligaciones, de contratos de suscripción de Bonos Subordinados Popular Capital Necesariamente convertibles en acciones de fecha 6/10/2009 por importe de 77.000 € así como orden de canje posterior de fecha 8/5/2012 y el canje posterior en acciones de la entidad de fecha 25/11/2015, reclamando la devolución recíproca de prestaciones recibidas por las partes, con sus frutos e intereses con devolución del importe principal invertido más los intereses desde la fecha de cargo hasta su efectiva devolución y minorando el importe correspondiente a la rentabilidad recibida más os intereses desde su recepción.



Se alega en primer lugar por la parte demandada la caducidad de la acción. Niega que concurren las causas de nulidad, vicio de consentimiento e incumplimiento de obligaciones por parte del Banco, que se les entregó toda la documentación necesaria para la comprensión del producto, que se les informó igualmente en la oficina del funcionamiento del producto. Que los demandantes ya contaban con otro tipo de productos de características similares por lo que conocían el funcionamiento del producto. Que en la contratación del año 2012 se advierte a los demandantes de la disminución de valor experimentada por los Bonos emitidos en el año 2009 y que la contratación del año 2012 fue efectivamente entregada información clara y comprensible y fue firmada por los demandantes. Los demandantes además recibieron en concepto de cupones trimestrales un importe total de 30.706'55 € brutos oscilando entre un 7% de rentabilidad fija y Euribor más 4 % los bonos de 2009 para volver al 7 % fijo a raíz de la contratación de los bonos subordinados convertibles emitidos en el año 2012, rentabilidad muy por encima de cualquier otro producto de depósito tradicional. Que el Banco en la fase de contratación de los productos contaba con una calificación crediticia elevada en el sector y que la disminución en el valor de los Bonos subordinados así como la pérdida ha ocasionado la definitiva conversión en acciones de la entidad reside en la imprevisible evolución del mercado que ha supuesto un descenso en la cotización de las acciones del Banco Popular donde ninguna responsabilidad se le puede atribuir al banco sino que entra dentro de los riesgos conocidos y asumidos por los clientes al contratar el producto. Se dice igualmente que se habría producido una confirmación del contrato anulable con la suscripción de los Bonos del año 2012 e iría en contra de los propios actos.

Segundo.- Caducidad de la acción.

Se alega en primer lugar por la demandada la caducidad de la acción de nulidad por vicio del consentimiento ejercitada conforme a lo dispuesto en el artículo 1301 del CC.

Según el citado precepto en los casos de error el plazo de cuatro años empezará a correr desde la consumación del contrato, momento que no se corresponde con la suscripción de la orden, ya que cuando nos encontramos ante contratos de tracto sucesivo la consumación no tiene lugar hasta la realización de todas las obligaciones dimanantes del contrato o, dicho de otra forma, cuando se extingue por haberse cumplido totalmente las prestaciones, o, al menos cuando se facilita al cliente la información suficiente que le permite poner en duda el contenido de lo contratado y tener conocimiento entonces del error en la contratación efectuada. En este sentido la STS Sala 1ª, de 12 de enero de 2015 es clara al señalar que "No puede confundirse la consumación del

contrato a que hace mención el art. 1301 del Código Civil, con la perfección del mismo. Así lo declara la sentencia de esta Sala núm. 569/2003, de 11 de junio, que mantiene la doctrina de sentencias anteriores, conforme a las cuales la consumación del contrato tiene lugar cuando se produce «la realización de todas las obligaciones» (sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1897 , 20 de febrero de 1928 y 11 de julio de 1984), «cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes» (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1989) o cuando «se hayan consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó» (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1983)". Concluye dicha sentencia afirmando que "Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error". (SAP de Pontevedra, Sección 6ª 29/12/2016, SAP de Madrid, Sección 8ª de 29/11/2016, entre otras muchas)

El dies a quo no puede fijarse en la fecha de la primera contratación en el caso que es objeto del presente procedimiento ya que ha de estarse no al momento de la contratación sino al de la consumación o al momento en que los clientes hayan tenido conocimiento de la existencia del error/dolo. La parte demandada alega además que los demandantes se les remitía información fiscal del producto con la pérdida del valor de cotización y la inclusión de los rendimientos/valores en las declaraciones fiscales de renta y patrimonio. En concreto se acompaña información fiscal correspondiente al año 2011 en la que se refleja el descenso de la cotización de las acciones en las que se convertirían necesariamente los bonos suscritos. El documento nº 11 de la contestación a la demanda recoge la información a efectos de Patrimonio de los valores mobiliarios del año 2011 en la que se refleja una cotización de poco más del 40 %, por lo que el importe nominal de los títulos pasaban a tener un importe efectivo muy inferior En principio de la mera recepción de ese documento puntual no cabe deducir la existencia del error reclamado, pero es que además al producirse el canje el 8/5/2012 el mismo se realiza por el completo valor nominal de 77.000 euros (documento nº 10 de la contestación) sin que se haya aplicado minoración alguna, por lo que el cliente puede



considerar que pese a las fluctuaciones de valor se mantenía inalterada la inversión inicial efectuada, lo que implicaría una garantía de la totalidad del importe invertido. Por lo tanto no consta probado que en el año 2011 se haya facilitado al demandante información suficiente y relevante que le permitan haber tomado conciencia del error en el producto contratado. El "dies a quo" podría situarse en el presente caso en la fecha de canje de los bonos por las acciones del banco en el año 2015, por lo que no cabe considerar probado que haya transcurrido el plazo de los cuatro años al que se refiere el art. 1301 Cc, lo que lleva a desestimar la caducidad alegada.

Tercero.- Carácter complejo del producto contratado.

La STS 17 de junio 2016 Recurso: 1974/2014 " 1.- 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".

Esta doctrina es recogida por las distintas Audiencias Provinciales, entre ellas, SAP de Madrid de 22/12/2016, ó la SAP de Pontevedra de 29/12/2016 (entre otras muchas)

Doctrina que es aplicable al presente supuesto, al tratarse del mismo producto financiero.

La SAP de A Coruña, Sección 4ª de 19 de octubre de 2016 recoge en cuanto al tipo de producto, el deber de información y sus requisitos que: "Es necesario con carácter previo reseñar, como resulta de la STS 411/2016, de 17 de junio, 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"



Tampoco ha de ofrecer duda que la demandada aconsejó y persuadió a las actoras para que adquiriesen el producto financiero objeto de este pleito. Se señaló por parte del empleado del Banco que declaró en el acto del juicio que el canje se llevó a efecto por iniciativa del Banco.



Como explica la STS 688/2015, de 15 de diciembre, con cita de la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), "la cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente" (apartado 53). Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el art. 52 Directiva 2006/73, que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.4 Directiva 2004/39/CE.

Este art. 4.4 define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como «la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros». Y el art. 52 Directiva 2006/73/CE aclara que «se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...)), que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales. Carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público.

Como resulta de las SSTS 102/2016, de 25 de febrero y 411/2016, de 17 de junio, 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. En definitiva, en modo alguno, cabe deducir que las demandantes fueran unas personas con especiales conocimientos económicos y financieros, que le permitieran comprender el producto adquirido, sin completas y suficientes explicaciones adicionales por parte de la entidad demandada, o que tuviera experiencia inversora constatada en el conocimiento del producto litigioso a la fecha de su contratación, de manera tal que no necesitase la mentada información.

Es cierto también que el Banco ha aportado documento suscrito por las actoras, de la misma fecha de la suscripción

de la orden de valores, el 2 de octubre de 2009, en el que consta que: "El Cliente manifiesta que, pese a haber sido informado de que, en base a lo declarado a la Entidad, ésta estima que el producto o servicio pudiera no ser adecuado al nivel de conocimientos y experiencia declarado, y tras haber sido informado sobre la naturaleza y los riesgos asociados al mismo, ha decidido, actuando por cuenta propia y con base en sus propias estimaciones contratar el producto/servicio". Hora 9:01.

También resulta acreditado que "manifiesta haber recibido, el presente resumen explicativo de los Bonos Subordinados Necesariamente Canjeables en Acciones del Banco Popular Español S.A. I/2009, lo visó y firmó, en la fecha y lugar que se indican a continuación, a los efectos de la suscripción de la emisión de Bonos Subordinados Necesariamente Canjeables en Acciones del Banco Popular Español S.A. I/2009". Lleva fecha 2 de octubre de 2009.

Ahora bien, con base a tales documentos no podemos dar por cumplido por parte del Banco apelante sus obligaciones de información.

En primer lugar, no olvidemos que es reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, de la que es simple expresión la STS 13 de marzo de 2001, la que indica que: "la prueba que emana de un documento privado no es superior a las demás pruebas, y por ello no se infringe el citado art. 1225 del Código Civil cuando se pondera su contenido en relación con otras probanzas - STS de 28 de noviembre de 1986 -", en el mismo sentido la STS 26 de octubre de 2006.

Por otra parte, la jurisprudencia ha tenido ocasión de expresarse sobre las manifestaciones preconstituidas, que figuran en los impresos contractuales de las entidades financieras.

Y así la STS 769/2014, de 12 de enero de 2015, señala que las "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 se manifestó al respecto la STS 244/2013, de 18 abril".

En el mismo sentido, las SSTS 222/2015, de 29 de abril, 265/2015, de 22 de abril, 651/2015, de 20 de noviembre, entre otras.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2014, dictada en el asunto C-449/13, en



relación a la Directiva de Crédito al Consumo, rechaza que una cláusula tipo de esa clase pueda significar el reconocimiento por el consumidor del pleno y debido cumplimiento de las obligaciones precontractuales a cargo del prestamista.



Más recientemente, se expresa de la misma forma la STS 26/2016, de 4 de febrero, cuando sostiene que: "La normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si para cumplir con estas exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predispuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarara disponer de la información necesaria, tener experiencia y entender el riesgo".

En definitiva, bastaría la inclusión de tales cláusulas para liberarse el Banco del deber de informar, lo que no es de recibo. No podemos aceptar, por lo tanto, que la simple firma de dicha documentación predispuesta sea prueba definitiva del cumplimiento del deber de informar, pues tal conclusión es contraria al principio de la sana crítica y no cubre los deberes contractuales de la demandada.

A más abundamiento, como señala la STS 411/2016, de 17 de junio: "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".

Igualmente, como hemos destacado, la entrega del resumen explicativo de los Bonos Subordinados Necesariamente Canjeables en Acciones del Banco Popular Español S.A. I/2009, se le entrega al actor el mismo día de la firma de la orden de suscripción anulada. Igualmente ese mismo día, hora y minuto - 2-10-2009, 9:01 horas- en que se suscribe la orden de adquisición de valores firma otro documento (f 73 vuelto), conforme al cual le advierte el banco que no es posible evaluar la conveniencia del producto/servicio para el demandante -pese a lo cual, y, en comportamiento totalmente incoherente, tomando la entidad demandada la iniciativa le oferta el producto litigioso-. Y ese mismo día se les entrega un complejo resumen explicativo de la condiciones de emisión de los bonos (f 74).

Las circunstancias temporales expuestas no son inocuas, sino que adquieren especial valor, dado que, como ha declarado la jurisprudencia comunitaria, por ejemplo, sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2014, dictada en el asunto C-449/13, en relación a la Directiva de Crédito al Consumo, pero con argumentos cuya razón jurídica los hace aplicables a estos supuestos, las

obligaciones en materia de información impuestas por la normativa con carácter precontractual, no pueden ser cumplidas debidamente en el momento de la conclusión del contrato, sino que deben serlo en tiempo oportuno, mediante la comunicación al consumidor, antes de la firma de ese contrato, de las explicaciones exigidas por la normativa aplicable. Con cita de tal resolución, y aplicación de la mentada doctrina, la STS 769/2014, de 12 de enero de 2015.

Incide de nuevo en la necesidad de que la información facilitada deba hacerse "con suficiente antelación para que la información pueda ser examinada con el necesario detalle y comprendida", la STS 26/2016, de 4 de febrero.

Desde luego, con evidencia, no es este el caso.

Desde luego, tal deber de información no queda cumplido mediante la utilización de fórmulas preconstituidas en sus formularios contractuales, o a través de la entrega de información escrita sin tiempo material para su examen, amén de la ayuda que requiere su comprensión por la utilización de su compleja terminología que no se encuentra a mano de cualquier persona.

Las circunstancias personales de las demandantes no les hacen especialmente proclives para el conocimiento del producto ofertado, al no constar desde luego fueran porteadoras de conocimientos financieros en productos complejos y de riesgo como son los bonos convertibles en acciones.

Es más destaca la jurisprudencia que la actuación en el mercado de valores exige un conocimiento experto. El hecho de tener un patrimonio considerable, o que los clientes hubieran realizado algunas inversiones previas no los convierte tampoco en clientes expertos, puesto que no se ha probado que en esos casos se diera a los demandantes una información adecuada para contratar el producto con conocimiento y asunción de los riesgos de una inversión compleja y sin garantías (SSTS 244/2013, de 18 de abril , 769/2014, de 12 de enero de 2015 , 489/2015, de 15 de septiembre y 102/2016, de 25 de febrero.

Igualmente se ha declarado que no bastan los conocimientos usuales del mundo de la empresa o incluso de quien tiene estudios de ciencias empresariales o económicas, pues son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros para que pueda excluirse la existencia de error o considerar que el mismo fue inexcusable (SSTS 549/2015, de 22 de octubre , 633/2015, de 19 de noviembre , 651/2015, de 20 de noviembre y 26 y 27/2016, de 4 de febrero) -casos referentes a swap, pero cuya doctrina es perfectamente



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

extrapolable a los productos litigiosos, no habituales y, por lo tanto, poco conocidos en el mercado al tiempo de su comercialización, complejos y de elevado riesgo-.

En efecto, la naturaleza de determinados negocios jurídicos, máxime cuando se trata de productos financieros de riesgo, como son los litigiosos, exige que el cliente bancario disponga de una información relevante y completa para formar una voluntad convencional consciente y libre. Estos deberes de información, ya sean legales o provenientes de la buena fe objetiva, tienen, como no puede ser de otra forma, una influencia decisiva a la hora de contratar.

Ello implica que la diligencia contractual exigible a las entidades bancarias consista en ser especialmente celosas en sus deberes de información y leales gestoras de los intereses ajenos, cerciorándose de que el consumidor quiere de forma consciente transmutar la finalidad de sus ahorros en productos financieros, susceptibles de generarles una rentabilidad mayor, pero también con el riesgo de la pérdida total o más que significativa del capital destinado a su adquisición.

Es precisamente en situaciones como las expuestas en las cuales, tanto el Legislador comunitario como el nacional, en atención a principios de transparencia en el mercado y protección de la parte más débil, les interesa que los contratantes alcancen especial conocimiento de las obligaciones y riesgos que asumen, pretendiendo equilibrar situaciones de verdadera asimetría convencional.

La STS 840/2013, de 20 de enero de 2014, del Pleno de la Sala 1^a señala que "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".

No ofrece duda que la obligación de informar al cliente minorista (art. 78 bis de la LMV) y consumidor, como es el actor, que actúa como particular inversor, al margen de

cualquier clase de actividad profesional o empresarial (art. 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias), no consiste simplemente en reflejar las características del producto financiero en el contrato suscrito, sino que exige un estudio previo de la conveniencia del producto ofertado al cliente, realización de los test de conveniencia y, en su caso, de idoneidad precisos, detallada explicación de las condiciones y riesgos de la inversión, de manera tal que el cliente minorista pueda emitir un consentimiento consciente de los compromisos asumidos y de las contingencias inherentes al producto complejo contratado (arts. 2 y 79 bis 8 de la LMV).

Esta información clara, correcta, precisa y suficiente sobre el producto o servicio de inversión y sus riesgos ha de ser suministrada, como señala la STS 102/2016, de 25 de febrero , "por la empresa de servicios de inversión al potencial cliente no profesional cuando promueve u oferta el servicio o producto, con suficiente antelación respecto del momento en que se produce la emisión del consentimiento, para que este pueda formarse adecuadamente".

Tampoco se aportaron los test de conveniencia que se dicen realizados (f 73 vuelto)."

SAP de Madrid de 22/12/2016 dice que "Respecto a los documentos entregados en el momento de la suscripción de los bonos subordinados necesariamente canjeables en acciones de Banco Popular Español SA, emisión 1/2009, la documentación se limitó a la orden de valores de fecha 3-10-2009 (folio 162 vuelto), resumen explicativo de condiciones de la emisión de bonos subordinados necesariamente canjeables en acciones del Banco Popular Español, SA I/2009 (folios 164 vuelto y ss.), y el documento transcrito en el anterior fundamento por el que los clientes asumen la decisión de suscribirlos pese a no haber sido posible evaluar la conveniencia del producto.

En el canje de fecha 8-5-2012 se les entregó las órdenes de valores (foli9o 46), resumen explicativo de condiciones de la emisión de bonos subordinados obligatoriamente convertibles II/2012- Banco Popular Español, S.A. (folios 171 vuelto y ss.), y los documentos transcritos en el anterior fundamento por los que los clientes asumen la decisión de suscribirlos y que la información recibida es suficiente y comprensible.

Las órdenes de compra nada añaden, pues respecto de la suscrita el 3-10-2009 se limita a la reseña de la denominación del valor suscrito "BO POPULAR CAPITAL CONV. V. 2013", el número de valores y sus importes, la cuenta de cargo, la



declaración de haberse entregado al cliente el tríptico de la emisión que el cliente ha firmado y de conocer el significado y trascendencia del producto. Lo que, a su vez, es predicable respecto de las suscritas el 8-05-2012, pues sólo cambia la denominación del producto, y la remisión a la normativa del Mercado de Valores (que fue incumplida con base a las consideraciones realizadas en los anteriores fundamentos), los derechos de información del cliente, tratamiento y protección de datos y comunicaciones comerciales. En definitiva, de los indicados documentos no puede derivarse información suficiente respecto de la naturaleza de los productos complejos adquiridos.

A tales efectos, como señala la STS 25 de febrero de 2016 recurso nº 2578/2013 " y ni siquiera la información que aparecía en las órdenes de compra de los productos, prerredactadas por la entidad financiera, era adecuada, puesto que no se explicaba cuál era la naturaleza de los productos adquiridos" y STS 3 de febrero de 2016 recurso 1454/2015 (Sentencia 21/2016) "Dicho de otro modo, en el caso de un inversor no profesional, como eran los recurrentes (una cosa es que se haya concluido que hubieran tenido alguna experiencia previa en productos de riesgo, a los efectos de negar la excusabilidad del error, y otra muy distinta atribuirles la condición de inversor profesional), no basta con que la información aparezca en las cláusulas del contrato, y por lo tanto con la mera lectura del documento. Es preciso que se ilustre el funcionamiento del producto complejo con ejemplos que pongan en evidencia los concretos riesgos que asume el cliente (Sentencia 689/2012, de 16 de diciembre)".

El hecho de haber entregado el folleto informativo y tríptico resumen de la inversión no acredita el cumplimiento de los deberes que le corresponden a la entidad apelante, al tratarse de documentos estereotipados, o modelos genéricos no adaptados a las circunstancias concretas de cada cliente y operación, que han de considerarse insuficientes para evidenciar o demostrar que los actores fueran plenamente conscientes y conocedores del alcance y de los riesgos de las operaciones suscritas. Los términos y conceptos utilizados son de difícil comprensión para personas sin conocimientos financieros acreditados. La firma por parte de éstos, no pasó de ser más que un mero trámite necesario para que se pudieran consumir las operaciones, pero absolutamente vacío de contenido y sin reflejar lo que aparentemente podría significar; en todo caso, en un supuesto similar, respecto del resumen explicativo, ya se pronunció esta Sección 14ª en Sentencia de 14 de julio de 2015 recurso 151/2015 " El Resumen explicativo de condiciones de la emisión de bonos subordinados necesariamente canjeables en acciones de Banco Popular Español, S.A., I/2009, con la misma fecha 7 de Octubre de 2009, contiene un texto complejo y de comprensión difícil, a

lo largo de seis folios, que precisaría en todo caso de una información verbal complementaria prestada por empleados de la entidad bancaria, en términos tales que permitiera su entendimiento a la cliente" , y de igual modo respecto de la emisión de 2012."

En el presente caso, no consta acreditado que la información facilitada a los demandantes fuera suficiente y adecuada para que pudieran comprender el alcance, contenido y efectos del producto que estaban contratando (los primeros Bonos Convertibles del año 2009, no tampoco los de año 2012 con la recompra de valores por otros con la misma cantidad de inversión. Por un lado, consta acreditado con la documental aportada con la demanda que los demandantes tan solo unos días antes de la contratación, el 6/10/2009, firmaron un Depósito de dinero con el Banco de 77.000 € con un interés nominal anual de 4'406 % y fecha de vencimiento el 22/10/2009. El mismo día del vencimiento del depósito, los demandante firman con el banco la orden de suscripción de valores por el mismo importe y aunque consta que con la orden le entregan un tríptico informativo, se trata de una fórmula predispuesta contenida en un documento contractual previamente redactado por el Banco para inclusión en todos los contratos que no acredita que efectivamente se le hubiera entregado a los demandantes. El propio trabajador del banco que declaró como testigo manifestó no recordar si en el caso de los demandantes se le entregó información y documentación, aunque de forma genérica manifestó que lo hacían con todos los clientes. Aun cuando se les hubiera efectivamente entregado, no se acredita que fuera con tiempo suficiente para valorar convenientemente el producto y que se les hubiera informado de forma verbal sobre el tipo de producto complejo que iban a adquirir y sobre todo de los riesgos que conllevaba y las consecuencias, tratándose de clientes minoristas que aunque tuvieran otros productos contratados, no pueden considerarse expertos o inversores profesionales.

Concurren todos los requisitos para la estimación de la acción de nulidad por vicio del consentimiento (error/dolo) para anular las órdenes de suscripción de valores.

Se alega por la demandada que se habría producido una confirmación del contrato anulable inicial con la contratación de los nuevos bonos en el año 2012, extremo que en modo alguno se comparte. No se trata de un producto nuevo, sino que la orden del 2012 lo que especifica es que se produce una recompra por parte del banco de valores por la que los actores entregan los 77 valores denominados BO. Popular Capital V 2013 y reciben del Banco 77 valores de otros Bonos, solo que estos últimos son deuda subordinada y el 25/11/2015 deben ser canjeados obligatoriamente por acciones del Banco Popular y al cambio de 17'61 € (Documento aportados con la demanda), por lo



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

que se trata de sustituir un producto por otro sin que conste tampoco respecto de esta recompra que los demandantes hubieran recibido la información necesaria y adecuada para apreciar con exactitud qué era lo que contrataban en el momento de la firma de la orden de suscripción, que se trataba de un producto complejo y, sobre todo, cuáles eran los riesgos y la posibilidad de pérdidas por disminución de valor de las acciones que iban a recibir necesariamente en el año 2015, sujetas a las fluctuaciones del mercado.

La SAP de Madrid 29/11/2016 descarta la validación de consentimiento y del contrato con la contratación de los bonos en 2012 en un caso similar al que es objeto del presente procedimiento razonando que *"Considera la apelante que aun de estimarse que medió error en la contratación de los bonos en el año 2011, dicho error fue sanado en enero de 2012 cuando decidió no esperar al vencimiento de los bonos y proceder a su canje voluntario e informado por acciones; sin embargo, esta alegación tampoco puede ser acogida."*

De un lado, la conversión anticipada ha de ser comprendida en el contexto del proceso de fusión entre Banco Popular y Banco Pastor condicionante de la voluntariedad en su conversión de cuyo alcance hace prueba la comunicación de la CNMV de 15 de febrero de 2012 del siguiente tenor:

«[...] la Comisión Nacional del Mercado de Valores comunica que la oferta pública de adquisición formulada por Banco Popular Español, S.A. sobre 272.850.714 acciones que integran la totalidad del capital social de Banco Pastor, S.A., y sobre 2.518.105 obligaciones subordinadas necesariamente convertibles de Banco Pastor, S.A., ha sido aceptada por 263.135.538 acciones y 2.494.026 obligaciones subordinadas necesariamente convertibles, lo que representa, respectivamente, un 96,44% de las acciones y un 99,04% de las obligaciones subordinadas necesariamente convertibles a las que se dirigió la oferta, y el 96,44% del capital de la sociedad afectada.

[...] Asimismo, se informa que Banco Popular Español, S.A. ha comunicado a la CNMV, su decisión irrevocable de exigir la venta forzosa de todas las acciones y obligaciones subordinadas necesariamente convertibles de Banco Pastor, S.A. que no han aceptado la oferta, mediante contraprestación consistente en un canje de valores idéntico al de la oferta pública, habiendo fijado como fecha de la operación de venta forzosa el 7/03/2012.

Para la correcta ejecución de la operación de venta forzosa, Banco Popular Español, S.A. ha solicitado a la CNMV que acuerde la suspensión de negociación en bolsa de todas las

acciones y de las obligaciones subordinadas necesariamente convertibles de Banco Pastor, S.A. desde el día 28/02/2012, incluido, hasta su efectiva exclusión.

Se recuerda que conforme a lo dispuesto en el artículo 48 del referido Real Decreto, la realización de la operación de venta forzosa determinará la exclusión de negociación de la totalidad de las acciones y de las obligaciones subordinadas necesariamente convertibles de Banco Pastor, S.A. que será efectiva a partir de la liquidación de la operación».

De otro, ni la percepción de rendimientos ni el canje de las obligaciones convertibles por acciones implican la aplicación de los términos del artículo 1.311 del Código Civil para dar por subsanado tal vicio en el consentimiento pues no nos encontramos ante dos negocios jurídicos independientes y diferenciados entre sí, sino en un único contrato de inversión de adquisición de obligaciones que se convierten en acciones.

La sanación del vicio del consentimiento exige que quien la padece, conocida la causa de nulidad y habiendo la misma cesado, ejecute un acto propio que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo lo que no acontece en el caso enjuiciado. Como razona la sentencia Tribunal Supremo de 12/1/2015 « La confirmación del contrato anulable es la manifestación de voluntad de la parte a quien compete el derecho a impugnar, hecha expresa o tácitamente después de cesada la causa que motiva la impugnabilidad y con conocimiento de ésta, por la cual se extingue aquel derecho purificándose el negocio anulable de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración ». Y en la sentencia núm. 573/2016, de 19 de julio el Tribunal Supremo resume su doctrina sobre actos posteriores efectuados por el cliente que no sanan el vicio del consentimiento ni se catalogan como actos propios con tal efecto sanador, recordando que « ni la percepción de liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato, ni incluso el encadenamiento de diversos contratos, deben ser necesariamente considerados actos convalidantes del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento, ya que, en las condiciones en que se realizaron, no constituyen actos inequívocos de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria».

Dicha doctrina es igualmente aplicable al caso presente pues la percepción de rendimientos o la conversión de las obligaciones por acciones, en las circunstancias ya expuestas, no depuran el vicio del error con que se emitió el consentimiento en la contratación del producto complejo y de alto riesgo.



Finalmente, entre el contrato de suscripción de obligaciones subordinadas y el posterior canje existe una clara vinculación causal de modo que los efectos de la nulidad de aquellos deben extenderse a esta pues, desaparecida la causa del primer contrato en virtud de la nulidad, desaparecen los presupuestos sobre los que se funda la causa del contrato vinculado a él en aplicación de la doctrina de la propagación de la ineficacia del contrato. Y a esta misma conclusión se llega por aplicación de lo establecido en el artículo 1.208 del Código Civil, al señalar que " la novación es nula si lo fuera también la obligación primitiva, salvo que la causa de nulidad sólo pueda ser invocada por el deudor, o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen" . De tal manera que la relación que extingue, y la que nace por efecto de la novación extintiva están ligadas por una relación de causa a efecto.

En consecuencia, no existe solución de continuidad entre el originario vicio en el consentimiento determinante de la nulidad de la adquisición de las obligaciones subordinadas y el posterior canje, independientemente de la naturaleza y forma en que se produjeron, no pudiéndose por tanto deslindar o diferenciar los respectivos negocios jurídicos."

Todas estas circunstancias permiten apreciar la concurrencia de error como vicio del consentimiento del artículo 1266 del CC con todos los requisitos que dicho precepto y la jurisprudencia exigen para poder apreciar nulo el consentimiento prestado de las órdenes de suscripción y contratos suscritos.

No estamos propiamente a contratos nulos de pleno derecho sino que ha de estimarse la acción de nulidad por error como vicio del consentimiento y no se va a entrar a valorar si efectivamente existió dolo por parte de la entidad financiera a la hora de comercializar el producto por no suministrar información veraz de la entidad en el momento de la contratación, puesto que tal y como fue contratado el producto y tal y como se razona en los párrafos anteriores, la deficiente información suministrada al demandante sobre el producto que iba a contratar y su condición de cliente minorista resulta suficiente para estimar la demanda por apreciación de error como vicio de consentimiento que fundamenta la nulidad del contrato con las consecuencias que se establecen en los artículo 1300 y ss del CC.

Cuarto.- En cuanto a las consecuencias de la declaración de nulidad ha de indicarse que la misma ha de conllevar los efectos previstos en el artículo 1303 del CC, que no son otros que la restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con los intereses, de manera que las partes afectadas por la nulidad,

vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidados (STS 22 de abril de 2005 entre otras muchas), de manera que las partes han de restituirse cada una las prestaciones que hubiera recibido por parte del Banco, el importe de la inversión con los intereses legales a contar desde el efectivo desembolso y hasta su efectiva devolución y por parte de los demandantes la devolución de los rendimientos y/o cupones recibidos (un total de 30.706'65 € brutos, según el Banco en el hecho cuarto de la demanda) y, en su caso, las acciones recibidas con los intereses legales de dichas cantidades a contar desde la fecha de su recepción.

Quinto.- Las costas se imponen a la parte demandada por estimación íntegra de la demanda (artículo 394 de la LEC).

FALLO

SE ESTIMA la demanda presentada por la Procuradora Sra. Queiro García en el nombre y representación invocada y **SE DECLARA** la nulidad de los contratos de suscripción de Bonos Subordinados Convertibles de fecha 6/10/2009 y de fecha 8/5/2012 con todos los efectos inherentes, incluido el canje por acciones operado el 25/11/2015 con lo que procede la devolución recíproca de las prestaciones y **SE CONDENA** al banco demandado a devolver a los actores la suma invertida de 77.000 € más los intereses legales devengados desde las fechas de cargo en cuenta hasta su efectiva devolución, minorados en el importe correspondiente a la rentabilidad satisfecha a los demandantes más el interés legal desde su recepción y la anulación del canje de las acciones recibidas como consecuencia del/los contrato/s el 25/11/2015. Todo ello con imposición de costas a la parte demandada.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de apelación que, en su caso, deberá interponerse ante este mismo Juzgado dentro de los veinte días siguientes a aquél en que se notifique esta resolución. Para la interposición de dicho recurso es necesaria la constitución de depósito en la cuenta de depósitos y consignaciones del Juzgado de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional decimoquinta de la LOPJ y por el importe de 50 €, lo que deberá ser acreditado a la presentación del recurso.

Así lo acuerda, manda y firma, Dña. M. de Luna Taboada Martínez, Magistrada-Juez del Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Santiago de Compostela.