

**JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1
CANGAS DE ONIS**

SENTENCIA: 00091/2018

JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 DE CANGAS DE ONIS

AVDA. DE COVADONGA S/N (33550 - CANGAS DE ONIS)

Teléfono: 985848081, Fax: 985848586

Equipo/usuario: FRM

Modelo: S40000

N.I.G.: 33012 41 1 2018 0000068

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000051 /2018

Procedimiento origen: JVB JUICIO VERBAL 0000051 /2018

Sobre OTROS VERBAL

DEMANDANTE , DEMANDANTE D/ña. ,
Procurador/a Sr/a. IGNACIO DIAZ TEJUCA, IGNACIO DIAZ TEJUCA
Abogado/a Sr/a. , JOSÉ ANTONIO BALLESTEROS GARRIDO
DEMANDADO D/ña. BANCO POPULAR ESPAÑOL
Procurador/a Sr/a. SALVADOR SUAREZ SARO
Abogado/a Sr/a. RAQUEL SARRION ALCANTUD

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 1 DE CANGAS DE ONIS.

JUICIO ORDINARIO 51/2018.

SENTENCIA

En Cangas de Onis a 5 de julio de 2018.

Vistos por Carmen Santos Roy, Juez por sustitución del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Cangas de Onis y su partido judicial, los presentes autos de procedimiento ORDINARIO, registrado con el nº 51/2018 promovido por DOÑA Y DON representados por el Procurador de los Tribunales DON IGNACIO DIAZ TEJUCA y asistidos por el letrado DON JOSE ANTONIO BALLESTEROS GARRIDO contra BANCO POPULAR representado por el Procurador de los Tribunales DON SALVADOR JOSE MARIA SUAREZ SARO y asistido por la Letrado DOÑA RAQUEL SARRION ALCANTUD.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Por DON IGNACIO DIAZ TEJUCA, Procurador de los Tribunales en nombre y representación de se presentó escrito de demanda y demás documentos en base a los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente y que en aras a la brevedad damos aquí por reproducidos, suplicando que, previos los trámites legales, se dicte sentencia acordando anular

la adquisición por los actores de las obligaciones subordinadas emitidas por el mismo Banco por importe de 9.000€ que se ejecutó el 19-10-2011, por lo que el Banco deberá reintegrar a los 5.000€ y a los 4.000€ que les correspondieron tras el divorcio, más sus intereses legales desde la fecha de la compra, y los actores reintegrarán al Banco los intereses que percibieron más sus intereses legales desde cada cobro, sin que sea posible el reintegro de las propias obligaciones subordinadas por su amortización y haber perdido todo su valor; subsidiariamente, condenara al Banco a indemnizar a los actores por la pérdida del capital invertido, 5.000€ a y 4.000€ a , con el interés legal del dinero desde la fecha de esta demanda; subsidiariamente a esta petición de indemnización, si se entendiese que hay que descontar los intereses que percibió por las obligaciones subordinadas, se devengarán intereses legales sobre la cantidad invertida y los intereses a devengar en la misma forma que para el caso de la anulación de la compra. Y condenará en costas al Banco demandado.

SEGUNDO.-Por Decreto de fecha 5 de marzo de dos mil dieciocho se admitió a trámite la demanda y documentación presentada, acordándose se sustanciara el proceso por las reglas del juicio ordinario y se emplazara a la demandada con traslado de la demanda y documentación acompañada, para que la contestara en el plazo de veinte días hábiles con las prevenciones legales pertinentes.

TERCERO.- Por DON SALVADOR JOSE MARIA SUAREZ SARO, Procurador de los Tribunales se contestó a la demanda formulada de contrario en base a los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente y terminó suplicando que tras la sustanciación de las actuaciones oportunas, se dicte sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda, con expresa condena en costas a la parte actora.

CUARTO.-Por diligencia de ordenación de fecha 11 de abril de 2018 una vez cumplidos los plazos y trámites previstos en el artículo 414.1 de la LEC y de acuerdo con lo dispuesto en el mismo, se procedió a convocar a las partes a la audiencia previa al juicio, señalándose para que tuviera lugar el día 18 de mayo de 2018.

QUINTO.- En el día señalado comparecieron las partes, manifestando que no era posible llegar a un acuerdo, ratificando sus escritos de demanda y contestación interesando el recibimiento del juicio a prueba. Recibido a prueba se propusieron como medios por la actora documental consistente en que se tenga por

definitivamente unida la aportada con la demanda y por la demandada los consistentes en documental la aportada con la contestación a la demanda y testifical, medios que fueron declarados pertinentes y admitidos, señalándose fecha para que tuviera lugar el juicio el día 29 de junio de 2018.

SEXTO.—En el día señalado comparecieron las partes, procediéndose a la práctica de la prueba que había sido declarada pertinente y admitida, con el resultado que obra en autos y en soporte apto para la reproducción de la imagen y el sonido, concediéndose, a continuación, la palabra a las partes, por su orden, para que efectuaran breve resumen de las prueba practicadas y conclusiones finales, dándose, acto seguido, por concluido el juicio, quedando las actuaciones pendientes de dictarse la resolución procedente.

SEPTIMO.—En la tramitación de los presentes autos se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.—Reclama la actora la nulidad de la compra de las obligaciones subordinadas al efectuarse por error en cuanto a elementos esenciales de las mismas, error provocado por la demandada sin su culpa, petición que formula al amparo de los artículos 1261, 1262, 1265 y 1266 del Código Civil en relación con los artículos 78 a 79 quater de la ley 24/1988, del Mercado de Valores en su redacción posterior a la Ley 47/2007; 59 a 65 y 72 del R. Decreto 217/2008, entendiendo que concurren todos los requisitos para anular la compra de las obligaciones subordinadas litigiosas: 1º) un error en cuanto a los elementos esenciales de dichos títulos, porque los actores desconocían sus características y los riesgos en cuanto producto híbrido de capital; 2º) el error es excusable, ya que se debió a la información engañosa del director de las sucursal del Banco que recomendó esta operación ocultando sus riesgos y sin que los actores pudiesen conocer por sí mismos sus características y riesgos por su falta de conocimientos y experiencia; el carácter excusable del error viene además presumido por la ausencia de evaluación de idoneidad y confirmado por la comunicación del resultado del test de conveniencia y que conforme al artículo 1303 del Código Civil da lugar a la nulidad y a la restitución recíproca de prestaciones con sus intereses legales.

Subsidiariamente formula una petición de indemnización por responsabilidad contractual con fundamento en los artículos 1101 a 1109 del Código Civil, en relación con los artículos 57 a 259 del Código de Comercio y con los artículos 79 de la Ley

24/1988, del Mercado de Valores en la redacción posterior a la Ley 47/2007 de 19 de diciembre; los artículos 59 a 65 y 72 a 74 de R. Decreto 217/2008, al entender que los incumplimientos del banco dan lugar a responsabilidad contractual y a la condena a la entidad a resarcir a los actores de las pérdidas que sufrieron por la adquisición de las obligaciones subordinadas, concurriendo los elementos para que prospere dicha acción: 1º) un hecho dañoso o negligente del Banco, con infracción del estatuto jurídico del prestador de servicios financieros, al recomendar la contratación de este producto; 2º) un daño económico sufrido por los demandantes, que se concreta en la pérdida total de la cantidad invertida y 3º) la relación de causalidad entre el hecho dañoso y el perjuicio sufrido. Añade que el perjuicio se concreta en la pérdida patrimonial sufrida por la amortización de las obligaciones subordinadas, los 9000€ invertidos.

Se opone la demandada al entender que la estructura del producto contratado por el demandado era clara, siendo la asunción por el inversor de ese riesgo la contrapartida de la alta rentabilidad, pretendiendo desplazar al acción que ejercita el riesgo al banco, que el banco fue afectado por un proceso de resolución que se ordenó e implementó el 7 de junio de 2017, por lo que las obligaciones subordinadas suscritas por el demandante fueron convertidas en acciones y posteriormente vendidas, dejando el cliente, al igual que todos los demás inversores de esa condición, de ser tenedor de esos títulos, añadiendo que el demandante, que pudo vender sus obligaciones en el mercado secundario en cualquier momento, mantuvo sus títulos, asumiendo el riesgo asociado al empeoramiento de la situación de la entidad emisora de las obligaciones. En consecuencia que las dos acciones que se ejercitan deben ser desestimadas, estando caducada la acción de anulabilidad entendiendo que ha transcurrido más de cuatro años entre el dies a quo y la presentación de la demanda, siendo el momento de la consumación del contrato a finales de 2011, que el banco informó debidamente a los actores del riesgo típico y consustancial a la naturaleza de las obligaciones subordinadas, que el error no recaería en ningún caso sobre un elemento esencial, los actores declararon ser conscientes de los riesgos inherentes al producto de inversión y respecto a la acción indemnizatoria no puede prosperar porque se refiere a un supuesto incumplimiento anterior a la celebración del contrato, mientras que el contractual tiene que ser posterior a su celebración, y tampoco cabe porque trata de burlar los efectos del transcurso del plazo de caducidad de la acción de anulabilidad por error, además de estar prescrita por aplicación del plazo de tres años previsto en el artículos 945 del Código de Comercio, no existió incumplimiento, ni daño, ni nexo causal.

Insiste en que el actor tenía experiencia previa en la contratación de múltiples productos financieros de diferente naturaleza y riesgo, el demandante conocía porque se le informó y por ser públicas las circunstancias en las que se produjo la emisión de obligaciones subordinadas, se le advirtió expresamente del riesgo, se le advirtió de que la mayoría de las principales agencias internacionales de rating avisaban de la "perspectiva negativa" a la que se enfrentaba el banco, la CNMV supervisó, aprobó y registró el folleto sin formular objeción alguna, se registró en registro administrativo y fue puesto a disposición del público, se mantuvieron sesiones informativas previas, se le entregó el tríptico informativo y el actor decidió suscribir, tras la emisión de las obligaciones subordinadas de 2011 comunicó el banco a los titulares la información sobre su situación y en concreto de la evolución de la cotización de las obligaciones subordinadas tras la contratación.

SEGUNDO.- Por lo que se refiere a la acción que se ejercita orientada a la declaración de nulidad de la contratación ex artículo 1.300 CC en conexión con los artículos 1265 y 1266 CC, es necesario destacar como la demandada alega la excepción de caducidad, al estarse ejercitando una acción de anulabilidad o nulidad relativa y no una acción de nulidad o inexistencia que comprendería los supuestos en que falta alguno de los elementos esenciales del contrato que enumera el artículo 1261 del Código Civil o el mismo se celebre vulnerando una norma imperativa o prohibitiva la cual es imprescriptible, reservándose la primera para aquellos supuestos en que en la formación del consentimiento de los otorgantes ha concurrido cualquiera de los llamados vicios de la voluntad (error, violencia, intimidación o dolo) y que a tenor de lo dispuesto en el artículo 1301 del Código Civil " la acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr:

En los casos de intimidación o violencia, desde el día en que éstas hubieren cesado.

En los de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato."

El problema se centra en determinar el dies ad quo de inicio del plazo de caducidad, al considerar la demandada que la consumación se produce cuando ocurra cualquier circunstancia que permita tener conocimiento del vicio que en su caso se pudiera haber experimentado, lo cual resulta indiscutible cuando se tiene conocimiento de alguna circunstancia negativa relacionada con la inversión y ese momento lo fue cuando percibió el interés del primer trimestre posterior a la contratación (un 8,25% anual, claramente superior al de un depósito a plazo fijo garantizado) y en todo caso al recibir la información referida a la cotización del producto en el mercado secundario a finales del año 2011 que revelaba que era inferior al importe nominal

invertido, sin embargo la actora considera que la consumación no tuvo lugar hasta que no fue consciente del error y ello tuvo lugar el día 6 de junio de 2017 cuando se habían agotado las fuentes de liquidez, lo que implicaba la imposibilidad de que el banco hiciese frente a sus obligaciones de pago con depositantes y acreedores, por lo tanto las acciones en las que se convirtieron las obligaciones subordinadas se vendieron al banco Santander y consecuencia de ello el demandante dejó de ser tenedor de aquellos títulos.

Decimos que la planteada se trata de una cuestión resuelta ya por el Tribunal Supremo en la Sentencia del Pleno 769/2014, de 12 de enero de 2015, ratificada por la de 7 de julio de 2015. La doctrina que fija sobre el artículo 1301 del Código Civil es la siguiente: "al interpretar hoy el artículo 1301 CC en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario de inversión por consecuencia de un vicio de consentimiento, no puede obviarse el criterio interpretativo relativo a " la realidad social del tiempo en que las normas han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquella", tal como establece el artículo 3 del CC...

...En la fecha en el que el artículo 1301 fue redactado la escasa complejidad que, por lo general caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio de consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la "actio nata", conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción salvo expresa disposición que establezca lo contrario no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o se puede tener cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho Europeo de los contratos.

Por tanto no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como lo es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento.

Por ello en relaciones contractuales complejas como lo son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros 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 la liquidación de beneficios o devengo de interés, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordados 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 conocimiento viciado por el error”

Dicha doctrina es reiterada por otra sentencia como la de 20 de diciembre de 2016 en relación con las obligaciones preferentes.

Por lo tanto en el caso de autos, no podemos considerar el percibir intereses como término inicial puesto que esto no facilita información del productos, ni tampoco existe constancia de la recepción de la información que se dice fue remitida al actor, y que, en su caso, este la comprendiera y le diera el alcance pretendido, además no es un hecho relevante que debiera llevarle a tomar conocimiento de los riesgos asociados al producto. Por el contrario entendemos, tal y como lo hace el actor, que el hecho a tener en consideración es la conversión de las obligaciones en acciones y su posterior venta al Banco Santander en junio de 2017 y esta es la fecha de la que debemos partir para el cómputo del plazo, por lo tanto la acción no ha caducado.

TERCERO.- En primer lugar. Respecto a las obligaciones subordinadas el T.S. las ha caracterizado en su sentencia de 25 de febrero y 30 de septiembre de 2016 de la siguiente manera: “En términos generales se conoce como deuda subordinada a unos títulos valores de renta fija con rendimiento explícito, emitidos normalmente por entidades de crédito, que ofrecen una rentabilidad mayor que otros activos de deuda. Sin embargo, esta mayor rentabilidad se logra a cambio de perder capacidad de cobro en caso de insolvencia o de extinción y posterior liquidación de la sociedad ya que está subordinado el pago en el orden de prelación en relación con los acreedores ordinarios (en caso de concurso, art.92.2 Ley Concursal). A diferencia de las participaciones preferentes, que suelen ser perpetuas, la deuda subordinada suele tener fecha de vencimiento. El capital en ningún caso está garantizado y estos bonos no están protegidos por el Fondo de Garantía de Depósitos. Básicamente la regulación de las obligaciones subordinadas que pueden emitir las entidades de crédito se recoge en la Ley 13/1985 de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de información de los Intermediarios Financieros y en el Real Decreto 1370/1985. Las características son las siguientes: a) A efectos de prelación de créditos, las obligaciones subordinadas se sitúan detrás de los acreedores comunes, siempre que el plazo original de dichas financiaciones no sea inferior a 5 años y el plazo nuevamente hasta su vencimiento no sea inferior a 1 año b) No podrán contener cláusulas de rescate, reembolso o amortización anticipada ejecutables a voluntad del deudor c) se permite su convertibilidad en acciones o participaciones de la entidad emisora, cuando ello sea posible y pueden ser adquiridos por

la misma al objeto de la citada conversión d) el pago de los intereses se suspenderá en el supuesto de que la entidad de crédito haya presentado pérdida en el semestre natural anterior. 2. Por tanto, las obligaciones subordinadas tienen rasgos similares a los valores representativos del capital en su rango jurídico, ya que se postergan detrás del resto de acreedores, sirviendo de última garantía, justo delante de los socios de la sociedad, asemejándose a las acciones en dichas características de garantía de los acreedores. Tras la promulgación de la Ley 47/2007, este producto financiero se rige por lo previsto en los artículos 78 bis y 79 bis LMV y en el R.D. 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios".

En consecuencia, decimos que las subordinadas dejan de ser un valor para convertirse en instrumento de inversión de máximo riesgo carente de liquidez, rentabilidad y seguridad y sus notas características, en una primera aproximación general, indican que no son un instrumento apto como producto de inversión para clientes minoristas.

Son un producto complejo de máximo riesgo, que no se integra dentro de lo que el artículo 79 bis 8 a) califica como valores no complejos, a los efectos de la obligación de prestar información, sobre los mismos, por parte de la entidad emisora o intermediaria financiera como son por un lado, los valores típicamente desprovistos de todo riesgo y las acciones cotizadas como valores ordinarios, éstas en cuanto el riesgo es de general conocimiento y por otro lado el artículo 79 de la Ley de Mercado de Valores que considera valores no complejos aquellos que cumplan las siguientes condiciones:

1-Que existan posibilidades frecuentes de venta, reembolso u otro tipo de liquidación a precios públicamente disponibles para quienes operen en el mercado, siendo estos precios bien los de mercado, o bien precios ofrecidos o validados, por sistemas de evolución independientes del emisor.

2- Que no impliquen pérdidas reales o potenciales para el cliente que excedan del coste de adquisición del instrumento.

3- Que exista a disposición del público información suficiente sobre sus características, debiendo ser dicha información comprendida de modo que permita a los clientes minoristas medios para poder emitir un juicio fundado para decidir voluntariamente y con toda la información a su alcance, si realizan o no la operación.

En segundo lugar hemos de referirnos al derecho a la información, y siguiendo literalmente diversas resoluciones al respecto (Audiencia provincial de Asturias, Sección 5ª) decimos que tal derecho en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básico para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad tanto es lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar a los

sujetos que intervienen en él (el cliente bancario), principalmente, a través tanto de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación contractual exigible. En este sentido es obligada la cita del 48.2 de la LDIEC 26/1988 de 29 de julio y su desarrollo, pero la que real y efectivamente conviene al caso es la Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores al venir considerada por el Banco de España y la C.M.V. incurso la operación litigiosa dentro de su ámbito (mercado secundario de valores, futuros y opciones y operaciones financieras). Examinada la normativa del mercado de valores sorprende positivamente la protección dispensada al cliente dada la complejidad de ese mercado el propósito decidido de que se desarrolle con transparencia pero sorprende, sobre todo, lo prolijo del desarrollo normativo sobre el trato debido de dispensar al cliente, con especial incidencia en la fase precontractual.

Este desarrollo ha sido tanto más exhaustivo con el discurrir del tiempo y así se el artículo 79 de la L.M.V., en su redacción primitiva, establecía como regla cardinal del comportamiento de las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente cuidando de los intereses del cliente como propios (letras I.A. y I.C), el R.D. 629/1993 concretó, aún más, desarrollando, en su anexo, un código de conducta, presidida por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que aquí interesa, adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (artículo 4 del Anexo 1), como frente al cliente (artículo 5) proporcionándole toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquel de la decisión de inversión "haciendo hincapié en todos los riesgos que cada operación conlleva" (artículo 5.3).

Dicho Decreto fue derogado pero la Ley 47/2007 de 19 de Diciembre, por la que se modifica la Ley del Mercado de Valores, continuó con el desarrollo normativo de protección del cliente introduciendo la distinción entre clientes profesionales y minoristas, a los fines de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros (artículo 78 bis); reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el artículo 79 bis, regulando exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, incluidos los potenciales; entre otros extremos, sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece a los fines de que el cliente pueda "tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa" debiendo incluir la información las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias, no sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus

objetivos, recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencia financiera y aquellos objetivos (artículo 79, bis n.º 3, 4, 6 y 7) (evaluación de la conveniencia y de la idoneidad)

Luego el R.D. 217/2008 de 15 de febrero sobre el Régimen Jurídico de las Empresas de Servicios de Inversión no ha hecho más que insistir, entre otros aspectos, en este deber de fidelidad y adecuada información al cliente, tanto en fase precontractual como contractual (artículos 60 y siguientes, en especial 62 y 64 sobre la información relativa a los instrumentos financieros).

Naturalmente, a la entidad bancaria demandada no es exigible un deber de fidelidad al actor, como cliente, interponiendo el interés de éste al suyo o haciéndolo propio. Tratándose de un contrato sinalagmático, cada parte velará por el suyo propio pero eso no quita para que pueda y deba exigirse a la entidad bancaria un deber de lealtad hacia su cliente conforme a la buena fe contractual (artículo 7 Código Civil), singularmente en cuanto a 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.

En el mismo sentido respecto al deber de información, lo expuesto por la Audiencia Provincial de Pontevedra en sentencia dictada en el recurso nº 50/10 y es que la ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, en su artículo 48-2, con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito, siquiera en términos de mera generalidad, sienta como una de las bases que deben presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela que los correspondientes contratos se formalicen por escrito debiendo los mismos reflejar de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contratados por las partes contratantes y los derechos de las mismas ante las eventualidades propias de cada clase de operación.

Sin que tampoco sea dable el olvidar que en relación a las condiciones generales de los contratos, la Ley 7/1998, de 13 de abril, rechaza todas aquellas que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, al punto de poder ser decretada su nulidad de pleno derecho si ocasionaran un perjuicio a la parte adherente del contrato.

Por su parte 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, en su artículo 2 viene a establecer como comprendidos dentro de su ámbito una serie de instrumentos financieros, entre los que se encuentra el litigioso con independencia de la forma en que se liquiden y aunque no sean objeto de negociación en un mercado secundario, oficial o no. Pasando a exigir en sus artículos 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, (artículos 62, 64, 72, 73) 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 que las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes todo tipo de 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 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.

En tercer lugar, decimos que entre los requisitos esenciales de todo contrato que establece el artículo 1261 del Código Civil, se halla el consentimiento de los contratantes, que se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato, conforme al artículo 1262 del mismo Código y que será nulo según establece a su vez el artículo 1265 de dicho texto legal, si se hubiera prestado por error, violencia, intimidación o dolo. La formación de la voluntad negocial y la prestación de un consentimiento libre, válido y eficaz exige necesariamente haber adquirido plena conciencia de lo que significa el contrato que se concluye y de los derechos y obligaciones que en virtud del mismo se adquieren, lo cual otorga una importancia relevante a la negociación previa y a la fase precontractual, en la que cada uno de los contratantes debe poder obtener toda la información necesaria para valorar adecuadamente cual es su interés en el contrato proyectado y actuar en consecuencia, de tal manera que si llega a prestar su consentimiento y el contrato se perfecciona lo haga convencido de que los términos en que éste se concreta responden a su voluntad negocial y es plenamente conocedor de aquello a lo que se obliga y de lo que va a recibir a cambio.

Añadimos que para que el error propio invalide un contrato, según reiterada jurisprudencia, ha de recaer sobre la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración, de modo que se revele su esencialidad, que no sea imputable a quien lo padece y un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado y que sea inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular. Según la doctrina habrán de tenerse en cuenta las circunstancias de toda índole que concurran en el caso de ambos contratantes, requisito que trata de impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente.

CUARTO.- Expuesto lo anterior y en relación, a la correcta información por parte de la demandada y a la concurrencia o no del error sufrido por el actor en la formación del consentimiento prestado para la formalización del contrato, hemos de analizar la prueba practicada (documental y testifical) y así de una valoración conjunta de la misma podemos adelantar que, tratándose el producto objeto de contratación de un instrumento financiero complejo y de riesgo, la información acerca de la naturaleza jurídica y características del mismo, fue deficitaria, sesgada y parcial, por lo tanto ni suficiente, ni precisa, ni adecuada y que dicha información incompleta produjo error en el actor ya que no adquirió plena conciencia de lo que significaba el contrato que se concluyó y los derechos y obligaciones que en virtud del mismo asumió, no siendo cierto que una persona con una formación académica elemental puede comprender la naturaleza del producto y en que consisten las obligaciones subordinadas, siendo un producto financiero cuya configuración alcanza cierto grado de complejidad, y que para su comprensión y correcta valoración se requiere una formación financiera claramente superior a la que posee la clientela bancaria en general, se trata, además, de un producto que debe ser ofrecido con el soporte informativo necesario, de manera tal que las entidades financieras estén en condiciones de acreditar que, con anterioridad a la formalización de la operación, se ha facilitado al cliente un documento informativo sobre el instrumento de cobertura ofrecido en el que se indiquen sus características principales SIN OMISIONES SIGNIFICATIVAS, considerándose, en caso contrario, que su actuación sería contraria a los principios de claridad y transparencia que inspiran las buenas prácticas y usos financieros, porque entre la clientela tradicional conocedora de los productos típicamente bancarios que han venido siendo comercializados tradicionalmente por las entidades bancarias en nuestro país, resulta lógicamente difícil de comprender el alcance económico que en determinadas circunstancias pueden tener, movimientos

bruscos en los mercados, situaciones de crisis etc... y porque las entidades antes de formalizar la contratación de estos productos deben cerciorarse de que sus clientes son conscientes de circunstancias tales como que lo que suscriben es un producto con cierto matiz aleatorio, híbrido, complejo, que no constituye un depósito bancario y que no se incluye entre las garantías del Fondo de Garantía de Depósitos, que el capital no está garantizado y que la mayor rentabilidad se logra a cambio de perder capacidad de cobro en caso de insolvencia o de extinción y posterior liquidación de la sociedad ya que está subordinado el pago en el orden de prelación en relación con los acreedores ordinarios, que son valores con un riesgo elevado, que puede generar pérdidas en el nominal invertido, que aunque el inversor pueda venderla puede que ello no sea con carácter inmediato porque no hay garantías de que vaya a producirse una negociación activa en el mercado,

Añadimos respecto a la influencia de la deficiente y parcial información prestada, por parte de la demandada, acerca de las características del producto financiero ofrecido y contrato suscrito por el demandante, en orden a la posible apreciación de un vicio de consentimiento en éste último determinante de una situación de nulidad contractual, las consideraciones realizadas en la sentencia del JPI, nº 6 de Gijón, de fecha 21-1-2010, del siguiente tenor: "la formación de la voluntad negocial y la prestación de un consentimiento libre, válido y eficaz exige necesariamente haber adquirido plena conciencia de lo que significa el contrato que se concluye y de los derechos y obligaciones que en virtud del mismo se adquieren, lo cual otorga una importancia relevante a la negociación previa y a la fase precontractual, en la que cada uno de los contratantes debe poder obtener toda la información necesaria para poder valorar adecuadamente cual es su interés en el contrato proyectado y actuar en consecuencia, de tal manera que si llega a prestar su consentimiento y el contrato se perfecciona lo haga convencido de que los términos en que éste se concierta responden a su voluntad negocial y es plenamente conocedor de aquello a lo que se obliga y de lo que va a recibir a cambio.

Si ello debe ser así al tiempo de celebrar cualquier tipo de contrato, con mayor razón, si cabe, ha de serlo en el ámbito de la contratación bancaria y con las entidades financieras en general, que ha venido mereciendo durante los últimos años una especial atención por parte del legislador, estableciendo códigos y normas de conducta y actuación que tienden a proteger, no únicamente al cliente consumidor, sino AL CLIENTE EN GENERAL, en un empeño por dotar de claridad y transparencia a las operaciones que se realizan en dicho sector de la actividad económica, en el que concurren, no sólo comerciantes más o menos avezados, sino todos los ciudadanos que de forma masiva celebran contratos con

bancos y otras entidades financieras, desde los más simples, como la apertura de una cuenta, a los más complejos, como los productos de inversión con los que se pretende rentabilizar los ahorros, saliendo al paso de ese modo de la cultura del "donde hay que firmar" que se había trasladado a este ámbito, presidido por las condiciones generales.

QUINTO.- En el caso objeto de enjuiciamiento, de la testifical practicada al director de la sucursal demandada cuando se comercializó el producto, a preguntas de la actora, se ha puesto de manifiesto que " "conocía a porque tiene restaurante y apartamentos, que a no la ha tratado, que desconoce si tiene estudios universitarios, que tampoco sabe si los tenía , que dicho producto no se suele recomendar, que cuando se comercializa hay una emisión y tiene un encargo de su superior, que el no coloca, que el ofrece a los clientes la gama de productos, el no recomienda, dice posibilidades, que no sabe si hubo test de idoneidad, que no sabe si superó el test, que no recuerda la conversación, no recuerda la comercialización, ni el test, ni el resultado, ni las preguntas del test, que no sabe si había test, que tenía que haberlo aportado la sociedad, que no le dijo la situación del banco, que desconocía que hubiera insolvencia, ni la situación del banco, que no le comunicó la calificación del producto como bono basura, que el entregaba el tríptico no el folleto" respondiendo a la parte que lo propone " que recuerda a los clientes, que no se comercializó como depósito, que se explicaba que era un producto que dependía de la viabilidad del banco, no es depósito, no cubierto por fondo de garantía de depósito, que no recuerda la venta al cliente que tiene que explicar que hay varios riesgos, plazo largo 10 años, que podría haber una pérdida, que no recuerda la venta pero si sabe que el cliente tuvo fondos de inversión..." y decimos que es una declaración vaga e imprecisa, puesto que no recuerda lo fundamental, ni tampoco desvirtúa la versión expuesta en la demanda, por mucho que se pretenda justificar la debida información suministrada y el perfecto conocimiento por el cliente, con los documentos nº3 a 5 que se incorporan a la demanda, tampoco de dicha declaración se desprende que se hiciera test de conveniencia, (no se aporta, ni se recuerda), que para el supuesto de que se hubiera hecho el resultado fue negativo y a pesar de ello se siguió con la contratación, acreditado que todos los documentos que se presentan se firmaron el mismo día, que tampoco se hizo test de idoneidad, que no se facilitó folleto, únicamente un tríptico que no fue entregado con anterioridad a la firma, que no hubo sesiones informativas previas, que ni siquiera acudió a la sucursal, que el documento nº3 no refleja que documentos, en su caso, se les entregó y que cuales son los riesgos que comprendieron y asumieron y en cualquier caso no

excluiría la concurrencia de error dada la generalidad de los términos, el resumen está redactado en forma compleja, con términos incomprensibles, el propio tríptico dice que antes de decidir la inversión ha de leerse el resumen como introducción al folleto y la decisión debe estar basada en la consideración por parte del inversor del folleto en su conjunto, por lo tanto insistimos en que no se le ofrece la información expuesta en los anteriores fundamentos de derecho, de relevante transcendencia en orden a la formación de la voluntad negocial y a la decisión de prestar consentimiento a la contratación del producto financiero de litis. Por otro lado se presume que el producto se le vende al actor como si se tratara de un plazo fijo, con un buen interés, con total disponibilidad desde el primer momento, garantizado al 100% y sin riesgo y que efectivamente concurrió error en la actora por falta de la debida información, firmándose el contrato a iniciativa de la entidad, que elaboró y presentó a la firma, colocándose el banco en cierta posición de preeminencia frente al cliente, carente de la información y de estructura que posee la entidad financiera para valorar la oportunidad del cambio, siendo evidente que el banco ostentaba su propio interés en el contrato, lo cual obedece a un previo estudio del mercado y estas previsiones y ese conocimiento previo que sirve a un pronóstico más o menos fiable de futuro, configura el riesgo propio de la operación, pero no fue esta información la que se puso en conocimiento del cliente antes de contratar, limitándose la información sobre el riesgo a advertencias insuficientes o a decir que no existía, sin que se explique el producto de forma sencilla y clara, no consta información precontractual, limitándose a entregar unos papeles para que los firmara su esposa, respecto al tríptico si bien se entregó no hay constancia de que hubiera entendido lo que en el se dice, por otro lado en el test de conveniencia, del que no tenemos constancia de que se hiciera, el resultado era que el producto no era conveniente para el nivel de conocimiento del actor y aun así se contrata, (el testigo ni siquiera sabe la formación académica de los contratantes) así en la SAP de Asturias de 15 de marzo de 2013 se expone 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 cuando no lo sea, debiendo ser la información exacta y no destacar los beneficios potenciales de un servicio de inversión o de un instrumento financiero sin indicar también los riesgos pertinentes, de manera imparcial y visible, la información será suficiente y se presentará de forma que resulta comprensible para cualquier integrante medio del grupo al que se dirige o para sus probables destinatarios y no ocultará, encubrirá o minimizará ningún aspecto, declaración o advertencia

importantes. Añade, por otro lado y respecto a que los contratos contengan la mención de que el particular haya sido informado, que no significa, sin embargo, que se haya prestado al consumidor, cliente o inversor minorista la preceptiva información, no constituyendo una presunción "iuris et de iure" de haberse cumplido esa obligación, ni de que efectivamente se conozcan los riesgos, recordando la legislación sobre protección de consumidores y usuarios, que fija como abusivas "las declaraciones de recepción o conformidad con hechos ficticios, por lo que la falta de una información precisa, que la entidad no ha acreditado de la prueba de la que se ha servido en autos ofreciera, correcta y adecuada y que ésta estaba obligado a proporcionar, acerca del producto suscrito por la actora, así como el alcance de las obligaciones y del riesgo asumido por la misma, llevando la entidad siempre la iniciativa y no informando al cliente de los elementos esenciales del contrato, firmando el cliente a su sugerencia, confeccionando los contratos y sometiénolos a su firma, conlleva a tener por concurrentes los presupuestos de existencia del error excusable en la actora sobre la esencia de los negocios contratados con aptitud suficiente para invalidar su consentimiento, siendo especialmente relevante la desinformación, estando en la creencia la actora de que lo contratado siempre fue un plazo fijo, ni tampoco significa, a nuestro juicio, su conocimiento el hecho de que liquidaciones positivas se produjeran en la cuenta de la actora porque dichos abonos no dejaban de ser lo esperado en base a la información que le dieron ni impida la pretensión que se postula, puesto que la nulidad conlleva deshacer los efectos del producto desde su inicio, debiendo devolver lo percibido ambas partes contratantes, ni tampoco obsta a entender dicha falta de información el que la actora hubiera adquirido otros productos porque no significa que los conociera, procediendo, por lo expuesto y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1300 y siguientes del Código Civil, declarar la nulidad.

Al estimarse la acción principal no es preciso entrar en el estudio de la subsidiaria.

SEXTO.- Consecuencia de la declaración anterior, es que deben las partes proceder a la recíproca restitución de prestaciones derivadas de las obligaciones subordinadas. En cuanto al devengo de los intereses, procede su devengo desde la fecha de contratación del producto, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1.303, 1307 del Código Civil, así como la STS de 23 de noviembre de 2011 y ello porque es la forma 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.

SEPTIMO.-En cuanto a costas, artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al ser la estimación de la demanda total procede que las causadas a la demandada se le impongán.

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

FALLO.

Que estimando la demanda formulada por DON IGNACIO DIAZ TEJUCA, Procurador de los Tribunales en nombre y representación de DOÑA

Y DON
contra EL BANCO POPULAR ESPAÑOL, representado por el Procurador de los Tribunales DON SALVADOR JOSE MARIA SUAREZ SARO, debo declarar y declaro haber lugar a la misma y en consecuencia:

-Debo declarar nula la adquisición por los actores de las obligaciones subordinadas emitidas por el Banco Popular Español por importe de 9000€ que se ejecutó el día 19-10-2011.

-Debo condenar a la demandada a que reintegre a DOÑA 5000€ y a DON 4.000€ cantidades que les correspondieron tras su divorcio, más sus intereses legales desde la fecha de la compra y los mencionados reintegraran al Banco los intereses que percibieron más sus intereses legales desde cada cobro, sin que sea posible el reintegro de las propias obligaciones subordinadas por su amortización y haber perdido todo su valor.

-Debo condenar en costas a la demandada.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que no es firme y que podrán interponer frente a la misma recurso de apelación en el plazo de veinte días desde su notificación.

Llévese el original de esta resolución al libro de sentencias, dejándose testimonio suficiente en autos.



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

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Juez que la suscribe estando celebrando audiencia pública. **DOY FE.**

