ADMINISTRACION DE JUSTICIA

PROCEDIMIENTO: JUICIO ORDINARIO Nº 203/2016.

SENTENCIA nº

En Palma de Mallorca, a 26 de julio de 2016.

Vistos por doña Irene Partida Barreto, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 14 de Palma, los presentes autos de juicio ordinario seguidos con el número 203/2016 entre:

Demandante: Don G , don doña C y doña , representados por la procuradora de los tribunales doña y asistidos por el letrado don Alvaro Azcárraga Gonzalo.

Demandada: La entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A, representada por el procurador de los tribunales don y asistida por el letrado don

Objeto: Reclamación de cantidad.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por la procuradora de los Tribunales doña en la representación indicada, mediante escrito de fecha 3 de marzo de 2016 se presentó demanda de juicio ordinario con base en los siguientes hechos:

1º En octubre de 2009 le fue propuesto al padre de los actores por el banco el realizar una inversión en un producto seguro y carente de riesgo alguno, en el que depositar parte de sus ahorros, siendo el producto "Bonos del Banco Popular".

2º Don J tenía 80 años en el momento de la inversión, no tenía estudios ni conocimientos financieros, siendo comercial de profesión en el sector textil. Se trataba por tanto de un inversor minorista.

3º Don J suscribió en fecha 2 de octubre de 2009 75 títulos del producto estructurado "Bonos Popular Capital Con. V. 2013" con un valor nominal de 75.000 euros, y que presentaba los siguientes riesgos: conversión obligatoria en acciones, riesgo de conversión anticipada, riesgo de no percepción de las remuneraciones, carácter subordinado de los bonos, riesgo de mercado, ausencia de derechos de suscripción preferente y riesgo de liquidez.

4º Ante el desastre de la caída de la cotización de sus acciones, la entidad demandada se vio presionada a posponer en el año 2012 el canje de sus bonos de acciones, por lo que en el año 2012 ofreció a sus clientes la posibilidad de canjear sus bonos por otros idénticos pero que vencerían en noviembre de 2015.

5º El 25 de noviembre de 2015 llegó la fecha de vencimiento final y consiguiente canje del producto por acciones, todo ello valorando el precio de las acciones a un precio inusitado de

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

17,69 euros por acción en un momento en el que cotizaban oficialmente a 3,38 euros, conllevando que los clientes sufrieran una pérdida del 81% quedando su inversión inicial de 75.000 euros valorada en 9.284,50 euros.

Tras alegar los fundamentos de derecho que estimó de aplicación terminaba solicitando que se dictara sentencia por la que:

1° Se declare la nulidad de la orden de compra de bonos suscrita el 2 de octubre de 2009 entre don [redacted] Banco Popular Español S.A, así como la nulidad de sus posteriores canjes en los años 2012 y 2015, por el manifiesto error en el consentimiento que padecieron.

De conformidad con lo anterior condene a Banco Popular Español S.A a abonar a los actores la cantidad de 75.000 euros que se corresponde con la cantidad principal inicialmente invertida a la que habrá de restársele el importe de los cupones abonados así como sumársele los intereses legales generados por dicha cantidad.

2° Condene a Banco Popular Español S.A.

Segundo.- Admitida a trámite la demanda por decreto de fecha 16 de marzo de 2016 se emplazó a la demandada y en su representación compareció el Procurador don [redacted], quien presentó escrito de contestación a la demanda en el que, resumidamente alegaba los siguientes hechos:

1° Falta de legitimación activa.

2° Caducidad de la acción, en cuanto que en junio de 2010 se le informó que la cotización de los Bonos Popular Capital Conv V. 2013 había bajado a 97,886%.

3° El suscriptor y sus herederos han percibido intereses por un importe de 22.553,71 euros, siendo perfectamente conocedor del producto que contrataba habiendo obtenido ganancias superiores a las usuales durante más de cinco años.

4° No se ha producido pérdida alguna en cuanto que la misma en su caso sólo se producirá con la venta de dichos activos.

5° Al haber confirmado su acto canjeando los BSNC I/2009 por los bonos BSOC II72012 y convertirlos posteriormente en acciones de Banco Popular Español S.L la parte actora habría sanado el supuesto error cometido.

6° No es posible declarar la nulidad ni resolver un contrato ya vencido, no estando ya los bonos en poder de los actores al haberse convertido en acciones.

7° La demandada no realizó labor de asesoramiento personalizado, limitándose a ejecutar la orden de valores.

8° La entidad demandada realizó el test de conveniencia y además entregó al suscriptor las condiciones generales para la prestación de servicios de inversión, información sobre los instrumentos financieros ofrecidos por Grupo Banco Popular y el tríptico resumen del folleto explicativo.

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Tercero.- El día 25 de mayo de 2016 se celebró la audiencia previa a la que comparecieron ambas partes. Fijados los hechos controvertidos, la parte actora propuso como medios de prueba la documental acompañada con el escrito de demanda y la parte demandada propuso la documental acompañada con el escrito de contestación a la demanda, más documental y testifical de doña y doña . Todos los medios de prueba fueron admitidos a excepción de la más documental.

Cuarto.- El juicio se celebró el día 21 de julio de 2016 en la Sala de Audiencias de este Juzgado, en el que se practicaron todos los medios de prueba con el resultado que obra en autos a excepción de la testifical de doña al haber renunciado a ella la parte que la propuso, y tras formular ambas partes oralmente sus conclusiones quedó el juicio visto para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Pretensiones de las partes.

Por la parte actora se ejercita como acción principal la declaración de nulidad de la orden de compra de bonos suscrita el 2 de octubre de 2009 entre don J y la entidad demandada así como la nulidad de sus posteriores canjes en los años 2012 y 2015, por el manifiesto error en el consentimiento que padeció. Subsidiariamente ejercita una acción de responsabilidad contractual.

Todas las acciones tienen una misma base cual es el haber sido ofrecido y suscrito el contrato sin la suficiente diligencia, información y transparencia.

La parte demandada se opone alegando la falta de legitimación activa, la caducidad de la acción ejercitada, la inexistencia de asesoramiento, la inexistencia de vicio del consentimiento, el cumplimiento de la normativa vigente y la existencia de actos propios.

Segundo.- Naturaleza jurídica de los bonos convertibles.

El Tribunal Supremo en sentencia de fecha 17 de junio de 2016 ha señalado que *"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."

Tercero.- Falta de legitimación activa.

Alega la parte demandada la falta de legitimación de los actores para impugnar por error en el consentimiento dos órdenes de suscripción de bonos en los que nunca fueron partes.

El artículo 1.302 del Código Civil establece que "Pueden ejercitar la acción de nulidad de los contratos los obligados principal o subsidiariamente en virtud de ellos."

El artículo 1.257 del mismo texto legal establece que "Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de ley."

Y el artículo 659 también del Código Civil establece que "La herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan por su muerte."

De lo anterior se desprende que la condición de heredero atribuye a quien lo es la sucesión en todos los derechos que no se extinguen con la muerte.

El derecho a impugnar un contrato por vicio en el consentimiento no se extingue con la muerte por lo que se transmitió a los herederos del Sr. [redacted] hoy actores, de modo que procede desestimar la alegación de falta de legitimación activa.

Cuarto.- Caducidad de la acción de nulidad.

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Alega también la parte demandada la caducidad de la acción de nulidad afirmando que cuando se remitió en el primer semestre del año 2010 la información fiscal al Sr. en la que se hacía constar que la cotización de los "BO. POPULAR CAPITAL CONV V. 2013" había bajado a 97,886% el mismo ya sabía que el importe de los mismos se había reducido de 75.000 euros a 73.414,50 euros, de modo que en ese momento tuvo conocimiento de la realidad de lo contratado, momento en el que el error desaparece.

La parte actora ejercita con carácter principal una acción de nulidad alegando la existencia de un vicio del consentimiento al amparo del artículo 1.300 del Código Civil, supuesto por tanto de anulabilidad por vicio del consentimiento y no de nulidad radical por inexistencia del mismo.

Para el ejercicio de esta acción de nulidad el artículo 1.301 del Código Civil establece un plazo de cuatro años y así establece que "La acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr: En los de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato", esto es, cuando se haya producido el completo cumplimiento de las prestaciones por ambas partes.

El Tribunal Supremo en la sentencia de pleno de 12 de enero de 2015 ha señalado 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).*

Y respecto de los contratos de tracto sucesivo, declara la citada sentencia núm. 569/2003 :

« Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó que "el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo", y la sentencia de 20 de febrero de 1928 dijo que "la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra elplazo durante el cual se concertó" ».

4.- El diccionario de la Real Academia de la Lengua establece como una de las acepciones del término "consumar" la de « ejecutar o dar cumplimiento a un contrato o a otro acto jurídico ». La noción de " consumación del contrato" que se utiliza en el precepto en cuestión ha de interpretarse buscando un equilibrio entre la seguridad jurídica que aconseja que la situación de eficacia claudicante que supone el vicio del consentimiento determinante de la nulidad no se prolongue indefinidamente, y la protección del contratante afectado por el vicio del consentimiento. No basta la perfección del contrato, es precisa la consumación para que se inicie el plazo de ejercicio de la acción.

Se exige con ello una situación en la que se haya alcanzado la definitiva configuración de la situación jurídica resultante del contrato, situación en la que cobran pleno sentido los efectos restitutorios de la declaración de nulidad. Y además, al haberse alcanzado esta definitiva configuración, se posibilita que el contratante legitimado, mostrando una diligencia

razonable, pueda haber tenido conocimiento del vicio del consentimiento, lo que no ocurriría con la mera perfección del contrato que se produce por la concurrencia del consentimiento de ambos contratantes.

5.- Al interpretar hoy el art. 1301 del Código Civil en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del 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 aquéllas », tal como establece el art. 3 del Código Civil .

La redacción original del artículo 1301 del Código Civil , que data del año 1881, solo fue modificada en 1975 para suprimir la referencia a los « contratos hechos por mujer casada, sin licencia o autorización competente », quedando inalterado el resto del precepto, y, en concreto, la consumación del contrato como momento inicial del plazo de ejercicio de la acción.

La diferencia de complejidad entre las relaciones contractuales en las que a finales del siglo XIX podía producirse con más facilidad el error en el consentimiento, y los contratos bancarios, financieros y de inversión actuales, es considerable. Por ello, en casos como el que es objeto del recurso no puede interpretarse la " consumación del contrato" como si de un negocio jurídico simple se tratara. En la fecha en que el art. 1301 del Código Civil fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del 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 la 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 puede tenerse 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 (art. 4:113).

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

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."

En el presente caso, no puede afirmarse que la información fiscal proporcionada en el primer semestre del año 2010, que además se proporciona, no como una información sobre la evolución de producto, sino a efectos meramente fiscales, sea suficiente para tener por acreditado que en dicha fecha el Sr. conoció o pudo conocer el error en el que había incurrido al suscribir los bonos, siendo necesario una prueba concluyente sobre la constatación del error sufrido en la contratación del producto de inversión.

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

En este sentido se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Pontevedra en sentencia de fecha 19 de mayo de 2016.

Por lo expuesto, procede desestimar la excepción de caducidad alegada por la parte demandada en cuanto que la acción de nulidad se ha ejercitado en plazo legal, y ello porque como muy pronto se podría fijar como "dies a quo" el día 3 de mayo de 2012, fecha del canje de BO. POPULAR CAPITAL CONV. V. 2013 por BO. SUB.OB.CONV. POPULAR V.11-15, y ello únicamente en el supuesto de que el Sr. en dicha fecha hubiera sido consciente de que el ofrecimiento de la entidad demandada era para intentar minimizar las pérdidas de los clientes, lo que no queda acreditado con las pruebas obrantes en autos.

Quinto.- Vicio del consentimiento.

El artículo 1.265 del Código Civil establece que "Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo" añadiendo el artículo 1.266 que "Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo."

En relación con el error como vicio del consentimiento el Tribunal Supremo en sentencia de fecha 3 de febrero de 2016 ha señalado que *"1.- Es jurisprudencia de esta Sala que para que el error resulte invalidante del consentimiento, deben concurrir los siguientes requisitos: a) Que el error recaiga sobre la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración, de modo que se revele paladinamente su esencialidad; b) Que el error no sea imputable a quien lo padece; c) Un nexo causal entre el error y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado; y d) Que se trate de un error excusable, en el sentido de que sea inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció mediante el empleo de una diligencia media o regular. Según recordábamos en la sentencia 689/2015, de 16 de diciembre , que compendia la reciente jurisprudencia en la materia:*

«Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.

[...]

»En primer término, para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

»El art. 1266 CC dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer -además de sobre la persona, en determinados casos- sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261.2 CC). Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones -respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato- que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa.

»Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias -pasadas, concurrentes o esperadas- y que es en consideración a ellas que el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses.

»Las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos. Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano.

»El error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente cierta, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre el futuro con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia. Aunque conviene apostillar que la representación ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos, de tal forma que si el conocimiento de ambas cuestiones era correcto, la representación equivocada de cuál sería el resultado no tendría la consideración de error .

»Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida»."

Expuesto lo anterior, para la resolución de la presente litis hay que partir de los siguientes hechos:

1º En primer lugar, y por lo que se refiere a las circunstancias personales de don hay que señalar que el artículo 78 bis de la Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores clasifica a los clientes en profesionales y minoristas, siendo los primeros aquellos a quienes se presuma la experiencia, conocimientos y cualificación necesarias para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente los riesgos, circunstancias que no ha quedado acreditado que concurran en el caso de autos, por lo que debe partirse de la consideración del Sr. como cliente minorista y así además fue clasificado por la propia entidad demandada en las Condiciones Generales para la prestación de servicios de inversión que se acompañan con la demanda y así además lo reconoce la parte demandada en su escrito de contestación a la demanda

2º En segundo lugar, y por lo que se refiere a la intervención de la demandada, la misma alega que intervino como mera comercializadora e intermediadora, habiéndose limitado a la recepción y transmisión de órdenes.

El artículo 65 de la Ley del Mercado de Valores establece que "Las entidades de crédito, aunque no sean empresas de servicios de inversión según esta ley, podrán realizar

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

también mantener, en todo momento, informados a los clientes; información, la señalada, que ha de ser imparcial, clara y no engañosa y debe versar sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión a fin de que permita comprender la naturaleza y los riesgos del tipo específico del instrumento financiero que se ofrece; es decir, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa.

En la misma línea, el art. 60 del citado Real Decreto 217/2.008, de 15 de febrero, dispone que la información deberá ser exacta y no destacará los beneficios potenciales de un servicio de inversión o de un instrumento financiero sin indicar también los riesgos pertinentes, de manera imparcial y visible; la información será suficiente y se presentará de forma que resulte comprensible para cualquier integrante medio del grupo al que se dirija o para sus probables destinatarios; la información no ocultará, encubrirá, ni minimizará ningún aspecto, declaración o advertencia importantes.

En definitiva, que como ya se dejó sentado en la repetida sentencia de 15 de marzo de 2.013 de esta misma Sección , tantas veces ya citada, la introducción en el contrato de una declaración de ciencia, suscrita por los consumidores, clientes bancarios o inversores minoristas, en el sentido de haber sido debidamente informados, no implica necesariamente que " se haya prestado al consumidor, cliente o inversor minorista la preceptiva información ", ni " constituye una presunción "iuris et de iure" de haberse cumplido dicha obligación, ni de que el inversor, efectivamente, conozca los riesgos, último designio de toda la legislación sobre transparencia e información ", siendo exponente de lo que se dice el art. 89.1 del Real Decreto Legislativo 1/2.007, de 16 de noviembre , por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que estima cláusulas abusivas "las declaraciones de recepción o conformidad con hechos ficticios", lo que implica que son nulas las declaraciones de ciencia si se acredita que los hechos a los que se refiere son inexistentes o "ficticios", como literalmente se expresa en el texto legal. En definitiva, como continúa diciendo la sentencia citada " en el ámbito de la protección del consumidor, del cliente bancario o del inversor la formación es considerada por la ley como un bien jurídico y el desequilibrio entre la información poseída por una parte y la riqueza de datos a disposición de la otra es considerado como una fuente de injusticia contractual ", de lo que se desprende que el legislador impone a la entidad financiera o al banco el deber de desarrollar una determinada actividad informativa.

Asimismo, a propósito de la suficiencia y claridad de la información, que debe facilitar la entidad de crédito, se debe indicar que es ésta la que debe acreditar que ha cumplido con los deberes de información necesarios a tenor de la legislación vigente, como ya se puso de manifiesto en la sentencia de 4 de diciembre de 2.010 de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Burgos , citada en la de esta misma Sección de 15 marzo de 2.013; debiendo, en armonía con ello, indicarse que la diligencia que le es exigible a la entidad financiera es la de un ordenado empresario y representante legal, en defensa de los intereses de sus clientes, no la del padre de familia, como también se dejó dicho en la sentencia de 16 de diciembre de 2.010 de esta misma Sección 5 ª.

Como una exigencia más se requiere el "test de conveniencia", y en este sentido el artículo 79 bis, apartado 7, de la Ley del Mercado de Valores establece que el objetivo del análisis de conveniencia es que la entidad obtenga los datos precisos para valorar si, en su opinión, el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender la naturaleza y riesgos del servicio o producto ofrecido, lo que supone una nueva obligación para las entidades financieras, pues la información genérica sobre las características y riesgos del producto deviene insuficiente, siendo preciso, además, una decisión de la entidad sobre la conveniencia de la inversión, que se traduzca en una información al inversor individualizada

financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa. A tales efectos se considerará cliente potencial a aquella persona que haya tenido un contacto directo con la entidad para la prestación de un servicio de inversión, a iniciativa de cualquiera de las partes.

La información a la que se refiere el párrafo anterior podrá facilitarse en un formato normalizado.

La información referente a los instrumentos financieros y a las estrategias de inversión deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias.

4. El cliente deberá recibir de la entidad informes adecuados sobre el servicio prestado. Cuando proceda dichos informes incluirán los costes de las operaciones y servicios realizados por cuenta del cliente.

5. Las entidades que presten servicios de inversión deberán asegurarse en todo momento de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes, con arreglo a lo que establecen los apartados siguientes.

6. Cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, la entidad obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate; sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquel, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan. Cuando la entidad no obtenga esta información, no recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente. En el caso de clientes profesionales la entidad no tendrá que obtener información sobre los conocimientos y experiencia del cliente.

7. Cuando se presten servicios distintos de los previstos en el apartado anterior, la empresa de servicios de inversión deberá solicitar al cliente, incluido en su caso los clientes potenciales, que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente.

Cuando, en base a esa información, la entidad considere que el producto o el servicio de inversión no sea adecuado para el cliente, se lo advertirá. Asimismo, cuando el cliente no proporcione la información indicada en este apartado o ésta sea insuficiente, la entidad le advertirá de que dicha decisión le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él.

Las advertencias previstas en este apartado se podrán realizar en un formato normalizado.

En relación con esta obligación de información la Audiencia Provincial de Asturias en la citada sentencia de 25 de octubre de 2013 ha señalado que *"Siendo ello así, la necesidad de protección del inversor minorista conllevó la transposición de la Directiva 2.004/39/CE a nuestro derecho mediante la Ley 47/2.007, de 19 de diciembre, que reformó la LMV, y por el RD 217/2.008, de 15 de febrero, que es lo que constituye el marco esencial de la información que deben prestar las entidades de crédito a los clientes minoristas, debiendo comportarse con diligencia y transparencia, cuidando sus intereses como si fueran propios, debiendo*

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

habitualmente todos los servicios previstos en su artículo 63, siempre que su régimen jurídico, sus estatutos y su autorización específica les habiliten para ello", por lo que la entidad demandada al prestar un servicio de inversión debe cumplir las obligaciones de información que establece la ley y cuya omisión es lo que determina el vicio de consentimiento que alega la parte actora en su demanda.

Sobre esta cuestión, el Pleno del Tribunal Supremo en sentencia de fecha 20 de enero de 2014 ha señalado que *"Como afirma la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), "(l)a 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 .*

El art. 4.4 Directiva 2004/39/CE 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.

De este modo, el Tribunal de Justicia entiende que tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un swap, realizada por la entidad financiera al cliente inversor, "que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público" (apartado 55)."

En el presente caso, no nos encontramos ante la divulgación general de un producto sino ante una recomendación dirigida al cliente a través de la propia entidad demandada, tal como se desprende de la declaración testifical de doña M /, empleada de la entidad demandada, la cual ha afirmado que fue ella quien ofreció al Srl los bonos ya que estaban en campaña en el momento en que al Sr. le vencía un depósito a plazo fijo que tenía por importe de 150.000 euros.

3º En tercer lugar, y por lo que se refiere a la información, el artículo 79 bis de la Ley del Mercado de Valores bajo la rúbrica "Obligaciones de información" establece que "1. Las entidades que presten servicios de inversión deberán mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes.

2. Toda información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario, deberá ser imparcial, clara y no engañosa. Las comunicaciones publicitarias deberán ser identificables con claridad como tales.

3. A los clientes, incluidos los clientes potenciales, se les proporcionará, de manera comprensible, información adecuada sobre la entidad y los servicios que presta; sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión; sobre los centros de ejecución de órdenes y sobre los gastos y costes asociados de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento

para su lectura, conocimiento, reflexión y estudio, por lo que su entrega fue más formal que efectiva.

En este sentido ha señalado la Audiencia Provincial de La Coruña en sentencia de fecha 24 de febrero de 2016 que *"Y este dato es de especial valor, pues 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 aplicable 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."

Y así el Tribunal Supremo en la citada sentencia de 12 de enero de 2015 señaló que *"La consecuencia de lo anterior es que la información clara, correcta, precisa y suficiente sobre el producto o servicio de inversión y sus riesgos ha de ser suministrada 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. No se cumple este requisito cuando tal información se ha omitido en la oferta o asesoramiento al cliente en relación a tal servicio o producto (y en este caso hubo asesoramiento, en tanto que la cliente recibió recomendaciones personalizadas), y solo se facilita en el momento mismo de firma del documento contractual, inserta dentro de una reglamentación contractual que por lo general es extensa."*

En el acto de juicio ha declarado como testigo doña , la cual sigue siendo empleada de la entidad demandada, y ha afirmado que don era cliente de banca personal, que tenía bastante cultura financiera, que no era conservador y le gustaba el riesgo, que le informó de los términos y de los riesgos, que se le advertía que al vencimiento podía estar más alta o más baja la inversión, que no se podía perder la inversión, que se ofreció este producto a buenos clientes con dinero y a quienes tenían depósito de acciones y supieran que eran las acciones del Banco Popular, que ella le informó, le explicó el producto y luego el cliente decidió, que el actor sabía perfectamente que no era un depósito porque buscaba altas rentabilidades, que en ese momento le vencía un depósito de 150.000 euros y colocó 75.000 euros en estos bonos y el resto en un depósito a plazo fijo, que había una relación de confianza con el banco, que el cliente buscaba siempre altas rentabilidades.

Expuesto lo anterior, lo primero que hay que señalar es que no puede tenerse por realizado el test de conveniencia que exige el apartado 7º del artículo 79 de la Ley del Mercado de Valores, que tiene por objeto valorar si el actor tenía los conocimientos y experiencia necesarios para comprender la naturaleza y riesgo del producto que se le ofreció, en cuanto que el test de conveniencia es de fecha posterior a la firma de la orden de valores, lo que supone el incumplimiento de una de las más importantes obligaciones de información y transparencia establecidas en la Ley del Mercado de Valores, habiendo señalado el Tribunal Supremo en sentencia de fecha 20 de enero de 2014 que *"En caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la*

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

y personalizada, hasta el punto de que pueda entenderse que la decisión inversora se forma en un proceso cooperativo en el que participa limitada y regladamente la propia entidad financiera.

Es decir, que la evaluación de la conveniencia de la inversión deviene obligatoria no sólo por lo señalado en el art. 73 del Real Decreto de 15 de febrero de 2.008 , sino también, como se recuerda en la reiterada sentencia de 15 de marzo de 2.013 de este Tribunal , por aplicación del principio de facilidad probatoria a que se refiere el número 7 del art. 217 de la L.E.C ., toda vez que " nadie mejor que la misma entidad se halla en buena posición para acreditar ciertos aspectos de su funcionamiento interno en sus relaciones con los inversores ".

De lo anterior se desprende que además de la obligación de informar existe la obligación de evaluar la conveniencia de la inversión y ello porque tal como ha establecido la Audiencia Provincial de Baleares en sentencia de fecha 20 de mayo de 2014 *"la finalidad de la evaluación de la conveniencia de la inversión es que la entidad, a su vez, reciba información del cliente para, con base en ella, poder hacer una advertencia al inversor sobre la adecuación de la inversión a su perfil. Ello supone la imposición a las entidades financieras de una nueva obligación. Ya no basta con la información genérica sobre las características y riesgos del producto sino que, además, es preciso, una decisión de la entidad sobre la conveniencia de la inversión que se traduzca en una información al inversor individualizada y personalizada, hasta el punto de que puede entenderse que la decisión inversora se forma en un proceso cooperativo en el que participa limitada y regladamente la propia entidad financiera."*

En el presente caso, la parte demandada en su contestación a la demanda afirma haber realizado el test de conveniencia al Sr. y lo aporta como documento número cinco de la contestación a la demanda, si bien el citado test es de fecha 22 de octubre de 2009, esto es, con posterioridad a la firma de la orden de valores que es de fecha 2 de octubre de 2009, resultando además del citado test que el cliente sólo tenía experiencia en productos no complejos.

Alega también la parte demandada en su contestación a la demanda que en fecha 2 de octubre de 2009 entregó al Sr. un ejemplar de las "Condiciones Generales para la Prestación de Servicios de Inversión" así como un ejemplar de la "Información sobre los Instrumentos Financieros ofrecidos por Grupo Banco Popular" así como un tríptico resumen del folleto explicativo.

En la orden de valores que se acompaña como documento número dos de la contestación a la demanda de fecha 2 de octubre de 2009 se indica bajo la rúbrica "observaciones" que junto a la firma de la orden de suscripción se le ha entregado al cliente el tríptico de la emisión, que el cliente ha firmado y que se le hace entrega al cliente de una copia firmada de la orden de suscripción y del tríptico de la emisión. En el tríptico de la emisión que se acompaña como documento 7 si bien consta la firma del Sr. no consta la fecha, por lo que no queda acreditado que el mismo hubiera sido entregado al Sr. con la antelación suficiente para su lectura, estudio y reflexión.

Por la parte demandada se acompaña también como documento número seis de la contestación a la demanda un documento de fecha 2 de octubre de 2009 (hora 10:57:12) el que el Sr. afirma haber recibido un ejemplar completo de las condiciones generales para la prestación de servicios de inversión así como un ejemplar de la información sobre los instrumentos financieros ofrecidos por Grupo Banco Popular, si bien fueron entregados un minuto antes de la firma de la orden de valores (10:58) y por tanto sin la antelación suficiente

conveniencia de la operación, en atención a los intereses del cliente minorista que contrata el swap, como si al hacerlo tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo. La omisión del test que debía recoger esta valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo."

En cuanto a la información, por lo que se refiere a la información escrita, como se ha expuesto, la misma se le dio sin la antelación suficiente para su lectura, análisis y reflexión, necesaria para la correcta prestación del consentimiento, pero es que además, la información contenida en el citado tríptico es difícilmente entendible para una persona sin conocimientos financieros, como era el Sr. Y por lo que se refiere a la información verbal, de la declaración testifical de doña no se desprende que la misma informara al Sr. de lo realmente relevante, esto es, de las condiciones de la conversión en acciones de las que derivada el riesgo de pérdida al realizarse el canje, tal como ha señalado el Tribunal Supremo en sentencia de fecha 17 de junio de 2016 al señalar que *"SÉPTIMO.- La información sobre los riesgos.*

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

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

2.- En el caso concreto de los bonos necesariamente convertibles en acciones, el riesgo no deriva de la falta de liquidez, puesto que al vencimiento el inversor recibirá unas acciones que cotizan en un mercado secundario; sino que dependerá de que las acciones recibidas tengan o no un valor de cotización bursátil equivalente al capital invertido. En consecuencia, para que el inversor pueda valorar correctamente el riesgo de su inversión, deberá ser informado del procedimiento que se va a seguir para calcular el número de acciones que recibirá en la fecha estipulada para la conversión y si este número de acciones se calculase con arreglo a su precio de cotización bursátil, el momento que servirá de referencia para fijar su valor, si es que éste no coincide con el momento de la conversión. Cuando con arreglo a las condiciones de una emisión de obligaciones necesariamente convertibles en

acciones, no coincida el momento de la conversión en acciones con el momento en que han de ser valoradas éstas para determinar el número de las que se entregarán a cada inversor, recae sobre los inversores el riesgo de depreciación de las acciones de la entidad entre ambos momentos.

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

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

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

4.- Las sentencias de esta Sala núm. 460/2014, de 10 de septiembre , y núm. 769/2014, de 12 de enero de 2015 , declararon que, en este tipo de contratos, la empresa que presta servicios de inversión tiene el deber de informar, y de hacerlo con suficiente antelación, conforme al art. 11 de la Directiva 1993/22/CEE , de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, el art. 79 bis LMV y el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero . No se cumple este requisito cuando tal información se ha omitido en la oferta o asesoramiento al cliente en relación a tal servicio o producto, y en este caso hubo asesoramiento, en tanto que el cliente adquirió los bonos u obligaciones convertibles porque les fueron ofrecidos por empleados del Banco Popular. Como dijimos en la sentencia núm. 102/2016, de 25 de febrero , para que exista asesoramiento no es requisito imprescindible la existencia de un contrato remunerado ad hoc para la prestación de tal asesoramiento, ni que estas inversiones se incluyeran en un contrato de gestión de carteras suscrito por la demandante y la entidad financiera. Basta con que la iniciativa parta de la empresa de inversión y que sea ésta la que ofrezca el producto a sus clientes, recomendándoles su adquisición.

5.- En este caso, conforme a lo declarado probado por la sentencia recurrida, no consta que hubiera esa información previa, y ni siquiera la información que aparecía en la orden de compra del producto, prerredactada por la entidad financiera, era adecuada, puesto que no se explicaba cuál era su naturaleza, ni los riesgos que se asumían en función de la fecha de conversión. Según dijimos en las ya citadas sentencias de Pleno núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014 , 460/2014, de 10 de septiembre , y 769/2014 de 12 enero de 2015 , el

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

incumplimiento por las empresas que operan en los mercados de valores de los deberes de información, por sí mismo, no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes puede incidir en la apreciación del error, y más concretamente en su carácter excusable.

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

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

Pero es que además, los bonos suscritos no se adecuaban al perfil del Sr. tal como se desprende del test de conveniencia que se acompaña con documento número ocho de la contestación a la demanda, en el que se indica que de los datos declarados por el cliente se deduce que el nivel de conocimientos y experiencia que se le debe asignar es "Cliente con experiencia en productos financieros no complejos", siendo por el contrario el producto ofrecido al Sr. y suscrito por el mismo un producto financiero complejo.

En definitiva, la falta de correspondencia entre la naturaleza de los bonos convertibles y el perfil inversor, unido al hecho de que no se le informó de la posibilidad de perder la inversión en el momento del canje así como de las condiciones de la conversión, implica que la información suministrada no fue suficiente para que el Sr. comprendiera el riesgo que asumía con la adquisición de los bonos, lo que ha determinado que su consentimiento se prestara por error, error que debe considerarse esencial, habida cuenta que se ofreció un producto de inversión sin informar sobre su naturaleza, características y riesgos y además excusable porque esta falta de conocimiento no es imputable al Sr. sino a la demandada que no cumplió con su obligación de informar, y ello porque en el presente caso tal como ha establecido la Audiencia Provincial de Baleares en sentencia de fecha 3 de marzo de 2014 existe una incoherencia entre el perfil inversor real que resulta de la prueba practicada en autos y el tipo de producto que se vendió al actor; y son estas diferencias las que permitieron que surgiese el error y que este fuese excusable para el inversor minorista habida cuenta su imposibilidad de entender el producto y la ausencia de información suministrada por la entidad bancaria demandada para salvar esta dificultad y permitirles un conocimiento adecuado del producto financiero que adquiría.

El Tribunal Supremo en sentencia de fecha 20 de enero de 2014 ha señalado que *"por si mismo, el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que*

se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error" añadiendo que *"El error que, conforme a lo expuesto, debe recaer sobre el objeto del contrato, en este caso afecta a los concretos riesgos asociados con la contratación del swap. El hecho de que el apartado 3 del art. 79 bis LMV imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como el swap contratado por las partes, el deber de suministrar al cliente minorista una información comprensible y adecuada de tales instrumentos (o productos) financieros, que necesariamente ha de incluir "orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos", muestra que esta información es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento. Dicho de otro modo, el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero.*

En nuestro caso el error se aprecia de forma muy clara, en la medida en que ha quedado probado que el cliente minorista que contrata el swap de inflación no recibió esta información y fue al recibir la primera liquidación cuando pasó a ser consciente del riesgo asociado al swap contratado, de tal forma que fue entonces cuando se dirigió a la entidad financiera para que dejara sin efecto esta contratación.
De este modo, el deber de información contenido en el apartado 3 del art. 79 bis LMV presupone la necesidad de que el cliente minorista a quien se ofrece la contratación de un producto financiero complejo como el swap de inflación conozca los riesgos asociados a tal producto, para que la prestación de su consentimiento no esté viciada de error que permita la anulación del contrato. Para cubrir esta falta de información, se le impone a la entidad financiera el deber de suministrarla de forma comprensible y adecuada.

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

Al mismo tiempo, la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente."

Consecuencia de la existencia del vicio del consentimiento es la declaración de nulidad de la orden de compra de bonos suscrita el 2 de octubre de 2009.

El artículo 1.303 del Código Civil establece que "Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes."

Como consecuencia de la declaración de nulidad la parte demandada está obligada a devolver a los actores la cantidad invertida más los intereses legales desde la fecha de suscripción de los bonos y la parte actora está obligada a devolver a la demandada las acciones consecuencia del canje, los intereses percibidos y los intereses legales de estos intereses percibidos.

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Alega finalmente la parte demandada la sanación del vicio en el consentimiento por actos confirmatorios posteriores y así afirma que al haber confirmado su acto canjeando los BSCN I/2009 por los bonos BSOC II/2012 y convertirlos posteriormente en acciones de Banco Popular Español S.L la parte actora ha sanado el supuesto error cometido respecto a la naturaleza de los bonos suscritos.

Alega finalmente la parte demandada la existencia de actos propios de los actores al haber estado percibiendo durante un tiempo los intereses de participaciones preferentes suscritas, alegación que tampoco puede ser estimada y ello porque el artículo 1.311 del Código Civil exige para que exista confirmación tácita que con conocimiento de la causa de nulidad y habiendo ésta cesado el que tuviese derecho a invocarla ejecutase un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo, circunstancia que no concurre en el caso de autos en cuanto que no costa acreditado en autos que la actora hubiera tenido conocimiento de la causa de nulidad durante el tiempo que cobró los intereses de las participaciones preferentes suscritas.

En relación con esta cuestión la Audiencia Provincial de Baleares en sentencia de fecha 30 de octubre de 2015 señaló que "*Según lo establecido en el artículo 1.309 del Código Civil la acción de nulidad queda extinguida desde el momento en que el contrato haya sido confirmado válidamente. Tal como dispone el artículo 1.311 del mismo Código Civil, la confirmación puede hacerse expresa y tácitamente. Se entenderá que hay confirmación tácita cuando, con conocimiento de la causa de nulidad, y habiendo ésta cesado, el que tuviese derecho a invocarla ejecutase un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo.*

En interpretación de este precepto, ha señalado la doctrina jurisprudencial que la confirmación tácita tiene lugar cuando, cesada la causa de nulidad, la persona legitimada para impugnar el negocio, conociendo que dicha causa de anulabilidad había existido, realiza actos que implican necesariamente que está renunciando a la impugnación del negocio, tales como cumplimiento del contrato, constitución de garantías, recepción o reclamación de la prestación de la otra parte, etc (Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1.980 , 4 de julio de 1951 , 15 de febrero de 1.995 , 12 de noviembre de 1.996 , 21 de julio de 1997).

En el caso de autos el supuesto acto de confirmación tácita - canje de obligaciones por acciones-, no puede ser considerado como tal dado que, como se ha dicho, la finalidad de la inversora al suscribirlo era solamente minimizar las pérdidas y tampoco puede considerarse como un acto enteramente voluntario ya que, de no haberse producido en 2012, el canje hubiera sido obligatorio en 2013."

En nuestro caso, no puede afirmarse que el canje efectuado el 3 de mayo de 2012 sea un acto de confirmación tácita en cuanto que como se ha expuesto anteriormente se desconoce si en dicho momento el Sr. era ya consciente del error en el que había incurrido en la contratación del producto, de modo que si era consciente dicho canje era la única posibilidad de minimizar las pérdidas y si no era consciente no cabía confirmación tácita en cuanto que para ello es necesario ser consciente de la causa de nulidad y que esta haya cesado.

Finalmente, y por lo que se refiere a la nulidad solicitada de los canjes en los años 2012 y 2015, la Audiencia Provincial de Baleares en la citada sentencia de 30 de octubre de *2015 señaló que "Entre el contrato de suscripción de obligaciones de deuda subordinada y el posteriores canje existe una clara vinculación causal de modo que los efectos de la nulidad*

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

de éste deben extenderse a aquél, pues, desaparecida la causa del primer contrato en virtud de la nulidad declarada, desaparecen igualmente los presupuestos sobre los que se funda la causa del contrato vinculado a él por efecto de aquella declaración de nulidad. En efecto, los contratos concertados con posterioridad tenían una vinculación causal plena con el primero declarado nulo. El principio aplicable sería, en consecuencia, "simul stabunt, simul cadent" (juntos caerán quienes juntos estén). En aplicación de la doctrina de la propagación de la ineficacia del contrato, la nulidad de los contratos señalada arrastra la del canje realizado para la conversión de las obligaciones subordinadas, considerando de tal modo que, excluida la confirmación o conversión del contrato nulo, la ineficacia por nulidad relativa abarca o engloba el contrato inicial y los posteriores con el mismo origen.

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

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 se extingue, y la que nace por efecto de la novación extintiva están ligadas por un nexo de causa a efecto."

En consecuencia, procede declarar la nulidad de los canjes realizados en los años 2012 y 2015.

Sexto.- Costas.

El artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su apartado primero establece que" En los procesos declarativos las costas de la primera instancia se impondrá a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho". No concurriendo tales circunstancias procede imponer las costas a la parte demandada.

FALLO

ESTIMO ÍNTEGRAMENTE LA DEMANDA presentada por la procuradora de los tribunales doña J en nombre y representación de Don y contra la entidad BANCO POPULAR ESPANOL S.A. y en consecuencia:

1° **DECLARO** la nulidad de la orden de compra de bonos suscrita el 2 de octubre de 2009 entre don y Banco Popular Español S.A, y como consecuencia de dicha nulidad **CONDENO** a la demandada a restituir a los actores la cantidad de 75.000 euros, más los intereses legales de dicha cantidad desde la fecha de la orden de compra hasta el dictado de la sentencia, momento en el que devengará el interés legal incrementado en dos puntos. A dicha cantidad habrá que detraer la cantidad de 22.553,71 euros, debiendo devolver

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

los actores las acciones de BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A que han recibido a consecuencia del canje.

2º **CONDENO** a la entidad demandada al pago de las costas procesales causadas.

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 al en que se notifique esta resolución. No se admitirá a trámite el recurso si la parte al tiempo de interponerlo no acredita DOCUMENTALMENTE haber constituido el oportuno depósito para recurrir mediante la consignación del importe de 50 euros en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado, así como el importe de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en el orden jurisdiccional civil establecida por la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (BOE núm. 280, de 21 de noviembre de 2012), modificada por el Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita (BOE núm. 47, de 23 de febrero de 2013) y modificada por el RD Ley 1/2015 de 27 de febrero de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social.

Llévese el original al libro de sentencias.

Así por esta mi sentencia, de la que se expedirá testimonio para incorporarlo a las actuaciones, la pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Esta sentencia fue leída y publicada estando S.Sª. celebrando audiencia pública. Doy fe.