



## JDO. PRIMERA INSTANCIA N.11 OVIEDO

SENTENCIA: 00105/2018

ORD                    PROCEDIMIENTO                    ORDINARIO                    0000093                    /2018

DEMANDANTE D/ña. ANTONIO ESPESO MARTINEZ, MARIA DE LA ENCARNACION PEREZ PEREZ  
Procurador/a Sr/a. MIGUEL ANGEL FERNANDEZ RODRIGUEZ, MIGUEL ANGEL FERNANDEZ RODRIGUEZ  
Abogado/a Sr/a. ANDREA PÉREZ SUÁREZ, ANDREA PÉREZ SUÁREZ  
DEMANDADO D/ña. BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A.  
Procurador/a Sr/a. JUAN RAMON SUAREZ GARCIA  
Abogado/a Sr/a. GASTON DURAND BAQUERIZO

### **SENTENCIA**

En Oviedo, a siete de mayo de dos mil dieciocho. El Ilmo. Sr. don Eduardo García Valtueña, Magistrado Juez del juzgado de Primera Instancia número 11 de Oviedo, ha visto los autos de juicio ordinario seguidos ante el mismo bajo el **número de registro 93/18**, promovidos por el procurador Sr. Fernández Rodríguez, en nombre y representación de don Antonino Espeso Martínez y doña María de la Encarnación Pérez Pérez, con la asistencia de la letrada Sra. Pérez Suárez, contra Banco Popular Español, SA, que compareció representada por el procurador Sr. Suárez García y defendida por el letrado Sr. Durand Baquerizo.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO**.- Por el procurador Sr. Fernández Rodríguez, en la representación citada, se promovió juicio ordinario contra Banco Popular Español, SA en donde, tras exponer los hechos en que se basaba y alegar los fundamentos jurídicos que estimó aplicables al caso, terminó suplicando terminó suplicando se declarara: 1º La nulidad de la orden de valores de adquisición de obligaciones subordinadas de BANCO POPULAR, S.A., actualmente perteneciente al GRUPO BANCO SANTANDER, S.A., suscrita el 19 de Julio de 2011, por valor total de 10.000 €, extinguiendo toda relación jurídica con la demandada por el citado concepto, con la subsiguiente retroacción de las posiciones jurídicas y económicas de los litigantes a la situación anterior a la fecha de los otorgamientos respectivos, en los términos que a





continuación se indican: A) Restituyendo la parte actora a la entidad demandada el importe total del rendimiento o dividendo neto percibido, con exclusión de las retenciones fiscales practicadas en cada liquidación, y con los intereses legales desde la fecha de cada cobro. B) Condenando a la entidad demandada a la efectiva restitución al actor, el capital invertido, por un montante de 10.000 €, en la suscripción de aquellas obligaciones subordinadas convertibles, actualizando su valor por aplicación del interés legal desde la fecha de adquisición a la fecha efectiva de su devolución, así como a la devolución de cualquier interés, gasto o comisión imputados y cargados a mi poderdante, o que en lo sucesivo le pueda ser cargados por razón de la inversión demandada, su custodia y administración, e incluso correo y comunicaciones. Y con carácter subsidiario que se declare la resolución del contrato de orden de adquisición de obligaciones subordinadas de BANCO POPULAR, S.A., de 19 de Julio de 2011, por valor de 10.000 €, con el resarcimiento de daños y perjuicios valorados en esos 10.000 € y abono de intereses

**SEGUNDO**.- Se admitió a trámite la demanda por resolución de uno de febrero de dos mil dieciocho, acordando emplazar a la demandada para que contestara a la demanda contra la misma formulada, lo que así hizo interesando su desestimación.

**TERCERO**.- Con fecha veintitrés de marzo de dos mil dieciocho se celebró la audiencia previa al juicio con el objeto previsto en los artículos 414 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y tras fracasar el intento de acuerdo o transacción entre las partes y sin que se suscitaran cuestiones procesales, todas las partes se ratificaron en sus respectivos escritos de demanda y contestación a la misma. Recibido el procedimiento a prueba, se admitió la propuesta en los términos que constan en la correspondiente acta.

**CUARTO**.- El día diecisiete de abril se celebró el acto de juicio, con la práctica de las pruebas admitidas y con el resultado que es de ver en la correspondiente grabación audiovisual.

## **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

**PRIMERO**- Es objeto de litigio la petición de anulación de un contrato de suscripción de obligaciones subordinadas de la entidad demandada. Se funda la petición en la concurrencia de error en la prestación del consentimiento, derivado de la falta o insuficiente información facilitada por la demandada a la actora sobre la verdadera naturaleza jurídica y caracterización del contrato. Y de forma subsidiaria





ejercita una acción de incumplimiento contractual basada en la falta de cumplimentación por el banco de sus deberes en la comercialización del producto. La demandada excepciona la caducidad de la acción y sostiene la validez del contrato, exponiendo que se informó de los riesgos del producto, que el banco no realizó labor de asesoramiento y que cumplió sus obligaciones en la comercialización del producto.

**SEGUNDO.**- La demandada opone la caducidad de la acción al entender que desde la celebración del contrato hasta la presentación de la demanda habían transcurrido un lapso temporal superior al previsto en el art. 1301 CC. Se trata de una cuestión resuelta por el Tribunal Supremo en la sentencia de Pleno 769/2014, de 12 de enero de 2015, ratificada por la de 7 de julio de 2015. La doctrina que fija sobre el 1301 CC es la siguiente:«Al interpretar hoy el art. 1301 CC 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 CC .

»(...) En la fecha en que el art. 1301 CC 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».

Reitera dicha doctrina en relación con obligaciones preferentes, entre otras, las Sentencias del TS de 20 de diciembre de 2016 (“...desde que los clientes estuvieron en disposición de conocer los riesgos patrimoniales de la operación, que en este caso consistían en la inexistencia de un mercado efectivo de reventa y la práctica imposibilidad de recuperación de la inversión, por la falta de solvencia de la entidad emisora de las preferentes. Lo que tuvo lugar cuando dicha entidad fue intervenida por el FROB”), 1 de diciembre de 2016 y 27 de junio y 25 de octubre de 2017 .

Debe proyectarse tal doctrina al caso de autos y fijar el momento del inicio del plazo prescriptivo, en atención al cual la demandada sostiene que el dies a quo con la celebración del contrato, en lo que hace supuesto de la cuestión, al sostener la inexistencia de error, o de forma subsidiaria en el momento de percepción del interés del primer trimestre posterior a la contratación, al afirmar que era superior a un depósito a plazo, o en todo caso, tras 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. Argumenta el banco que “la constatación de esa circunstancia ya habría permitido a los demandantes, empleando una diligencia razonable, plantearse si podrían haber incurrido en algún vicio”. Sin embargo, el percibo del interés garantizado no facilita información del producto, ni tampoco existe constancia de la recepción de aquella información, que, en todo caso, no era un hecho trascendente que debía llevar a los demandantes a tomar conocimiento de los riesgos asociados al producto. Por el contrario, el hecho a tener en consideración es la conversión de las obligaciones en acciones producida en junio de dos mil diecisiete, hecho tercero de la demanda admitido en la contestación a la misma, por lo que se presentó la demanda antes de los cuatro años. Consecuencia de lo anterior es que la acción no se encuentra prescrita.

**TERCERO**.- En el presente caso se pretende la anulación de un contrato de suscripción de OBS. Es pacífico que las OBS son consideradas normativamente





como “un producto complejo” que impone una serie de exigencias en orden a su régimen de emisión, información y valoración de su conveniencia e idoneidad en relación con el cliente. Aquella complejidad requiere que, para su comprensión y correcta valoración, concorra una formación financiera claramente superior a la que posee la clientela bancaria en general, de forma que debe ser ofrecido con el soporte informativo necesario. Y las entidades financieras deben estar en condiciones de acreditar que, con anterioridad a la formalización de la operación, se ha facilitado al cliente un documento informativo sobre el producto en el que se indiquen sus características principales, considerándose en caso contrario que su actuación sería contraria a los principios de claridad y transparencia que inspiran las buenas prácticas y usos financieros. El artículo 79.bis de la LMV, en su número tercero, (antes de la modificación introducida por la Ley 9/2012, de 14 de noviembre) establecía que las entidades deben proporcionar a sus clientes, de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros de modo que dicha información les permita comprender la naturaleza y riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero ofrecido. Obligación de información que alcanza tanto a operaciones que se produzcan en el momento de la emisión de los valores (mercado primario), como con posterioridad (mercado secundario). En desarrollo de lo previsto en la LMV, el artículo 64 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que presten servicios de inversión (en adelante RD 217/2008) establece que la información sobre los instrumentos financieros que se proporcione a los clientes debe describir su naturaleza y explicar sus características y los riesgos inherentes a los mismos. El artículo 62 del citado RD 217/2008 puntualiza que dicha información debe proporcionarse a los clientes minoristas en un soporte duradero y, finalmente, su artículo 70 determina la información periódica (al menos anual) que debe facilitarse a los inversores. Los números 6 y 7 del artículo 79.bis de la LMV establecen diferentes requisitos respecto a la información que las entidades deben recabar de sus clientes minoristas, respecto a los avisos que deben facilitarles y respecto a las exigencias que deben cumplir en función del tipo de servicio de inversión que les presten. Para la prestación de los servicios financieros de asesoramiento en materia de inversión (emisión de recomendaciones personalizadas a un inversor) y gestión discrecional de carteras, las entidades deben analizar los conocimientos y experiencia de los clientes en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o servicio





concreto de que se trate, su situación financiera y sus objetivos de inversión, de forma que les pueda recomendar los servicios de inversión e instrumentos financieros que más les convengan. Esta garantía normativa a favor de los clientes que se denomina comúnmente análisis de idoneidad y es la que mayor nivel de protección aporta a los clientes minoristas. En el caso de que el producto no resulte coherente con los objetivos de inversión y situación financiera del cliente, el intermediario no puede recomendar su contratación. El artículo 72 del RD 217/2008 precisa que, en función del tipo de cliente y del servicio prestado, al analizar los objetivos de inversión del cliente, las entidades deben recabar información referida al horizonte temporal de la inversión, preferencias de asunción de riesgos, perfil de riesgo y finalidad de la inversión y al analizar su situación financiera deben recabar información respecto al origen y nivel de sus ingresos periódicos, sus activos y sus compromisos financieros periódicos, además de la información referida a conocimientos y experiencia. Para la prestación del resto de servicios financieros, las entidades deben analizar únicamente los conocimientos y experiencia de los clientes en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado con la finalidad de evaluar si éstos resultan adecuados para el cliente. Esta garantía normativa a favor de los clientes se denomina comúnmente análisis de conveniencia. El artículo 73 del RD 217/2008 precisa que, en función del tipo de cliente y del servicio prestado, al analizar los conocimientos y experiencia del cliente las entidades deben recabar información referida al tipo de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que el cliente esté familiarizado; la naturaleza, volumen y frecuencia de las transacciones del cliente y el periodo durante el que se hayan realizado y su nivel de estudios y profesión actual o pasada. En ámbitos diferentes al asesoramiento y la gestión discrecional, cuando la entidad considere que el producto o servicio no resulta adecuado para el cliente debe advertírsele antes de prestarle el servicio de inversión. Igualmente, si el cliente no facilita la información necesaria, antes de prestarle el servicio financiero la entidad debe advertirle que dicha decisión del cliente le impide determinar si el servicio o producto es adecuado. En ambos casos, la norma permite continuar con la contratación después de haber realizado las preceptivas advertencias de no conveniencia o de ausencia de evaluación al cliente.



El Tribunal Supremo ha establecido un criterio jurisprudencial a partir de la sentencia del pleno STS de 20 de enero de 2014, sobre el contenido de los deberes de información de la entidad financiera cuando comercializa con clientes minoristas

un producto financiero complejo y la incidencia del incumplimiento de esos deberes de información para la apreciación de error vicio del consentimiento determinante de la nulidad del contrato, criterio que fue posteriormente consolidado en muchas otras sentencias:

*“Alcance de los deberes de información y asesoramiento*

*6. Normativa aplicable al contrato de swap cuya nulidad se pretende. Ordinariamente existe una desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional. La complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros. Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, esta necesidad de protección se acentúa porque las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto.*

*Para entender bien el alcance de la normativa específica, denominada MiFID por ser las siglas del nombre en inglés de la Directiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instrumentos financieros (Markets in Financial Instruments Directive), de la que se desprenden específicos deberes de información por parte de la entidad financiera, debemos partir de la consideración de que estos deberes responden a un principio general: todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate. Este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 CC y en el derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, reflejo de lo cual es la expresión que adopta en los Principios de Derecho Europeo de Contratos (The Principles of European Contract Law-PECL-cuyo art. 1:201 bajo la rúbrica "Good faith and Fair dealing" ("Buena fe contractual"), dispone como deber general: "Each party must act in accordance with good faith and fair dealing" ("Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe"). Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de proporcionar a la otra parte información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se*



encuentran en este caso los concretos riesgos que comporta el producto financiero que se pretende contratar.

En lo que ahora interesa, que es determinar el alcance de los deberes de información y asesoramiento de la entidad financiera en la contratación con inversores minoristas de productos financieros complejos, como es el swap, al tiempo en que se llevó la contratación objeto de enjuiciamiento (13 de junio de 2008), "las normas de conducta para la prestación de servicios de inversión a clientes" del art. 19 Directiva 2004/39/CE ya habían sido traspuestas a nuestro ordenamiento por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que introdujo el contenido de los actuales arts. 78 y ss de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en adelante LMV). También había entrado en vigor el RD 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, que desarrolla esta regulación.

7. Información sobre los instrumentos financieros. El art. 79 bis LMV regula los deberes de información que recaen sobre las entidades financieras que presten estos servicios de inversión. Estos deberes no se reducen a que la información dirigida a sus clientes sea imparcial, clara y no engañosa (apartado 2), sino que además deben proporcionarles, "de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión", que "deberá incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias" (apartado 3).

El art. 64 RD 217/2008, de 15 de febrero, regula con mayor detalle este deber de información sobre los instrumentos financieros y especifica que la entidad financiera debe "proporcionar a sus clientes (...) una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional". Y aclara que esta descripción debe "incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas".

En su apartado 2, concreta que "en la explicación de los riesgos deberá incluirse, cuando sea justificado en función del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los conocimientos y perfil del cliente, la siguiente información:

a) Los riesgos conexos a ese tipo de instrumento financiero, incluida una explicación del apalancamiento y de sus efectos, y el riesgo de pérdida total de la inversión.



b) *La volatilidad del precio de ese tipo de instrumento financiero y cualquier limitación del mercado, o mercados, en que pueda negociarse.*

c) *La posibilidad de que el inversor, asuma, además del coste de adquisición del instrumento financiero en cuestión, compromisos financieros y otras obligaciones adicionales, incluidas posibles responsabilidades legales, como consecuencia de la realización de transacciones sobre ese instrumento financiero.*

d) *Cualquier margen obligatorio que se hubiera establecido u otra obligación similar aplicable a ese tipo de instrumento".*

8. *Evaluación de la conveniencia y de la idoneidad. Además, las entidades financieras deben valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad.*

*La entidad financiera debe realizar al cliente un test de conveniencia, conforme a lo previsto en el art. 79bis. 7 LMV ( arts. 19.5 Directiva 2004/39/CE), cuando se prestan servicios que no conllevan asesoramiento. Se entiende por tales, los casos en que el prestatario del servicio opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada. Este test valora los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente, con la finalidad de que la entidad pueda hacerse una idea de sus competencias en materia financiera. Esta evaluación debe determinar si el cliente es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión ofertado o demandado, para ser capaz de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa. Como aclara el art. 73 RD 217/2008, de 15 de febrero, se trata de cerciorarse de que el cliente "tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado".*

*Esta "información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos enumerados a continuación, en la medida en que resulten apropiados a la naturaleza del cliente, a la naturaleza y alcance del servicio a prestar y al tipo de producto o transacción previsto, incluyendo la complejidad y los riesgos inherentes:*

a) *Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que está familiarizado el cliente.*

b) *La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el periodo durante el que se hayan realizado.*

c) *El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes" ( art. 74 RD 217/2008, de 15 de febrero).*

*Contrariamente a lo que entiende el recurrente, estas exigencias propias del test de conveniencia son menores que cuando debe valorarse la idoneidad del producto conforme al art. 79 bis. 6 LMV ( art. 19.4 Directiva 2004/39/CE). El test de idoneidad opera en caso de que se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras mediante la realización de una recomendación personalizada. La entidad financiera que preste estos servicios debe realizar un examen completo del cliente, mediante el denominado test de idoneidad, que suma el test de conveniencia (conocimientos y experiencia) a un informe sobre la situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y los objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del cliente, para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan.*

*Para ello, especifica el art. 72 RD 217/2008, de 15 de febrero, las entidades financieras "deberán obtener de sus clientes (...) la información necesaria para que puedan comprender los datos esenciales de sus clientes y para que puedan disponer de una base razonable para pensar, teniendo en cuenta debidamente la naturaleza y el alcance del servicio prestado, que la transacción específica que debe recomendarse (...) cumple las siguientes condiciones:*

*a) Responde a los objetivos de inversión del cliente. En este sentido, se incluirá, cuando proceda, información sobre el horizonte temporal deseado para la inversión, sus preferencias en relación a la asunción de riesgos, su perfil de riesgos, y las finalidades de la inversión.*

*b) Es de tal naturaleza que el cliente puede, desde el punto de vista financiero, asumir cualquier riesgo de inversión que sea coherente con sus objetivos de inversión (...).*

*c) Es de tal naturaleza que el cliente cuenta con la experiencia y los conocimientos necesarios para comprender los riesgos que implica la transacción (...).*

*9. 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 10)".

Por otra parte, el Tribunal Supremo viene declarando de forma reiterado que el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo.

**CUARTO.-** Debe proyectarse el anterior criterio sobre el concreto supuesto ahora enjuiciado. Al respecto se aducen en el escrito de demanda los siguientes hechos: 1º don Antonino era comercial y doña Mª de la Encarnación había regentado como costurera en un negocio propio. 2º Ninguno de los dos tenía experiencia en productos financieros o bancarios, ni conocimientos en macroeconomía, cálculos de intereses, evoluciones y productos financieros, proyecciones económicas, ni formulismos. 3º Sus conocimientos financieros son los mismos que puede tener cualquier ciudadano que contrata con su banco de confianza un contrato de cuenta corriente asociada a una tarjeta de crédito, o un depósito; 4 Desde hace muchos



años los demandantes son clientes de Banco Popular, entidad en la que se ha depositado su más absoluta confianza durante todo este tiempo. 5º Durante todo ese tiempo, sus ahorros siempre estuvieron depositados en cuentas a la vista, plazo fijo, y siempre realizando las imposiciones bajo la recomendación individualizada del personal de la oficina. 6º Los demandantes tuvieron el convencimiento de que su inversión estaba garantizada en su integridad y que podían disponer del capital en cualquier momento, ya que la persona que trabajaba en la oficina así se lo manifestó. 7º Al momento de suscribir la orden de valores, el demandante también firmó un test de conveniencia/idoneidad que fue cumplimentado por la propia oficina y, finalmente suscribió contrato de depósito o administración de valores en la misma fecha y hora, entregándosele, al mismo tiempo, la información de las condiciones de prestación de servicios de inversión, que contaba con 10 páginas de imposible comprensión para los demandantes.

A partir de tales presupuestos fácticos se sostiene en la demanda que concurre un vicio del consentimiento causado al concurrir un error en su prestación debido a que, por la ausencia de información previa a su contratación, los demandantes ignoraban los elementos esenciales del contrato.

Por su parte, la entidad bancaria afirma: 1º El Banco informó debidamente al actor del riesgo, típico y consustancial a la naturaleza de las obligaciones subordinadas y “con motivo de la contratación, el propio actor declaró ser consciente de los riesgos inherentes al producto de inversión contratado” (documento nº 12); 2º el resumen explicativo de condiciones de la emisión (tríptico informativo) fue entregado a los clientes, como reconocieron expresamente con su firma del documento (documento nº 13); 3º en la orden de valores se admitiría haber recibido el tríptico informativo de la emisión y se da por informado de que existía un texto completo del folleto informativo en la CNMV; 4º Previamente se había informado a los demandantes en “sesiones informativas”. “Tras examinar con antelación toda la documentación contractual e informativa que le había sido facilitada” y “tras las sesiones explicativas mantenidas con las personas del Banco, los actores decidieron suscribir setenta títulos, destinando a ello 10.000 euros”.

De la prueba practicada resulta: 1º Resulta cierto lo señalado en la demanda sobre la ocupación de los actores, sin que la demandada los recabara previamente a la comercialización del producto; 2º No consta que previamente los demandantes hubieran celebrado contratos financieros como el que nos ocupa u otros análogos. El previo de naturaleza próxima al que nos ocupa fue igualmente comercializado



irregularmente por la demandada y su adquisición anulada en un anterior juicio; 3º En la comercialización no consta que se le haya facilitado al cliente previamente a la suscripción del producto financiero información verbal o escrita, ni entregado el folleto informativo, ni practicado ningún tipo de test. Es significativo que la orden de valores tenga la hora de las 11.28 del día 19 de julio de 2011, simultáneo con la entrega del resumen explicativo de las condiciones de la emisión y el test de conveniencia realizado al Sr. Espeso y previo al de la Sra. Pérez. Tampoco consta que efectivamente se haya formulado las preguntas en los mismos contenidos, pero, en todo caso, la conclusión que se extrae no es coherente con las contestación, pues responden que tienen más de 60 años, están poco relacionados con el ámbito financiero, la experiencia inversora es de más de 5 años, tienen “fondos de inversión, acciones o renta fija privada”, realizan inversiones financieras de bajo importe y mucha frecuencia y se informaban por familiares o amigos, asesores de entidades financieras y periódicos de información económica, lo que no parece compatible con considerar el producto adecuado; 4º La propuesta de inversión partió de la demandada y no se practicó evaluación de la idoneidad; 5º No consta cuál fue la información verbal que le fue facilitada al demandante, pues la empleada del banco que declaró como testigo ni tan siquiera pudo precisar si había sido ella quien atendió en este contrato a los demandantes; y 6º no consta que los demandantes tuvieran conocimiento de que las OBS fueran un producto financiero complejo y de riesgo.

**QUINTO.**- Basta contrastar las exigencias formales reseñadas en el fundamento jurídico tercero de esta resolución con las observadas en este caso que se dan por probadas en el fundamento jurídico quinto para apreciar la evidencia de que el banco incumplió sus deberes de asesoramiento, información y demás mecanismos legales de protección del cliente de forma abrumadora. Pero ha de examinarse si concurrió el vicio del consentimiento (art. 1261y 1266 CC) que se aduce para procurar así la anulación del contrato, esto es, si existió una representación falsa sobre la naturaleza y riesgos del contrato, debiendo tenerse en consideración que para anular el contrato el error ha de tener la suficiente entidad y que no ser imputable a la negligencia de quien lo sufre. Y ello por cuanto no cabe establecer con carácter general y automático que la ausencia de información comporte aquel vicio, aunque sí permite presumirlo, según señala las sentencias del TS de 20 de enero, 7 y 8 de julio y 8 de septiembre de 2014, y en el presente caso



estimamos que el consentimiento prestado estuvo viciado por un error esencial y excusable.

Se trataba de clientes minoristas, algo admitido por la demandada. Ciertamente, como afirma la STS de 7 de octubre de 2016, si el cliente debe ser considerado como minorista, las entidades financieras deben asegurarse de la idoneidad y conveniencia de los productos ofrecidos, y deben suministrar a estos clientes una información completa y suficiente, y con la antelación necesaria, sobre los riesgos que conllevan ( art. 79 bis de la Ley del Mercado de Valores ). Asimismo, el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión, establece en sus arts. 72 a 74 que las entidades que presten servicios de inversión tienen, entre otras, las siguientes obligaciones: (i) Evaluar la idoneidad y conveniencia para el cliente del producto ofrecido, en función de sus conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al mismo; (ii) La información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos sobre: a) Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que esté familiarizado el cliente; b) La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el período durante el que se hayan realizado; c) El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes

Es cierto que la jurisprudencia que resumidamente se expone en un fundamentos anteriores sobre la concurrencia del error vicio del consentimiento en la contratación de productos financieros complejos no puede beneficiar, ni extenderse a los clientes expertos o con acceso privilegiado a la información sobre estos productos, que pueden pretender revertir las consecuencias negativas que hubiera tenido la inversión. Pero el supuesto ahora enjuiciado está muy alejado de tal situación, dado que no consta experiencia alguna en productos de inversión, la profesión de los demandantes era de comercial y de costurera.

La contratación partió de una oferta del banco, al tratarse de un producto suyo, sin que haya expuesto circunstancia alguna que permita deducir que fueran los demandantes los que, conociéndolo, fueran a interesarse sobre el mismo, de forma que no es discutible que se trata de una actividad de asesoramiento respecto de la que es aplicable las exigencias señaladas anteriormente. Y no realizó la evaluación pertinente, mientras que el test practicado, al igual que la entrega de alguno de los documentos informativos, son posteriores al contrato.





No se practicó prueba alguna sobre la forma de comercializar el producto, más que la firma del resumen explicativo de la emisión, entregada, según se desprende de la documentación de forma simultánea y posterior a la firma la orden de suscripción. Como recuerda la STS de 8 de junio de 2017, su jurisprudencia ha declarado la importancia que tiene la información precontractual que se le facilita al consumidor –y la demandante, además de cliente minorista, tiene tal consideración–, porque es en esa fase cuando se adopta la decisión de contratar. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información. Y difícilmente puede aprehender la naturaleza y riesgo del contrato con la firma, al mismo momento de la contratación, del citado extracto, que no consta que tan siquiera le hubiera sido leído a la demandante, remitiéndonos a lo dicho anteriormente. Por otra parte, no resulta admisible que se considere, a efectos de observar los deberes impuestos por la Ley al Banco, la remisión a documentos que no constan entregados. Al respecto el Tribunal Supremo ha señalado en su sentencia del Pleno de 18 de abril de 2013, reiterada posteriormente (así Sentencia de 8 de julio de 2014), que “la obligación de información que establece la normativa legal es una obligación activa que obliga al banco y no de mera disponibilidad, que chocaría con el carácter imperativo y tuitivo de la normativa aplicable”. Y no cabe entender cumplida la obligación que examinamos con un aviso genérico sobre la existencia de riesgos. En este sentido, se pronuncian las Sentencia del TS de 29 de marzo de 2016 y 10 de diciembre de 2015. En suma, la información ofrecida está lejos de resultar completa y suficiente sobre los riesgos que conllevan. Pero además tal información debe presentarse con la antelación suficiente a la firma. Y en este caso la totalidad de los documentos en que se apoya la demandada son simultáneos al acto de firma, lo que evidencia la falta de una previa y detallada información, que permitiera al cliente, con sosiego, analizar la conveniencia de la inversión. Por tanto, la demandada infringió la obligación de informar a los potenciales clientes al ofertarles el producto, con suficiente antelación respecto de la suscripción del contrato. Así en la sentencia de 10 de septiembre de 2014, en un caso anterior a la entrada en vigor de la normativa MiFID, se señala: *“Deber de informar con suficiente antelación. Hay que acoger también la impugnación relativa al argumento empleado por la audiencia para rechazar el carácter excusable del error , consistente en que al firmar las condiciones particulares de la póliza de seguro pudieron conocer el alto riesgo asumido.*



*Además de los razonamientos expresados anteriormente sobre la insuficiencia de la información facilitada a los demandantes por su falta de concreción sobre los extremos relevantes del producto contratado, su emisor y los riesgos asociados al mismo, las demandadas infringieron la obligación de informar a los potenciales clientes al ofertarles el producto, con suficiente antelación respecto de la suscripción del contrato. El art. 11 Directiva 1993/22/CEE , de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, establece que las empresas de inversión tienen la obligación de transmitir de forma adecuada la información procedente « en el marco de las negociaciones con sus clientes ». El art. 5 del anexo del RD 629/1993, aplicable por razón del momento en que se celebraron los contratos, exige que la información « clara, correcta, precisa, suficiente » que debe suministrarse a la clientela sea « entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación ».*

*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 solo se facilita en el momento mismo de firma del documento contractual, inserta dentro de una reglamentación contractual que por lo general es extensa.*

Por último, no cabe sostener que los demandantes tuvieran conocimiento de las características del producto con la mera alusión a que conocía que comportaba un riesgo, como se expresa en diversos documentos y se afirma de forma reiterada en la contestación a la demanda. La sentencia de 10 de septiembre de 2014 da respuesta en los siguientes términos: En definitiva, lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento adecuado del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente que lo contrata una representación mental equivocada sobre las características esenciales del objeto del contrato, debido al incumplimiento por las empresas de inversión demandadas de los deberes de información que les impone la normativa del mercado de valores cuando contratan con clientes respecto de los que existe una



asimetría informativa. En la contratación de productos o servicios de inversión con clientes no profesionales, no basta con el conocimiento difuso de la posible existencia de un riesgo que en principio puede suponerse al estar contratando un producto de inversión, ni siquiera la existencia de advertencias genéricas de riesgo; es precisa una información suficiente y clara, suministrada con la antelación adecuada, sobre las características del servicio o del producto, la identidad del emisor, sobre la existencia o inexistencia de garantías y, en su caso, la identidad y características del garante, y sobre el alcance preciso de los diversos riesgos asociados al producto o servicio contratado, que permita al cliente formar correctamente las presuposiciones del contrato”

Es evidente, a partir de la consolidada doctrina jurisprudencial que en el presente caso el banco demandado no ha probado que informara debidamente al actor, menos que lo hiciera de forma detallada y clara de los riesgos en la contratación del producto con carácter previo a la celebración del contrato y con suficiente antelación, en la promoción y oferta de sus productos y servicios, para que el potencial cliente pueda adoptar una decisión inversora reflexiva y fundada. Y tal circunstancia determina que el error de la contraparte haya de considerarse excusable, porque es dicha parte la que merece la protección del ordenamiento jurídico frente al incumplimiento por la contraparte de la obligación de informar de forma veraz, completa, exacta, comprensible y con la necesaria antelación que le impone el ordenamiento jurídico.

De ese conjunto de elementos ha de concluirse que concurre en la prestación del consentimiento un error que de ser calificado esencial y excusable, remitiéndonos en este punto a lo señalado en las sentencias antes citadas, a cuyo efecto no es relevante la bondad del producto o su conveniencia para el cliente, sino si éste tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo, lo que presume la existencia del error, salvo que concurren circunstancias en el cliente que permitieran desechar la existencia del error.

**SEXTO**.- El artículo 1303 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”, artículo que ha de aplicarse tanto en los casos en que se produzca una nulidad relativa del contrato, como en el caso en que se trate de una nulidad absoluta (entre muchas: sentencia del Tribunal





Supremo de 13 de julio de 2012). La jurisprudencia ha señalado que el régimen específico de los arts. 1303 a 1308 CC puede resultar insuficiente para resolver todos los problemas derivados de la nulidad contractual (STS de cinco de marzo de 2010, entre muchas), pues, como señala la sentencia de 15 de enero de 2010 “la restitución recíproca contemplada en el citado art. 1303 CC puede tener unos límites racionales similares a los reconocidos para algunos casos de resolución contractual”. Es menester, para resolver la controversia, atenderse a la finalidad de la norma. En este sentido, la sentencia de 10 de diciembre de 2010 que “la jurisprudencia ha sido reiterada en un sentido de que “el precepto, que tiene como finalidad conseguir que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador, evitando el enriquecimiento injusto...” , como dicen las sentencias de 11 de febrero de 2003 y 6 de julio de 2005 y lo reiteran las de 22 de abril de 2005 y 23 de junio de 2008 . ... Y matiza la doctrina que la indemnización alcanza al interés negativo o “interés de confianza” que resulta de cotejar la situación en que estaría la parte perjudicada si no hubiese celebrado el contrato o hubiese conocido desde el principio su invalidez, con la situación actual en que se encuentra ahora, sin que alcance al llamado interés positivo que resulta de comparar la situación provocada por la invalidez, con la que existiría si hubiese habido validez y cumplido los efectos del contrato.”

Con la perspectiva indicada, no existe motivo para excluir el supuesto enjuiciado del régimen ordinario que contempla el art. 1303 CC, lo que comporta la devolución recíproca de las prestaciones recibidas, incrementadas en el interés legal desde su entrega. Éste es el criterio reiterado del Tribunal Supremo, resumida en la reciente sentencia de 11 de julio de 2017: “ *El problema de los efectos restitutorios de la nulidad por vicio del consentimiento en unos contratos de adquisición de participaciones preferentes y/u obligaciones subordinadas de Caixa Galicia ha sido tratado y resuelto expresamente por esta sala en las sentencias 716/2016, de 30 de noviembre , y 734/2016, de 20 de diciembre , con remisión expresa a lo resuelto en las sentencias 744/2015, de 30 de diciembre , 102/2016, de 25 de febrero , y 625/2016, de 24 de octubre . A su vez, esta doctrina ha sido reiterada, respecto de otra entidad bancaria, en la sentencia 270/2017, de 4 de mayo.*

*Decíamos en tales resoluciones que, en caso de nulidad contractual por vicio del consentimiento, los efectos de la nulidad alcanzan a ambas partes, comercializadora y adquirente, y que consisten en la restitución por la entidad comercializadora del importe de la inversión efectuada por el adquirente, más el*



*interés devengado desde que se hicieron los pagos, y el reintegro por el comprador de los rendimientos percibidos más los intereses desde la fecha de cada abono.*

*3.- Ello es así, porque los intereses constituyen en estos casos los frutos o rendimientos de un capital, a los que, por virtud de la presunción de productividad de éste, tiene derecho el acreedor en aplicación de las reglas sobre la restitución integral de las prestaciones realizadas en cumplimiento de contratos declarados ineficaces y la interdicción del enriquecimiento sin causa ( sentencias de esta Sala núm. 81/2003, de 11 de febrero ; 325/2005, de 12 de mayo ; y 1385/2007, de 8 de enero de 2008 , entre otras muchas). Ésta es la solución adoptada por los arts. 1295.1 y 1303 CC , al regular los efectos de la rescisión o de la declaración de la nulidad del contrato, mediante una regla que obliga a devolver la cosa con sus frutos y el precio con sus intereses y que se aplica, también, a otros supuestos de ineficacia que produzcan consecuencias restitutorias de las prestaciones realizadas ( sentencias núm. 772/2001, de 20 de julio ; 812/2005, de 27 de octubre ; 1385/2007, de 8 de enero ; y 843/2011, de 23 de noviembre ), como sucede, como regla general, con la resolución de las relaciones contractuales.*

*Interpretación jurisprudencial que considera, además, que las mencionadas normas - arts. 1295.1 y 1303 CC - se anteponen a las reglas generales que, sobre la liquidación de los estados posesorios, contienen los artículos 451 a 458 CC ( sentencias de 9 de febrero de 1949 , 8 de octubre de 1965 y 1 de febrero de 1974 ), ya que tales reglas se aplican cuando entre dueño y poseedor no existe un negocio jurídico, pues de haberlo, sus consecuencias se rigen por las normas propias de los negocios y contratos de que se trate ( sentencias núm. 439/2009, de 25 de junio ; y 766/2013, de 18 de diciembre ).*

*4.- Para reiterar dicha doctrina jurisprudencial, hemos de tener en cuenta que los desplazamientos patrimoniales realizados en cumplimiento del contrato inválido carecen de causa o fundamento jurídico ( sentencia núm. 613/1984, de 31 de octubre ); por lo que, cuando se han realizado prestaciones correspondientes, el art. 1303 CC -completado por el art. 1308- mantiene la reciprocidad de la restitución. Así como que el restablecimiento de la situación anterior a la celebración del contrato nulo impone que la restitución deba comprender no sólo las cosas en sí mismas, sino también los frutos, productos o rendimientos que hayan generado”*

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



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

## **FALLO**

Estimando la demanda formulada por el procurador Sr. Fernández Rodríguez, en la representación de autos, contra Banco Popular Español, SA, debo declarar y declaro la nulidad de los contratos de compra y canje de obligaciones subordinadas objeto del presente litigio, con los efectos legales inherentes a tal pronunciamiento y con condena a la restitución recíproca entre las partes de las prestaciones que hubiesen sido objeto de los mismos, esto es, deberá la sociedad demandada devolver a los actores el capital suscrito, con sus gastos y comisiones, incrementado en el interés legal desde su entrega; y los demandantes deberán entregar los títulos recibidos y abonar a la demandada el importe de los rendimientos obtenidos por las obligaciones suscritas, incrementadas en el interés legal devengado desde su pago, todo ello con expresa imposición de las costas procesales a la demandada.

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

Contra esta Resolución cabe interponer recurso de apelación que deberá prepararse ante este órgano judicial en el plazo de veinte días contados desde el día siguiente a su notificación, debiendo exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna. Para interponer el recurso será necesaria la constitución de un depósito de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Juzgado tiene abierta en el Santander con el número 4848 0000 04 0093 18 , consignación que deberá ser acreditada al preparar el recurso (DA 15ª LOPJ).





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

