ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

ADMINISTRACIÓN DE XUSTIZA

XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 9
A CORUÑA

SENTENCIA: 00124/2019

XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 9 DE A CORUÑA

RUA MONFORTE S/N - 4ª PLANTA - CIF S1513091G
Teléfono: 981.18.52.69/70, Fax: 981.18.52.59
Modelo: 045700
N.I.G.: 15030 42 1 2018 0000481

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000028 /2018 M

Procedimiento origen: /
Sobre RECLAMACION DE CANTIDAD
DEMANDANTE D/ña.
Procurador/a Sr/a. AMAYA MARTA GONZALEZ CELAYA
Abogado/a Sr/a. XOSE MANUEL FERNANDEZ VARELA
DEMANDADO D/ña. BANCO POPULAR ESPAÑOL SA
Procurador/a Sr/a.
Abogado/a Sr/a.

SENTENCIA

En A Coruña, a diez de septiembre de dos mil diecinueve.

EL ILMO SR.D. , Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 9 de A Coruña, ha dictado la presente en autos procedimiento ordinario28-2018-M en los que es parte demandante D. , representado por la procuradora Dª AMAYA GONZÁLEZ CELAYA y asistido del letrado D. XOSÉ MANUEL FERNÁNDEZ VARELA, y parte demandada BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A- hoy BANCO SANTANDER S.A-, representado por la procuradora Dª y asistido de la letrada Dª

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se interpuso por la actora demanda de juicio ordinario en la que, tras citar los fundamentos de derecho que

CVE: Yy6QguyPL0
Verificación: https://sede.xustiza.gal/cve

estimó de aplicación, terminaba solicitando el dictado de sentencia de conformidad a su suplico.

SEGUNDO.- La parte demandada contestó a la demanda. Celebrada la audiencia previa y el juicio, en el que se practicaron las pruebas declaradas pertinentes se formularon conclusiones y quedaron los autos vistos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte actora ejercita acción de nulidad de contrato de 23 de diciembre de 2009, de suscripción de 70 títulos por un valor nominal, cada uno de ellos, de 1.000 euros, llamadas BONOS CAPITAL CONVERTIBLES, emisión ES0370412001 así como su canje, el 2 de mayo de 2012, por nuevos bonos denominados "Bonos subordinados obligatoriamente convertibles II/2012, código ISIN ES0313790059.

SEGUNDO.- Cabe hablar de error vicio en el consentimiento contractual prestado, cuando la voluntad del contratante se hubiera formado a partir de una creencia inexacta - *SSTS 114/1985, de 18 de febrero , 295/1994, de 29 de marzo , 756/1996, de 28 de septiembre , 434/1997, de 21 de mayo , 695/2010, de 12 de noviembre , 683/2012, de 21 de noviembre* entre otras muchas-. Es decir, cuando la representación mental que hubiera servido de presupuesto para la celebración del contrato fue equivocada o errónea.

Igualmente para que quepa hablar del error como vicio del consentimiento es necesario que la representación equivocada merezca la consideración de tal. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura,

CVE: Yy63guyPu0
Verificación: https://sede.xustiza.gal/cve

no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias (*STS de 29 de octubre de 2013*).

Los requisitos del error.

La existencia del error está condicionada a la concurrencia de una serie de requisitos que le otorgan eficacia jurídica anulatoria, cuya finalidad no es otra que garantizar la estabilidad de los contratos ("pacta sunt servanda"), así como dar protección a la contraparte que confió de buena fe en la validez del contrato suscrito (principio de confianza). En definitiva, la seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos - *STS de 15 de febrero de 1977* -.

Dispone el *artículo 1266 del Código Civil* que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo. Ha de tratarse de un error esencial y excusable, de modo que cuando concurran tales requisitos puede realizarse una legítima transferencia del error de la persona que lo sufre a la otra parte contratante, provocando su anulabilidad y restitución ordenada de prestaciones.

El error sustancial o esencial.-

El error es sustancial cuando "la cosa carezca de algunas condiciones que se le atribuyen, y precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio atendida la finalidad de éste" (*SSTS 17 de julio de 2006* ,

CVE: Yy63guyPu0
Verificación: https://sede.xustiza.gal/cve

695/2010, de 12 de noviembre , 683/2012, de 21 de noviembre de 2012 y 6 de junio de 2013 en recurso 2039/2010 entre otras).

También cabe enfocar tal requisito desde una perspectiva causal, en el sentido de que el error padecido fue determinante a la hora de comprometerse contractualmente. Y así la *STS de 29 de octubre de 2013* , proclama que el error debe "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".

La excusabilidad del error: su imputabilidad y apreciación ponderada con el deber precontractual de información.-

El otro requisito es el de la excusabilidad del error. Pese a que no se menciona expresamente en el mentado *art. 1266 del CC* , cabe deducirlo, como hace doctrina y jurisprudencia, de los llamados principios de autorresponsabilidad y de buena fe, este último consagrado los *arts. 7 y 1258 del CC* .

La inexcusabilidad del error habrá de ser apreciada ponderando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso sometido a consideración judicial. En definitiva, la función de este requisito radica en impedir que el ordenamiento proteja a quien alega un error que le resulta imputable por su falta de diligencia exigible, perjudicando a la contraparte, que debe ser prioritariamente amparada, por la confianza infundida por la declaración contractual efectuada.

En este sentido, reiterada jurisprudencia exige que el error sea excusable; es decir, que no se pueda atribuir a

CVE-: Yy63guvPu0
Verificación: https://sede.xustiza.gal/cve

negligencia de la parte que lo alega; o dicho de otro modo, que no pueda ser superado mediante el comportamiento civiliter de emplear una diligencia media en atención a las circunstancias de la persona y lugar (*SSTS de 14 y 18 febrero 1994 , 6 noviembre 1996 , 30 septiembre 1999 , 12 de julio de 2002 , 24 enero 2003 , 12 de noviembre de 2004 y más recientemente 4 de octubre de 2012* entre otras).

Hoy en día alcanzan especial valor los denominados deberes precontractuales de información, de clara finalidad tuitiva o protectora, a los efectos de facilitar el conocimiento real de lo que efectivamente se está contratando, y posibilitar de esta manera la formación de un consentimiento válido sobre el que construir el carácter vinculante de los contratos.

La reciente *STS 384/2014, de 7 de julio* , proclama que: "Según se declaró en la *STS nº 840/2013* , la habitual desproporción que existe entre la entidad que comercializa servicios financieros y los clientes, derivada de la asimetría informativa sobre productos financieros complejos, es lo que ha determinado la necesidad de una normativa específica protectora del inversor no experimentado, que tiene su último fundamento en el principio de la buena fe negocial, a la que ya se había referido *esta Sala en la STS nº 244/2013, también del Pleno, de 18 de abril de 2013, recurso nº 1979/2011* ..." y sigue razonando: "Conforme a esta línea jurisprudencial, el cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa, como una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe que se contienen en el *artículo 7 CC* , y para el cumplimiento de ese deber de información no basta con que esta sea imparcial, clara y no engañosa, sino que deberá incluir de manera

CVE: Yy63guyPu0
Verificación: https://sede.xustiza.gal/cve

comprensible información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión y también orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias (*art. 79 bis LMV, apartados 2 y 3 ; art. 64 RD 217/2008*)".

La naturaleza de determinados negocios jurídicos, máxime cuando se trata de productos financieros complejos y de riesgo , exige que el cliente bancario disponga de una información relevante y completa para formar una voluntad convencional consciente y libre. Estos deberes de información, ya sean legales o provenientes de la buena fe objetiva, tienen, como no puede ser de otra forma, una influencia decisiva a la hora de apreciar la imputabilidad del error (confianza provocada).

En consecuencia, la excusabilidad del error habrá de ser apreciada, ponderando la posición prevalente de quien cuenta con la información oportuna para ofertar tales productos contractuales en el tráfico jurídico, con respecto a quien carece de dichos conocimientos, ocupando una posición debilitada, que le hace acreedor a una indiscutible protección jurídica, que le garantice un real y equitativo equilibrio contractual; máxime cuando tales situaciones se desenvuelven en una atmosfera de confianza, depositada en quien se encuentra -como son las entidades financieras- legalmente obligadas a actuar, con objetividad y transparencia, no ofertando productos de elevado riesgo y complejidad, que sean inadecuados al perfil del consumidor contratante. Todo ello, con la finalidad de que no primen sus necesidades de financiación sobre los intereses de sus clientes, en relación a los cuales no es lícito reconvertir un perfil conservador en otro de inversor de riesgo, hasta el punto de aquéllos puedan verse privados totalmente de las cantidades ahorradas

CVE-: Yy63guyPu0
Verificación: https://sede.xunta.gal/ove

destinadas a proveer ulteriores necesidades, y, en no pocos casos, como demuestra la experiencia jurisdiccional alcanzada, para atender a las derivadas de una jubilación ya consolidada o de próximo advenimiento. Ello implica que la diligencia contractual exigible a las entidades bancarias consista en ser especialmente celosas en sus deberes de información y leales gestoras de los intereses ajenos, cerciorándose de que el consumidor quiere de forma consciente transmutar la finalidad de sus ahorros en productos financieros, susceptibles de generarles una rentabilidad mayor, pero también con el riesgo de la pérdida total del capital destinado a su adquisición.

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

En el contexto expuesto, la determinación de la excusabilidad del error se encuentra anudada al comportamiento contractual de la contraparte, lo que puede dar lugar a estas tres situaciones, en las que cabe calificar dicho vicio de consentimiento como disculpable, y, por lo tanto, no imputable a quien lo padeció:

Primera, cuando el error es provocado por hecho propio del otro contratante o por la concurrencia de dolo por su parte;

Segundo, cuando quien no actuó con tal vicio del consentimiento conocía o pudo fácilmente conocer que el otro contratante actuaba equivocadamente, en cuyo caso el

CVE: YyE3guyPu0
Verificación: https://sede.xustiza.gal/cve

comportamiento civiliter exigía rescatarle de la situación en que se encontraba, conforme a elementales deberes de buena fe (*art. 1258 del CC*);

O tercero, cuando estaba legalmente obligada a suministrarle determinada información y no lo hace o se la presta de forma inadecuada, al margen de las exigencias requeridas, provocando con ello el error en la otra parte contratante.

En efecto, para medir la excusabilidad del error el Tribunal Supremo no se fija únicamente en el contratante que lo sufrió, sino también en el comportamiento de la contraparte. En este sentido, la *STS de 4 de enero de 1982* , *cuya doctrina es seguida por la de 22 de mayo de 2006* , señala "valorando las respectivas conductas según el principio de la buena fe (art. 1258) pues si el adquirente tiene el deber de informarse, el mismo principio de responsabilidad negocial le impone al enajenante el deber de informar"; por eso la *STS de 14 de febrero de 1994* exige tener en cuenta "la condición de las personas, no sólo del que lo invoca, sino de la otra parte contratante, cuando el error pueda ser debido a la confianza provocada por las afirmaciones o la conducta de ésta".

Se alude, en estos casos, a un deber de advertir a cargo de la entidad demandada que está tipificado en la legislación tuitiva del consumidor bancario.

La *STS de 26 de septiembre de 1996* aprecia el error inducido por la conducta del otro contratante "que no es necesario que sea constitutiva de dolo o culpa para que sea tenida en cuenta a estos efectos".

CVE-: Yy6SguyPu0
Verificación: https://sede.xustiza.gal/cve

En otras ocasiones, también, se reputó excusable el error cuando quien lo padece no es un profesional experto (*SSTS de 4 de enero de 1982 , 14 y 18 de febrero de 1994 , 1 de julio de 1995* entre otras), máxime dada la complejidad de los contratos que nos ocupan.

Se aprecia, en definitiva, error excusable en casos en los que existe una gran asimetría en el conocimiento de los hechos por una y otra parte, o cuando se ha inducido de alguna forma a error a quien impugna el contrato (*SSTS de 14 de junio de 1943 , 26 de octubre de 1981 , 23 de noviembre de 1989 , 14 de febrero de 1993 , 14 de febrero de 1994 , 18 de febrero de 1994 , 28 de septiembre de 1996 y 6 de febrero de 1998*).

Más recientemente, la *STS nº 840/2013, de 20 de enero de 2014, del Pleno de la Sala 1ª señala* que "ordinariamente existe una desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional. La complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros. Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, esta necesidad de protección se acentúa porque las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto".

CVE: Yx63guyFuC
Verificación: https://sede.xustiza.gal/cve

Por su parte, la *STS de 29 de octubre de 2013* , admite que un defecto de información puede causar error en la formación de la voluntad de quien la necesitaba.

Es verdad que la *STS de 17 de febrero de 2014* , tras destacar la importancia que una adecuada información del inversor tiene no solo para el trasparente funcionamiento de los mercados financieros, sino también para una correcta formación de la voluntad de quien contrata con el prestador de los servicios de inversión, proclama que lo que "no cabe es considerar que el error vicio constituye una consecuencia ineluctable de la inexistencia o deficiencia de la información, puesto que puede haber padecido error quien hubiera sido informado -otra cosa es que sea excusable- y, por el contrario, que no lo haya sufrido quien no lo fue".

Ahora bien, la precitada *STS del Pleno de 20 de enero de 2014* , tras insistir en que "el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio", añade a continuación "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", argumentando más adelante que "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".

Y continúa su motivación: "Al mismo tiempo, la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad

CVE-: Yy53guyPu0
Verificación: https://sede.xustiza.gal/cve

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".

Es decir, que el propio Tribunal Supremo, en una sentencia del Pleno, nos está diciendo que una información inadecuada permite a un minorista incurrir en un error esencial y excusable.

Y más recientemente, en la *STS 384/2014, de 7 de julio* , lo refrenda cuando estable como ratio decidendi del caso sometido a su consideración, que: "El deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente".

Los deberes de información de la demandada.

Estos deberes contractuales de la demandada se encuentran recogidos por el *art. 60 del RDL 1/2007, de 16 de noviembre* , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, que norma al respecto: "Antes de contratar,

CVE: Yy63guyPu0
Verificación: https://sede.xustiza.gal/cve

el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo".

La legislación especifica con respecto a la contratación de instrumentos financieros se encuentra constituida por los *arts. 78 y ss. de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores* , redactados por la Ley 47/2007, dictada para incorporar al ordenamiento jurídico español las Directivas europeas 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros MiFID (Markets in Financial Instruments Directive), la Directiva 2006/73/CE de la Comisión, de 10 de agosto de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de inversión y términos definidos a efectos de dicha Directiva y la Directiva 2006/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito, preceptos de la LMV que fueron recientemente modificados por la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, que no estaba vigente al desarrollarse los presentes hechos.

Igualmente por 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 tal clase y por el que se modifica parcialmente el Reglamento

CVE: Yy83guyPu0
Verificación: https://sede.xustiza.gal/cve

de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre.

Cuyo *art. 60 dispone: "1. A los efectos de lo dispuesto en el art. 79 bis.2 de la Ley 24/1988, de 28 de julio* , toda información, incluidas las comunicaciones publicitarias, dirigida a clientes minoristas, incluidos los clientes potenciales, o difundida de tal manera que probablemente sea recibida por los mismos, deberá cumplir las condiciones establecidas en este artículo. En particular: . . . b) La información deberá ser exacta y no destacará los beneficios potenciales de un servicio de inversión o de un instrumento financiero sin indicar también los riesgos pertinentes, de manera imparcial y visible. c) La información será suficiente y se presentará de forma que resulte comprensible para cualquier integrante medio del grupo al que se dirige o para sus probables destinatarios. d) La información no ocultará, encubrirá o minimizará ningún aspecto, declaración o advertencia importantes.

El art. 79 de la LMV, en su párrafo primero, señala que "las entidades que presten servicios de inversión deberán comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios, y, en particular, observando las normas establecidas en este capítulo y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo".

Y conforme al numeral 6 del mentado art. 79 bis: "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

CVE: Yy63guyPuC
Verificación: https://sede.xustiza.gal/cve

el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate; y 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".

Y, en su número 7, que "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. La entidad entregará una copia al cliente del documento que recoja la evaluación realizada.

Cuando, en base a esa información, la entidad considere que el producto o el servicio de inversión no es adecuado para el cliente, se lo advertirá. Asimismo, cuando el cliente no proporcione la información indicada en este apartado o esta 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".

La *sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2013* destaca la importancia de las obligaciones dimanantes del deber de información, al señalar que: "Como resumen de lo expuesto, el régimen jurídico resultante de la Ley del Mercado de Valores y de la normativa reglamentaria que la desarrolla,

CVE-: Yy53guyPu0
Verificación: https://sede.xustiza.gal/cve

interpretadas a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva 1993/22/CEE de la que son desarrollo, impone a las empresas que actúan en el mercado de valores, y en concreto a las que prestan servicios de gestión discrecional de carteras de inversión, la obligación de recabar información a sus clientes sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión, y la de suministrar con la debida diligencia a los clientes cuyas carteras de inversión gestionan una información clara y transparente, completa, concreta y de fácil comprensión para los mismos, que evite su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Deben observar criterios de conducta basados en la imparcialidad, la buena fe, la diligencia, el orden, la prudencia y, en definitiva, cuidar de los intereses de los clientes como si fuesen propios, dedicando a cada cliente el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos, respondiendo de este modo a la confianza que el inversor deposita en el profesional en un campo tan complejo como es el de la inversión en valores mobiliarios".

No ofrece duda, en este caso, que nos encontramos ante un producto financiero complejo, como así lo ha declarado la *STS 411/2016, de 17 de junio* , con el argumento de que el propio art. 79 bis 8 a) de la LMV "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)". Y añade, a continuación dicha sentencia, que

CVE-: Yy63guyFuC
Verificación: https://sede.xustiza.gal/cve

"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". Y también se trata, como ya se señaló, de un producto financiero de riesgo. Dice la Sentencia del Supremo antes indicada al respecto que "… 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

CVE-: Yy63guvPu0
Verificación: https://sede.xustiza.gal/cve

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…"

CVE: Yy63guyPu0
Verificación: https://sede.xustiza.gal/cve

TERCERO.- En este caso, el producto, tal como se deduce de la declaración del actor, fue ofrecido al cliente encontrándonos, pues, ante un asesoramiento financiero o asesoramiento en materia de inversión. El producto, según declaró en juicio el empleado de la entidad, fue vendido, en la generalidad de los casos, como seguro y fiable. Se dice en la generalidad de los casos porque no declaró en juicio el empleado que, en concreto, comercializó el producto con el actor. Al ser un cliente minorista sin especiales conocimientos en materia financiera y tratarse de un producto complejo y de riesgo, la información proporcionada por la documentación y precontractual entregada al actor- orden de valores de octubre de 2009 y de mayo de 2012, que no contienen, o no consta que tengan, información alguna sobre el producto , y tríptico informativo del canje por nuevos bonos del año 2012- se revela como insuficiente para que el actor pudiese tener un conocimiento suficiente y adecuado del funcionamiento del productos y de sus riesgos. Máxime cuando se ofrecía como seguro y fiable. La *STS 411/2016, de 17 de junio* , precisamente relativa a los mismos productos financieros expedidos por la entidad demandada, señala que "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".

Por otra parte, como señala la jurisprudencia en las *SSTS 460/2014, de 10 de septiembre* , *769/2014, de 12 de enero de 2015* o *la precitada 411/2016, de 17 de junio* , en este tipo de contratos, la empresa que presta servicios de

CVE: Yy83guyPu0
Verificación: https://sede.xustiza.gal/cve

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 queda acreditada la fecha exacta de entrega del tríptico informativo, aunque parece que se hizo de forma simultánea a la firma de la orden de valores - resguardo provisional- de fecha 2/05/2012. No queda acreditado que el actor hubiese tenido tiempo material, por lo tanto, para su consideración y estudio, adquiriendo por consiguiente el tratamiento de mero trámite, incumpliendo su función de constituir un instrumento preordenado para tomar una decisión madura y consciente, máxime si tenemos en cuenta el carácter complejo y de riesgo de los bonos.

Las circunstancias temporales expuestas no son inocuas, sino que adquieren especial valor, dado que, como ha declarado la jurisprudencia comunitaria, por ejemplo, sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2014, dictada en el asunto *C-449/13* , en relación a la Directiva de Crédito al Consumo, pero con argumentos cuya razón jurídica los hace aplicables a estos supuestos, las obligaciones en materia de información impuestas por la normativa con carácter precontractual, no pueden ser cumplidas debidamente en el momento de la conclusión del contrato, sino que deben serlo en tiempo oportuno, mediante la comunicación al consumidor, antes de la firma de ese contrato, de las explicaciones exigidas por la normativa aplicable. Con cita de tal resolución, y aplicación de la mentada doctrina, la *STS 769/2014, de 12 de enero de 2015* .

CVE: Yy63guyPu0
Verificación: https://sede.xustiza.gal/cve

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* .

Además, no consta realizado el test de idoneidad o el de conveniencia , lo que sienta ya una presunción iuris tantum de vicio error en el consentimiento contractual prestado. En relación con el perfil del cliente, los productos relacionados en la contestación a la demanda, algunos posteriores a la contratación litigiosa, no implican que el actor tuviese un perfil de riesgo ni que, por tal contratación, tuviese un conocimiento suficiente y adecuado del producto litigioso y de sus riesgos.

CUARTO.- Alega la parte demandada caducidad de la acción, considerando que la parte venció el error que dice haber padecido en mayo de 2012, momento de suscribir el canje de los bonos de la nueva emisión que sustituiría a la anterior del año 2009.

Tal como resulta de la testifical y pericial practicadas, ante la devaluación del producto y previsible pérdida de capital, la entidad decidió prorrogar la contratación hasta noviembre de 2015- el vencimiento inicial era en 2013-, con la emisión de los nuevos bonos en el año 2012, que sustituyeron a los del año 2009. Llegado el vencimiento último, y producida la conversión en acciones, el actor sufrió una pérdida momentánea del 80% de su inversión inicial del año 2009.

CVE: Yy83guyPL0
Verificación: https://sede.xustiza.gal/cve

El día inicial del cómputo del plazo de caducidad de cuatro años (art. 1301 del Código Civil) no puede ser el 2 de mayo de 2012. No existe prueba alguna de que, al tiempo de suscribirse el documento de canje, el actor fuese informado y, por consiguiente, consciente, de la devaluación del producto y de la posible pérdida de capital al vencimiento. La documental firmada entonces es insuficiente al efecto; por otro lado, no declaró, en juicio, la persona que comercializó el producto por parte de la entidad financiera ni nadie de dicha entidad manifestó, en juicio, que hubiese informado en tal sentido al actor. **Es más, de acuerdo con lo señalado en la Sentencia del T.S de fecha 19 de febrero de 2018, reiterada en las de 10 y 18 de abril y 9 de mayo del mismo año, es el 25 de noviembre de 2015 la fecha a considerar para el inicio del cómputo del plazo de caducidad pues es la fecha en la que se produce el agotamiento del contrato y cuando la parte tiene conocimiento del resultado económico final, de si ha sufrido o no un daño patrimonial. En este sentido se pronuncia, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección Tercera, de 19 de julio de 2018.** El plazo de caducidad debe computarse desde la fecha de la conversión de los bonos subordinados en acciones- 25 de noviembre de 2015- por lo que, al haberse presentado la demanda en el año 2018, la acción no está caducada.

Con independencia de ello, cabe añadir que el 7 de junio de 2017 se produjo la intervención del FROB para ejecutar la decisión de la Junta Única de Resolución, se intervino el Banco Popular Español, S.A., y los accionistas perdieron todo su capital.

QUINTO.- Los rendimientos de los bonos percibidos por los actores no suponen conocimiento suficiente y adecuado del

CVE-: Yy63guyPu0
Verificación: https://sede.xustiza.gal/cve

producto y sus riesgos. Tampoco la documentación fiscal remitida a los actores supone haber proporcionado al actor información suficiente y adecuada sobre los riesgos del producto.

SEXTO.- La demanda ha de ser estimada sustancialmente con los efectos previstos en el art. 1303 del Código Civil. Se habla de estimación sustancial en la medida en que se concede lo pedido pero, en relación al suplico, se matiza éste en lo que se refiere a la cantidad a devolver por parte del actor, en la que se debe incluir la cantidad de 561,80 euros, en concepto de dividendos y los derivados de la venta de derechos de suscripción preferente, con sus correspondientes intereses legales, y también los intereses legales de los rendimientos brutos percibidos. La estimación sustancial de la demanda conlleva la imposición de las costas procesales a la parte demandada- art. 394 LEC-.

FALLO

Que **ESTIMANDO SUSTANCIALMENTE** la demanda interpuesta por D. [redacted] contra BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A- hoy BANCO SANTANDER S.A-, debo declarar la nulidad de los negocios jurídicos a los que se refiere la demanda e identificados en esta sentencia, condenando a la demandada a reintegrar al actor la cantidad de 70.000 euros más el interés legal de la expresada suma desde el día 13-07-2010- fecha fijada en el suplico de la demanda-, con deducción de los intereses- rendimientos brutos- abonados por la demandada al actor, también con sus correspondientes intereses legales desde la respectiva fecha de cobro, y la cantidad de 561,80 euros, más los intereses legales desde la fecha de cobro, en

CVE: Yy63guyPu3
Verificación: https://sede.xustiza.gal/cve

concepto de dividendos y los derivados de la venta de derechos de suscripción preferente.

En cuanto a las costas, se está a lo dispuesto en el último fundamento de derecho.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de apelación para ante la AUDIENCIA PROVINCIAL DE A CORUÑA, recurso que deberán interponer, en su caso, ante este Juzgado en el plazo de los 20 días siguientes al en que se les notifique esta sentencia.

Así lo acuerdo, mando y firmo.

Firmado por: RODRIGUEZ VIDAL, LUIS JAVIER
Data e hora: 15/09/2019 14:08:30

CVE: Yy53guyPuC
Verificación: https://sede.xustiza.gal/cve