



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 4 A CORUÑA

SENTENCIA: 00198/2019

C/ MONFORTE S/N - C.I.F. 1513013A
Teléfono: 981-185185-185186, Fax: 981-185187
Equipo/usuario: MD
Modelo: N04390

N.I.G.: 15030 42 1 2018 0019605

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0001178 /2018-MR

Procedimiento origen: /

Sobre RESTO.ACCIO.INDV.CONDIC.GNRLS.CONTRATACION

DEMANDANTE D/ña. [REDACTED]

Procurador/a Sr/a. MARIA RAQUEL SABARIZ GARCIA

Abogado/a Sr/a. XOSE MANUEL FERNANDEZ VARELA

DEMANDADO D/ña. BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO

Procurador/a Sr/a. MARIA ALONSO LOIS

Abogado/a Sr/a. PEDRO HURTADO DE MENDOZA DE ANDRES



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTIZIA

SENTENCIA

A Coruña a dieciocho de noviembre de dos mil diecinueve.

Vistos por el Ilmo. Magistrado- Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de A Coruña, D. Luis Pérez Merino, los presentes autos de juicio ordinario seguidos en este Juzgado con el número 1178/18-MR a instancia de DON [REDACTED] representado por la procuradora Dña. María Raquel Sabariz García y defendido por el letrado D. Xosé Manuel Fernández Varela, siendo parte demandada BANCO PASTOR S.A., representada por la procuradora Dña. María Alonso Lois y defendido por el letrado D. Pedro Hurtado de Mendoza de Andrés.

ANTECEDENTES DE HECHO

I.- En este Juzgado, procedente de la oficina de Registro y Reparto, se recibió demanda y documentos de Juicio ordinario, presentada a instancia de [REDACTED] [REDACTED] contra la demandada arriba reseñada, basándola en los hechos y fundamentos de derechos que son de ver en autos y que aquí se dan por enteramente por reproducidos, y suplica al juzgado, se dicte sentencia por la que

se declaren nulos los negocios jurídicos a los que se refieren los hechos 1º al 4º de esta demanda, condene a la entidad demandada a reintegrar al actor sus inversiones en cuantía de 14.786,25 euros , más el interés legal de la expresada suma desde los días de sus respectivas inversiones, con deducción, en su caso, de cualquier abono de dividendos efectuado por el banco; y subsidiariamente, a que abone al actor la cantidad de 11.638 euros, con sus intereses desde el 31/12/2016, o en su defecto cualquier otra cantidad que se considere procedente, en función de la prueba que se practique, imponiendo a la demandada las costas causadas.

II.- Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la parte demandada que contestó en tiempo y forma a medio de escrito que obra unido a los autos y aquí se da por enteramente reproducido.

III.- Señalados día y hora para la celebración de la audiencia previa, comparecieron en legal forma las partes, celebrándose la misma con el resultado que obra en autos.

IV.- El día del juicio oral se practicó la prueba propuesta admitida y declarada pertinente.

V.- En la tramitación de los presentes autos se han observado todas las prescripciones legales, excepto el cumplimiento de plazos, por imposibilidad, debido al cúmulo de asuntos que pesan sobre este Juzgado.

HECHOS PROBADOS

Con fecha de 2 de abril de 2.009 el demandante don [REDACTED] suscribió una orden de valores con el banco Pastor consistente en la adquisición de 50 títulos de participaciones preferentes, por un valor nominal de 5.000 euros. El día 3 de abril de 2.012 se produjo el canje/conversión de las mencionadas participaciones preferentes en 50 bonos subordinados obligatoriamente convertibles con el mismo valor nominal. Y el día 8 de octubre de 2.012 se produjo la conversión de los anteriores bonos por 3.075 acciones del banco Popular de un valor nominal de 4.520,25 euros. Los anteriores productos



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

financieros produjeron unos rendimientos brutos o intereses a favor del actor por importe de 1.261 euros.

El día 8 de marzo de 2.011 el demandante suscribió una orden de valores con el banco Pastor consistente en la adquisición de 60 títulos de obligaciones subordinadas obligatoriamente convertibles en acciones, por un valor nominal de 6.000 euros. El 11 de febrero de 2.012 se produjo el canje/conversión de los anteriores títulos por 1.854 acciones del banco Popular, con un valor nominal de 6.618,78 euros. Las obligaciones convertibles produjeron unos rendimientos brutos a favor del actor de 372,95 euros.

Con motivo de la ampliación de capital del banco Popular del año 2.016, el día 30 de mayo de 2.016 el demandante suscribió una orden de valores de adquisición de 3.029 acciones, por un importe de 3.786,25 euros.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.- Los anteriores hechos probados están acreditados documentalmente y expresamente reconocidos en el acto de la audiencia previa. A través de la demanda rectora de este procedimiento, el demandante solicita que se declaren nulos los negocios jurídicos a que se refieren los hechos 1º a 4º de la demanda (los relatados en sede de hechos probados), y que se condene a la entidad demandada (banco Pastor, en la actualidad banco Santander) a reintegrar al actor las inversiones realizadas en la adquisición de los mencionados productos, en cuantía de 14.786,25 euros, más el interés legal de dicha suma desde los días de las respectivas adquisiciones, con deducción, en su caso, de cualquier abono de dividendos efectuado por el banco; y con carácter subsidiario, se solicita que se condene a la entidad demandada a que abone al actor el importe de 11.638 euros, con sus intereses desde el 31 de diciembre de 2.016, conforme a lo expuesto en el fundamento de derecho cuarto de la demanda. En el acto de la audiencia previa, la parte actora ha aclarado cuáles son las acciones ejercitadas, que no son otras que las siguientes: una acción de nulidad (nulidad relativa o anulabilidad por vicio del consentimiento), y con carácter subsidiario, una acción de indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad contractual ex art. 1.101 del Código Civil.

Lo que se relata en el escrito de demanda es que se adquirieron los mencionados productos sin la información suficiente que debía haber prestado la entidad bancaria en cumplimiento de sus obligaciones legales; que finalmente y

a raíz de la operación de adquisición del banco Popular por parte del banco Santander, la inversión del demandante se perdió absolutamente; que siempre tuvo el actor el pleno convencimiento de que su inversión estaba garantizada en su integridad y que podía disponer del capital en cualquier momento, ya que la persona que trabajaba en la oficina y en la que depositaba su confianza así se lo manifestó; y que el actor nunca fue informado ni previa ni posteriormente a las operaciones mencionadas de su significado o de los riesgos que entrañaban. Esto mismo es lo que ha manifestado el demandante al ser interrogado en el acto del juicio oral, declarando que seguía las recomendaciones del banco; que desde allí (desde el banco) le decían que pasara por la oficina y él iba; que no es consciente de que haya recibido acciones (sic); que tenía confianza con las personas de la oficina bancaria; que es cliente del banco Pastor desde siempre; que nunca recibió información alguna; que no era consciente de la inversión en acciones; y que se enteró de la pérdida sufrida en el año 2.017 y 2.018.

II.- Son tres procesos contractuales los que ha suscrito el demandante, tal como se ha expuesto en hechos probados. Y refiriéndonos a los dos primeros, es decir, a los iniciados con fechas respectivas de 2 de abril de 2.009 y 8 de marzo de 2.011 se ha de comenzar destacando la pobreza descriptiva e informativa de los documentos contractuales de litis, su carácter de producto financiero complejo y de riesgo, y el hecho de que se puede presumir fundadamente que tales productos fueron ofrecidos u ofertados por la entidad bancaria a su cliente, el aquí demandante. No consta que se haya entregado al actor folleto informativo o explicativo de los productos concertados con anterioridad a la suscripción de los mismos; no consta que se haya realizado una correcta y coherente evaluación de la conveniencia del producto financiero ofertado para clientes del perfil del actor, y lo que es peor, no consta que se haya realizado y prestado al cliente por parte del banco una información clara y comprensible de las características del producto y sus riesgos, ni en fase precontractual, ni contractual, ni postcontractual, sin que a estos efectos tengan valor alguno las genéricas y formularias menciones contenidas en los contratos acerca del conocimiento del suscriptor y la aceptación de riesgos, especialmente la denominada “nota informativa” que se contiene en alguno de los contratos aportados: “Banco Pastor S.A. le informa de que los resultados del cuestionario perfil inversor cliente (PIC) que ha respondido llevan a nuestra entidad a considerar que el producto o servicio no es adecuado para sus conocimientos y



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTIZIA

experiencia en relación con este producto”. Desconoce este juzgador la forma y tiempo en que se realizó ese PIC, que de ninguna manera suple la necesaria información que la entidad financiera ha de proporcionar a su cliente acerca de la naturaleza, características y riesgos del producto financiero ofrecido, información que ha de ser previa a la suscripción del contrato a fin de que el cliente minorista pueda adquirir un conocimiento del objeto del contrato y emitir un consentimiento formado e informado, es decir, no viciado por el error. Tampoco existe constancia de que con la anterioridad suficiente se entregara al cliente el denominado tríptico informativo o resumen explicativo de las condiciones de la emisión de los productos de que se trata. En realidad, la apreciación conjunta de la prueba practicada permite presumir fundadamente que todo fue firmado y entregado en el mismo día de la suscripción de las órdenes de valores, desarrollándose las operaciones en unidad de acto.

III.- La sentencia de la Sección IV de la Ilma. A.P. de A Coruña de fecha 23 de junio de 2016, en un caso semejante al presente, declaró lo siguiente: “... es el banco quien ofertó a la actora el nuevo producto que comercializaba, tomando la iniciativa contractual... es cierto que la orden de adquisición de valores de 5 de octubre de 2009 señala que el ordenante hace constar que recibe copia de la presente orden, que conoce su significado o trascendencia... Es verdad también que aparece firmada... la entrega a la demandada de un resumen de condiciones de emisión de bonos subordinados necesariamente canjeables en acciones de Banco Popular Español, en el que constan factores de riesgo... Pues bien, es obvio que con tal entrega el mismo día de la suscripción, con el empleo de terminología técnica y sin tiempo material para su lectura y comprensión, no se cumple con el deber de informar... 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

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 de 4 de febrero de 2016. Por otro lado, no cabe que la entidad demandada se ampare en la entrega de la precitada documentación sobre características y riesgos, cuando, como ha declarado también nuestro más Alto Tribunal, en las sentencias 18 de abril de 2013, 12 de enero de 2015 y 4 de febrero de 2016, entre otras, la obligación de información que establece la normativa legal del mercado de valores a las entidades financieras es una obligación activa, no de mera disponibilidad... La parte obligada a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir la información correcta debió haberse asesorado por un tercero, y que al no hacerlo, no observó la necesaria diligencia. La jurisprudencia ha establecido, por ejemplo en la STS de 12 de enero de 2015, con respecto a las menciones sobre el cumplimiento del deber de informar o de constancia de los riesgos reales de los contratos, así como de sus condiciones, que son menciones predispuestas por la entidad bancaria, que consisten en declaraciones no de voluntad, sino de conocimiento, que se revelan como fórmulas predispuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos, como ya se manifestó al respecto la STS de 18 de abril de 2013... En definitiva, no podemos aceptar que la simple firma de una documentación bancaria sea prueba del cumplimiento del deber de informar y de la inexistencia de error, pues tal conclusión es contraria al principio de la sana crítica. Bastaría entonces la inclusión de tales cláusulas para liberarse el banco del deber de informar, lo que no es de recibo. Ninguna prueba propuso al respecto la entidad demandada, pues sus empleados, que declararon en el acto del juicio, no intervinieron en la negociación de los bonos con la actora, ni asumieron la obligación de informarla... La STS de 7 de julio de 2014 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 244/2013, también del Pleno, de 18 de abril de 2013, 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



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

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 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, como son los bonos convertibles litigiosos, exige que el cliente bancario disponga de una información relevante y completa para formar una voluntad convencional consciente y libre. Estos deberes de información, ya sean legales o provenientes de la buena fe objetiva, tienen, como no puede ser de otra forma, una influencia decisiva a la hora de 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 atmósfera 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. Ello implica que la diligencia contractual exigible a las entidades bancarias consista en ser especialmente celosas en sus deberes de información y leales gestoras de los intereses ajenos, cerciorándose de que el consumidor quiere de forma consciente transmutar la finalidad de sus ahorros en productos financieros, susceptibles de generarles una rentabilidad mayor, pero también con el riesgo de la pérdida total o más que significativa del capital destinado a su adquisición. Es precisamente en situaciones como las expuestas en las cuales, tanto el legislador comunitario como el nacional, en atención a principios de transparencia en el mercado y protección de la parte más débil, les interesa que los contratantes alcancen especial conocimiento de las obligaciones y riesgos que asumen, pretendiendo equilibrar situaciones de verdadera asimetría convencional... Más recientemente, la STS 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”... La precitada sentencia del Pleno de la Sala 1ª de 20 de enero de 2014 señala que “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”... En el presente caso, el error se aprecia, en la medida en que no ha quedado probado que el cliente, que no es inversor profesional, recibiera esta información clara y completa sobre los concretos riesgos, que es carga de la prueba de la entidad demandada (STS de 11 de febrero de 2016)”.

En el mismo sentido, podemos citar también la sentencia de la Sección IV de la Ilma. A.P. de A Coruña de fecha 15 de septiembre de 2.016; e igualmente, la de la Sección III de la misma Audiencia de fecha 19 de julio de 2.018.

IV.- A partir de los anteriores datos, podemos comenzar a analizar las dos acciones ejercitadas en la demanda rectora, y ello partiendo de la base de que se trata de dos procesos de contratación los que ahora estamos analizando y los que son objeto de impugnación, tal como se ha expuesto en el relato de hechos probados: el iniciado el 2 de abril de 2.009 y el iniciado el 8 de marzo de 2.011. Tal como han declarado reiteradamente diversas sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, el incumplimiento de las obligaciones legales de información sancionadas por los arts. 79 y ss. de la Ley de Mercado de Valores, en la redacción vigente en la época de la suscripción del contrato, no genera la



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

nulidad de pleno derecho del contrato, puesto que el mismo goza de los elementos esenciales que determinan su nacimiento (consentimiento, objeto y causa), sino que tal eventual infracción opera en el ámbito de los vicios del consentimiento susceptibles de causar la anulabilidad del contrato por error inducido por la irregular o ilegal actuación de la entidad financiera al comercializar el producto de que se trate. En este sentido, podemos citar, entre otras, las SSTs de 16 de septiembre de 2.015, 22 de marzo de 2.017 y 11 de julio de 2.017.

A la vista de todo lo que se ha dicho en fundamentos anteriores, y conforme a reiterada doctrina jurisprudencial recaída acerca de la comercialización y venta por parte de entidades financieras de productos financieros complejos, como los que aquí nos ocupan, parece claro que se puede apreciar error en el presente caso y en la suscripción de los mencionados productos, siendo el mismo excusable para el contratante que aquí demanda. Y llegados a este punto, al haberse alegado por la entidad demandada la caducidad de la acción de anulabilidad ejercitada, hemos de examinar la concurrencia, o no, de la misma, adelantando ya que se encuentra caducada la acción de nulidad (anulabilidad por error-vicio del consentimiento) de los procesos contractuales iniciados en 2.009 y 2.011.

V.- Efectivamente, la acción de anulabilidad de la orden de valores de adquisición de participaciones preferentes de 2 de abril de 2.009, que fueron canjeados por bonos subordinados obligatoriamente convertibles el 3 de abril de 2.012, y la orden de adquisición de obligaciones subordinadas obligatoriamente convertibles de 8 de marzo de 2.011, están caducadas, pues el canje o conversión por acciones del banco Popular se produjo, en el primer caso, el 8 de octubre de 2.012 (canje por 3.075 acciones de un valor nominal de 4.520,25 euros), y en el segundo caso, el 11 de febrero de 2.012 (canje por 1.854 acciones de un valor nominal de 6.618,78 euros). En estas últimas fechas de 8 de octubre de 2.012 y 11 de febrero de 2.012 se produjo la consumación de los respectivos procesos contractuales iniciados en 2.009 y 2.011, y el demandante adquirió o pudo adquirir conocimiento o conciencia de su error al firmar las iniciales órdenes de valores, pues los bonos y las obligaciones subordinadas obligatoriamente convertibles no fueron amortizados por dinero, sino que, cumpliendo su función, se canjearon por acciones del banco, producto o valor este último que carece de complejidad para la Ley del Mercado de Valores, siendo de general conocimiento el carácter y función de tales títulos, así como el

hecho de que los mismos son valores sujetos a las fluctuaciones del mercado en cuanto a su valor nominal. Así lo ha reconocido también el actor en sede de interrogatorio. Por otra parte, carece de sentido decir que se carecía de conocimiento o conciencia de la posesión de acciones, cuando tal extremo se desprende de la información que periódicamente suministraba el banco, y buena prueba de ello es la información fiscal que se aporta como doc. nº 3 de la contestación a la demanda.

El plazo de caducidad de cuatro años que sanciona el art. 1.301 del CC se computa desde la fecha de consumación del contrato, razón por la cual hemos de considerar y concluir que la acción se ha ejercitado extemporáneamente, pues el contrato (los contratos) se consumaron, como se ha dicho, el día 11 de febrero de 2.012 y el 8 de octubre de 2.012, agotándose sus efectos con el canje o conversión en acciones, y la demanda rectora de este procedimiento se ha presentado con fecha de 25 de diciembre de 2.018, es decir, transcurrido sobradamente el fatal plazo de caducidad de los cuatro años marcado por la ley. También el requerimiento extrajudicial se ha presentado fuera de ese plazo de los cuatro años (doc. nº 10 de la demanda).

La sentencia de la Ilma. A.P. de A Coruña que antes citamos señala al respecto que “no podemos aceptar tal causal de apelación, toda vez que, según sus condiciones generales de contratación, en ningún caso se prevé la amortización de los bonos en efectivo, disponiéndose que serán canjeables en obligaciones y éstas a su vez en acciones, bien voluntariamente en los supuestos previstos, y, necesariamente, a la fecha de su vencimiento el 23 de octubre de 2013, que se debe entender como de consumación del contrato conforme a la jurisprudencia antes expuesta. En el caso que nos ocupa se lleva a efecto el canje el 2 de mayo de 2.012 y la demanda se interpone el..., es decir, sin haber transcurrido el plazo de caducidad...” Esta sentencia de la A.P. toma como fecha de consumación del contrato la fecha del canje o conversión de las obligaciones en acciones, siendo tal fecha el día inicial del cómputo del plazo de caducidad. Y en el mismo sentido, la sentencia de la Sección III de la Ilma. A.P. de A Coruña de fecha 19 de julio de 2.018.

La STS de 19 de febrero de 2.018 en su fundamento tercero titulado “dies a quo a partir del cual empieza a correr el plazo de la acción de nulidad por error vicio del consentimiento en un contrato de swap”, y a propósito de una denunciada vulneración de la doctrina jurisprudencial del TS establecida en la sentencia del Pleno de 12 de enero de 2.015, declara lo siguiente: “Mediante una



interpretación del art. 1.301.IV CC ajustada a la naturaleza compleja de las relaciones contractuales que se presentan en el actual mercado financiero, la doctrina de la Sala se dirige a impedir que 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, quede fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. De esta doctrina sentada por la Sala no resulta que el cómputo del plazo de ejercicio de la acción deba adelantarse a un momento anterior a la consumación del contrato por el hecho de que el cliente que padece el error pueda tener conocimiento del mismo, lo que iría contra el tenor literal del art. 1301.IV CC, que dice que el tiempo para el ejercicio de la acción empieza a correr <<desde la consumación del contrato>>. A efectos del ejercicio de la acción de nulidad por error, la consumación de los contratos de swaps debe entenderse producida en el momento del agotamiento, de la extinción del contrato... En los contratos de swaps o cobertura de hipoteca no hay consumación del contrato hasta que no se produce el agotamiento o la extinción de la relación contractual, por ser entonces cuando tiene lugar el cumplimiento de las prestaciones por ambas partes y la efectiva producción de las consecuencias económicas del contrato. Ello en atención a que en estos contratos no existen prestaciones fijas, sino liquidaciones variables a favor de uno u otro contratante en cada momento en función de la evolución de los tipos de interés... En el presente caso, en el contrato celebrado el 10 de noviembre de 2006, único contrato al que se refiere el recurso de casación, se determina un plazo contractual de cinco años, convencionalmente pactado, de manera tal que el plazo de vigencia terminaba el 21 de noviembre de 2011, por lo que en esta fecha tuvo lugar la consumación del contrato. Puesto que la demanda se interpuso el 30 de enero de 2014 no había transcurrido el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato y la acción de impugnación se ejercitó dentro del plazo legalmente previsto”. La posterior STS de 18 de abril de 2.018 incide en el tema de la caducidad de la acción de nulidad por error o dolo en los contratos de swap, con cita de la anterior STS Pleno de 12 de enero de 2.015 y STS Pleno de 19 de febrero de 2.018: “En el presente caso, las partes suscribieron el swap el 6 de septiembre de 2.006. La fecha de inicio de la operación era el 8 de septiembre de 2.006, y la de vencimiento el 8 de septiembre de 2.016, por lo que en esta fecha tuvo lugar la consumación del contrato. Puesto que la demanda se interpuso el 4 de junio de 2.013, no había transcurrido el plazo legal para ejercitar la acción. Conviene recordar, por lo

demás, que la acción de nulidad no nace con el agotamiento del contrato y es posible su ejercicio durante la vigencia del mismo: la acción de impugnación puede ejercitarse antes de que tenga lugar el día a quo del plazo de impugnación y hasta que transcurra el plazo de cuatro años desde su consumación”.

La doctrina que se extrae de todas las anteriores resoluciones es que en un caso como el presente la consumación y agotamiento de los contratos o procesos contractuales que se iniciaron en 2.009 y 2.011 se produjo con el canje o conversión de los bonos y obligaciones subordinadas en acciones, hecho que tuvo lugar, como hemos dicho, en el año 2.012 (11 de febrero y 8 de octubre de 2.012), momento a partir del cual comienza a correr el plazo de caducidad de 4 años establecido en el art. 1.301 del CC, especialmente si consideramos que a partir de tal fecha el demandante conoció o pudo conocer el error en que hubiera podido incurrir al firmar los contratos de 2.009 y 2.011, tal como se desprende del propio relato fáctico de la demanda, al comprobar que lo que poseía desde aquella fecha no eran bonos ni obligaciones subordinadas ni dinero, sino acciones del banco por un valor nominal de 4.520,25 y 6.618,78 euros en la fecha del canje.

En definitiva, la acción de nulidad (anulabilidad) por vicio del consentimiento (error) está caducada, y la pretensión de nulidad resulta, por ello, improsperable (respecto de los procesos contractuales iniciados en 2.009 y 2.011).

VI.- Continuando con los mismos contratos o procesos de contratación iniciados en 2.009 y 2.011, se ejercita con carácter subsidiario una acción de indemnización de daños y perjuicios o en exigencia de responsabilidad contractual ex art. 1.101 del Código Civil. En realidad, no se está denunciando ningún incumplimiento contractual, sino de nuevo el incumplimiento de obligaciones legales, las mismas obligaciones de información sancionadas por los arts. 79 y ss. de la Ley de Mercado de Valores, en la redacción vigente en la fecha de los hechos. A partir de las SSTS de 20 de julio y 13 de septiembre de 2.017 se ha consolidado una doctrina acerca de las consecuencias del incumplimiento del deber de información, en el sentido de que “el incumplimiento de dicha obligación por la entidad financiera podría dar lugar, en su caso, a la anulabilidad del contrato por error vicio en el consentimiento, o a una acción de indemnización por incumplimiento contractual, para solicitar la



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

indemnización de los daños provocados al cliente por la contratación del producto a consecuencia de un incorrecto asesoramiento. Pero no puede dar lugar a la resolución del contrato por incumplimiento”. Es claro que el incumplimiento de la obligación de información opera en la fase precontractual y no supone, por tanto, incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato perfeccionado. Es por ello que no cabe acceder a la indemnización de daños y perjuicios pretendida con base en el incumplimiento de las obligaciones derivadas para la entidad de los contratos concertados, al amparo del art. 1.101 del CC, por incumplimiento de las obligaciones que del mismo derivan para la entidad demandada, pues es claro que el suministro de información no es una obligación contenida en los contratos referidos, sino que es previa a su formalización; y sería, además, un contrasentido que se vetase la resolución por incumplimiento de aquella obligación, por no ser contractual, sino previa al contrato, y se admitiesen los daños y perjuicios consecuentes al mismo incumplimiento, cuando la razón de ser es la misma.

Es cierto que la reciente STS de 13 de septiembre de 2.017 alude a la posibilidad de reclamación de daños y perjuicios por incumplimiento contractual, pero se hace referencia al asesoramiento (“a consecuencia de un incorrecto asesoramiento”), que es una relación jurídica, contractual o legal, distinta y anterior al contrato de adquisición del producto.

Y aunque no se ha ejercitado expresamente, si se quisiera entender que la indemnización de daños y perjuicios que se reclama lo es por incumplimiento de obligaciones legales, las obligaciones de información a que nos hemos referido y que imponía el antiguo art. 79 bis de la Ley del Mercado de Valores para las entidades que prestan servicios de inversión, la acción tampoco podría prosperar. Recordemos que una de las fuentes de las obligaciones es la ley (art. 1.089 del CC). Es decir, excluida la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual, se podría interesar la misma indemnización por incumplimiento de las obligaciones legales de información, acción que podría prosperar en el caso de que se haya dado y probado (como así ha ocurrido) que hubo una ausencia de información, que eso ha ocasionado o motivado o es causa de la suscripción de los productos litigiosos, con las pérdidas que ello ha supuesto para el adquirente de los bonos y de las obligaciones subordinadas en el año 2.011 y 2.012. Ahora bien, para que esta última acción prospere es necesario que efectivamente se hayan producido esos daños y perjuicios que se reclaman.

¿Se han producido esos daños y perjuicios en el caso que analizamos? La respuesta debe ser negativa, porque, como ya se ha dicho, los contratos referidos supusieron para el actor una inversión de 5.000 euros en 2.009 y 6.000 euros en 2.011. Esos contratos u operaciones se consumaron o agotaron en el año 2.012 mediante el canje o conversión de los bonos y obligaciones subordinadas en acciones del banco Popular (con un valor en aquella fecha de 4.520,25 euros y 6.618,78 euros respectivamente). Desde esa fecha de 2.012 el actor era poseedor de acciones de un banco, títulos negociables, susceptibles de fluctuaciones en su valor, y cuya operativa, carácter y naturaleza son generalmente conocidos. La fecha que hay que tener en cuenta para determinar la existencia y cuantía de un eventual perjuicio es esa del canje o conversión, es decir, el año 2.012, fecha en que si el actor hubiera decidido vender sus acciones hubiera obtenido un valor o precio de 11.139,03 euros (4.520,25 + 6.618,78), a los que habría que incrementar el importe de los rendimientos obtenidos por los productos inicialmente adquiridos, importe que ascendió a las cantidades de 1.261 euros y 372,95 euros; es decir, que si en aquella fecha el actor hubiera decidido vender sus acciones, el resultado final de la operación hubiera producido un saldo positivo para él (11.139,03 + 1.261 + 372,95, frente a los 5.000 y 6.000 euros inicialmente invertidos). Lo que ocurre es que el actor decidió libremente seguir manteniendo en su poder las acciones del banco Popular, asumiendo con ello un riesgo de mercado, que finalmente se materializó a través de la intervención de ese banco por su no viabilidad, amortización de las acciones y venta al banco Santander en el año 2.017. El actor asumió un riesgo y vio defraudadas sus expectativas, pero no puede ahora, después de seis años poseyendo esas acciones, pretender trasladar ese riesgo y pérdida al banco demandado, pues en la fecha del canje y conversión, como hemos dicho, el resultado final de la operación le resultaba positivo, es decir, no habría sufrido pérdidas si hubiera decidido vender sus acciones, y por consiguiente, en aquella lejana fecha no se había producido daño o perjuicio alguno.

Por lo dicho, tampoco puede prosperar la acción ejercitada en este sentido.

VII.- Suerte distinta debe correr la acción de nulidad (anulabilidad) de la adquisición de acciones efectuada por el actor con fecha de 30 de mayo de 2.016 (que tuvo efecto el 20 de junio de 2.016), con ocasión de la ampliación de capital del banco Popular que tuvo lugar ese año, adquisición de 3.029 acciones por un valor nominal de 3.786,25 euros. Está acreditado en autos



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

documentalmente, y resulta indiscutido, que con motivo de la ampliación de capital del banco de los meses de mayo y junio de 2.016, el día 20 de junio de 2.016 el demandante adquirió 3.029 acciones por un importe efectivo de 3.786,25 euros. La acción se fundamenta en hechos de general conocimiento, como son las vicisitudes sufridas por el banco Popular a partir del año 2.016, así como en un informe pericial elaborado por el economista don Javier Reigosa Cubero, donde viene a señalar que si la información que se le hubiese dado al inversor hubiese sido la correcta respecto al producto que contrataba, en los aumentos de capital, y la documentación que se les mostraba (trípticos emitidos por el propio banco) hubiesen reflejado la realidad económica del banco, evidentemente pocos inversores hubiesen confiado en la inversión; y que la documentación que se entregaba a los inversores adolecía de falta de realidad, al no mostrar la contabilidad del banco Popular la imagen fiel de su nivel de solvencia y liquidez, debido principalmente al exceso de valoración de activos inmobiliarios en su balance, así como no provisionar correctamente sus créditos morosos, lo que conlleva a que el valor contable fuese muy superior a su valor real. En el acto del juicio el Sr. perito ha insistido en que las cuentas anuales del banco no reflejaban la imagen fiel de la empresa.

Las circunstancias del devenir del banco Popular a partir del año 2.016 hacen referencia en su mayor parte a hechos públicos, notorios y generalmente conocidos (art. 281.4 de la LEC).

Es generalmente conocido que la normativa reguladora del sector financiero y bancario y del mercado de valores impone rigurosas obligaciones de información y documentación con carácter previo a la suscripción de un contrato o a la emisión, como es el caso, de una oferta pública de suscripción derivada de una ampliación de capital de una entidad bancaria. Y también parece evidente que la alegada falta de información y documentación exigible, o la información incorrecta o inexacta, o si se quiere, el incumplimiento de las obligaciones que la ley establece al respecto, pueden determinar el error y la reticencia dolosa que habrían dado lugar al vicio del consentimiento.

VIII.- La legislación del mercado de valores (tanto la ley 24/1988 como el vigente texto refundido de 2015) regula los requisitos de información para la admisión a negociación de valores en un mercado secundario oficial, entre los que se encuentra, entre otros, la aportación, aprobación y registro en la CNMV de un folleto informativo, así como su publicación. Ese folleto ha de contener la

información relativa al emisor y a los valores que vayan a ser admitidos a negociación en un mercado secundario oficial, así como toda la información que, según la naturaleza específica del emisor y de los valores, sea necesaria para que los inversores puedan hacer una evaluación, con la suficiente información, de los activos y pasivos, de la situación financiera, beneficios y pérdidas, así como de las perspectivas del emisor, y eventualmente, del garante, y de los derechos inherentes a tales valores. Esta información se presentará de forma fácilmente analizable y comprensible. El folleto contendrá un resumen que de una forma breve y, en un lenguaje no técnico, reflejará las características y los riesgos esenciales asociados al emisor, los posibles garantes y los valores. También se regula la denominada “responsabilidad del folleto” (responsabilidad de la información que figura en el folleto), que debe recaer, al menos, sobre el emisor, existiendo una responsabilidad por todos los daños y perjuicios que hubiesen ocasionado a los titulares de los valores adquiridos como consecuencia de las informaciones falsas o las omisiones de datos relevantes del folleto. En cuanto a la oferta pública de venta o suscripción de valores (que es el caso en que nos encontramos), ha de contener una información suficiente sobre los términos de la oferta y de los valores que se ofrecen, de modo que permita al inversor decidir la adquisición o suscripción de estos valores. Como se ve, y sin necesidad de recurrir a otro tipo de normativa, las obligaciones de información (veraz y seria) por parte del emisor se tornan en fundamentales, con la clara finalidad de proteger a los eventuales inversores para que éstos puedan adoptar una decisión fundada sobre la adquisición, o no, de los valores que salen al mercado (en este caso a través de una ampliación de capital con oferta pública), obligaciones de información que tienen su reflejo fundamental tanto en el folleto informativo como en su resumen. La obligación y la responsabilidad es del emisor, y no es obstáculo a ello que el proceso de ampliación del capital se encuentre supervisado y controlado por un organismo público de control (CNMV), pues tal organismo no controla la veracidad intrínseca de la información económica suministrada por el emisor (art. 92, párrafo II de la LMV 24/1988).

IX.- Consta en autos debidamente aportado por las partes la justificación documental de la adquisición de las acciones, hecho por otra parte indiscutido, y la documental informativa de la ampliación de capital de 2.016 (doc. nº 5 de los



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

aportados con la contestación a la demanda). E igualmente consta en autos, aportado por la parte actora, el informe pericial a que antes nos referimos.

Lo que se desprende de todo lo que se lleva dicho, así como de los hechos de general conocimiento, es que la información suministrada por el banco a propósito de la ampliación de capital de junio de 2.016 no reflejaba la imagen fiel de la empresa, y buena prueba de ello (*res ipsa loquitur*) es que apenas un año después de la ampliación de capital la entidad bancaria fue resuelta y su capital amortizado, habiendo sufrido las acciones un progresivo deterioro desde el momento inmediatamente posterior a la suscripción. El 7 de junio de 2.017 la comisión rectora del FROB acordó adoptar las medidas necesarias para ejecutar la decisión de la Junta de Resolución por la que se adoptó el dispositivo de resolución sobre la entidad banco Popular S.A., en base a la comunicación realizada por el banco Central Europeo respecto a la inviabilidad de la entidad al considerar que la misma no podía hacer frente al pago de sus deudas o demás pasivos a su vencimiento y tampoco existían elementos objetivos que indicasen que podría hacerlo en un futuro cercano. Entre otras medidas, acordó la reducción del capital social de la entidad banco Popular a cero mediante la amortización de las acciones en circulación y la venta de la entidad a banco Santander por un euro.

¿Cómo es posible que todo este proceso se haya producido en menos de un año (desde la ampliación de capital hasta la resolución de la entidad), si no es considerando que la situación económico financiera publicada a través del folleto, resumen y nota de valores de la ampliación no reflejaban la imagen fiel de esa situación y de la empresa?

Sin que ello suponga imputar actividad delictiva alguna a la entidad demandada o a sus directivos o responsables, cuestión ajena a esta jurisdicción, ni siquiera un incumplimiento de la normativa contable o de las obligaciones societarias de las entidades mercantiles, lo que parece indudable y no necesita de mayores explicaciones, es que la información financiera que se publicó en el folleto o nota de valores para general conocimiento (especialmente de los clientes minoristas, como el aquí demandante) no reflejaba la imagen fiel de la empresa. Hasta tal punto ello era o fue así, que a partir de la ampliación de capital las acciones comenzaron a bajar de valor, y apenas un año después de la ampliación el banco fue resuelto y su capital amortizado. La diferencia entre la real situación contable, económica y financiera de la entidad bancaria y la que se publicó en el folleto o nota de valores a efectos de la ampliación de capital, en

los términos que hemos expuesto, una información económico-financiera que no se ajustaba a la realidad, la finalidad de la información y del folleto informativo o de la nota de valores y su resumen, la naturaleza de la acción como título-valor, y los móviles subjetivos (incorporados a la causa) que determinan a cualquier persona a suscribir una orden de adquisición de acciones a partir de la información publicada por el banco (información que después se reveló no ajustada a la realidad), con una pérdida de valor de las acciones absoluta, determinan la concurrencia de un claro vicio del consentimiento, como es el error del demandante, ya fuera causado a través de la información publicada en el folleto o nota sobre las acciones o su resumen, ya fuera a través de la información, consejo y asesoramiento prestado al demandante en la oficina bancaria, ya fuera a través de la imagen de solvencia que la entidad bancaria venía dando desde hacía tiempo.

X.- Con los antecedentes relatados, si bien no cabe apreciar una actuación u omisión fraudulenta, abusiva o una maquinación insidiosa por parte de la entidad demandada capaz de inducir al actor a celebrar un contrato no querido, sí cabe apreciar una actuación negligente de dicha entidad demandada en cuanto que omisiva de los preceptivos y necesarios deberes de adecuada y correcta información a los clientes, lo que en definitiva ha desembocado en la producción de un error invalidante del consentimiento, puesto que este último constituye (art. 1.266 del CC) un falso conocimiento de la realidad, capaz de dirigir la voluntad a la emisión de una declaración no efectivamente querida, y tanto puede referirse a los hechos como a la norma (error de derecho), siempre que el error no sea imputable al que lo padece y que sea sustancial, de manera que siempre hay que tener en cuenta las circunstancias del caso y las cualidades subjetivas de los litigantes. Según reiterada doctrina jurisprudencial, para que el error invalide el consentimiento no sólo ha de ser relevante y esencial, sino que también ha de ser un error excusable o no imputable a la parte que dice haberlo sufrido, siendo inexcusable cuando hubiera podido ser evitado empleando una normal diligencia, que habrá de valorarse considerando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales de ambos contratantes, y ello porque, de acuerdo con los postulados de la buena fe y de la autorresponsabilidad, el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien no merece dicha protección por su conducta negligente. En el presente caso, como ya hemos adelantado, concurren



todos los requisitos necesarios para apreciar el error como vicio del consentimiento, lo que debe llevar a la estimación de la demanda formulada.

No cabe desconocer las claras similitudes que concurren entre el presente caso y el ya conocido como caso Bankia, en el sentido de que no se trata de que el suscriptor de las nuevas acciones tenga un error sobre el significado real de tal clase de contrato o que tenga representado otro negocio jurídico distinto, sino que el error recae sobre las condiciones de la cosa que indudablemente han motivado su celebración, razón por la que se puede considerar relevante y esencial. Efectivamente, se anuncia y explicita públicamente una situación económico-financiera y unas perspectivas, que no son reales; al tratarse de un contrato de inversión, la propia normativa del mercado de valores exige esa información correcta al inversor, porque con tales datos evalúa y considera el público inversor su decisión de suscripción, resultando obvia la representación que se hace el adquirente ante esa información divulgada; al tratarse de la adquisición de acciones de un banco, prima para los adquirentes la obtención de rendimientos (dividendos), de manera que la situación económica real del emisor resulta determinante en la captación y prestación del consentimiento; y además, el requisito de la excusabilidad es patente, puesto que la información está confeccionada por el emisor, con un proceso de autorización del folleto o de la nota de valores, y por ende, de viabilidad de la oferta pública (en este caso para la ampliación de capital), supervisado por un organismo público, generando confianza y seguridad jurídica en el inversor.

En el sentido expuesto, podemos citar la STS de 3 de febrero de 2.016 y la sentencia de la Sección III de la Ilma. A.P. de A Coruña de fecha 3 de septiembre de 2.015.

Y es por todo lo que llevamos hasta aquí diciendo, que, en definitiva, ha de ser estimada la demanda formulada en cuanto a la nulidad (anulabilidad) de la adquisición de acciones que el actor realizó en el año 2.016, debiendo ser condenada la entidad demandada a la devolución del importe invertido, con los intereses legales correspondientes. Esta acción, evidentemente, no se encuentra caducada, a la vista de la fecha de la adquisición y de la fecha de presentación de la demanda.

XI.- Conforme a lo dispuesto en el art. 394 de la LEC, no se hace expresa imposición de costas a ninguna de las partes.

VISTOS los artículos citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación, en nombre de S.M. El Rey,

F A L L O

Que estimando parcialmente la demanda presentada por la procuradora Sra. Sabariz García, en nombre y representación de don [REDACTED] [REDACTED] debo declarar y declaro la nulidad (anulabilidad) del contrato de adquisición de acciones del banco Popular suscrito por el demandante con fecha de 20 de junio de 2.016, por concurrir error en el consentimiento; y en consecuencia, debo condenar y condeno a la demandada Banco Santander S.A. (antes banco Popular, y antes banco Pastor) a que restituya al demandante la cantidad de tres mil setecientos ochenta y seis euros con veinticinco céntimos (3.786,25 euros), más los intereses legales correspondientes a computar desde la fecha de la suscripción. Sin hacer expresa imposición de costas a ninguna de las partes, debiendo cada una de ellas abonar las causadas a su instancia, y las comunes por mitad.

Así, por esta mi sentencia, contra la que se podrá interponer recurso de apelación mediante escrito presentado ante este Juzgado dentro del plazo de los veinte días siguientes a su notificación, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Sr. Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, doy fe.