

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 81 DE MADRID

C/ Princesa, 3 , Planta 9 - 28008

Tfno: 914438818,8819

Fax: 915423051

42020310

NIG: 28.079.00.2-2017/0055972

Juicio ordinario nº 379/2017

ASOCIACIÓN DE USUARIOS FINANCIEROS (ASUFIN), entidad que actúa en defensa e interés de su asociada, representada por la Procuradora Sra. Rodríguez de Castro**BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.**, representada por la Procuradora Sra. Bueno Ramírez**SENTENCIA Nº 190/2018**

En Madrid, a diez de septiembre de noviembre de dos mil dieciocho.

Vistos por el Ilmo. Sr. D. Carlos Ceballos Norte, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 81 de Madrid, los presentes autos de juicio ordinario, seguidos con el número 379/2017, a instancia de **ASOCIACIÓN DE USUARIOS FINANCIEROS (ASUFIN), entidad que actúa en defensa e interés de su asociada**

representada por la Procuradora Sra. Rodríguez de Castro, y dirigida por la Letrada Sra. Linares Polaino, contra **BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.**, representada por la Procuradora Sra. Bueno Ramírez y dirigida por el Letrado Sr. Alarcón Dávalos.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Procuradora Sra. Rodríguez de Castro, en nombre y representación de ASOCIACIÓN DE USUARIOS FINANCIEROS (ASUFIN), entidad que actúa en defensa e interés de su asociada, se formuló demanda de juicio ordinario contra BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., basada en los hechos y los fundamentos de derecho que aquí se dan por reproducidos, terminando por suplicar al Juzgado que, previa la tramitación correspondiente, se dicte "*sentencia por la que:*

a) *Se declare la nulidad de los contratos suscritos, y que, de conformidad con el artículo 1303 del Código Civil, se proceda a la restitución recíproca de las prestaciones: la inversión inicial, más las comisiones y gastos pagados al Banco desde la contratación, más los intereses legales (según se expone en el apartado e) del petitum) minorada por las rentas recibidas por mi mandante.*

b) *Subsidiariamente, sobre la base de las infracciones enumeradas en sede de fundamentación jurídica, se solicita que se declare el incumplimiento por parte de la demandada de sus obligaciones contractuales de diligencia, lealtad e información en la comisión mercantil, consistente en una venta asesorada de los instrumentos financieros y se declare la resolución de los contratos, conforme al artículo 1124 del CC, con resarcimiento de daños y perjuicios, equivalentes a la pérdida de valor de la inversión, más comisiones y gastos, más los intereses legales (según se expone en el apartado e) del petitum) minorado por las rentas recibidas por la actora*

c) *Subsidiariamente, que se declare que Banco Popular Español, S.A, ha sido*



negligente en el cumplimiento de sus obligaciones de diligencia, lealtad e información como comisionista prestador de servicios de inversión y, al amparo del artículo 1101 del CC, se le condene a indemnizar al Cliente por los daños y perjuicios causados, equivalentes a la pérdida de valor de sus inversiones, más los intereses legales.

d) Sin perjuicio de que se estimen las peticiones a o b, se condene al Banco al pago de los intereses, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1303 y 1124 del Código Civil, calculados según los tipos de interés legal vigentes en cada momento. Los intereses se aplicarán desde que el Banco incurrió en mora y hasta la fecha de la sentencia. Para el caso de las comisiones y gastos, los intereses se calcularán desde el pago al Banco, hasta la fecha de la sentencia.

e) De forma cumulativa con las anteriores peticiones, se solicita que se condene a la demandada al pago de las costas judiciales causadas”.

SEGUNDO.- Por decreto de fecha 9/06/2017 se admitió a trámite la demanda y se emplazó a la demandada para que la contestase en el plazo de veinte días.

TERCERO.- Dentro de plazo, BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., representada

por la Procuradora Sra. Bueno Ramírez, presentó escrito de contestación a la demanda, interesando que se dictara sentencia desestimatoria de la demanda.

CUARTO.- Por diligencia de ordenación de fecha 21/07/2017, se citó a las partes a la audiencia previa, en la que se dio un primer turno de palabra para alegaciones. No siendo posible el acuerdo, se recibió el pleito a prueba. La parte actora propuso los siguientes medios: documental y testifical; la parte demandada los siguientes: documental, interrogatorio de parte y testifical; previa declaración de pertinencia, se citó a las partes a juicio.

QUINTO.- El día y hora señalados para el juicio se practicaron los medios probatorios con el resultado que obra en autos; tras ello, se concedió un turno de palabra para conclusiones, quedando los autos vistos para sentencia.

SEXTO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Legitimación activa de ASUFIN.

PRIMERO.- Cuestiona BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., la legitimación activa de Asociación de Usuarios Financieros (ASUFIN), argumentando que los arts. 11.1 LEC y 7.3 LPOJ habilitan a las asociaciones de consumidores para defender en juicio a sus asociados, pero limitan tal habilitación al ejercicio de acciones tendentes a proteger intereses colectivos (intereses comunes convergentes de los asociados), excluyendo expresamente de las facultades de las asociaciones de consumidores el ejercicio de acciones tuitivas de intereses individuales, como son las que se deducen en la demanda.

El artículo 11 de la LEC, señala que "*Sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los*

de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios", mientras que el artículo 7.3 de la LOPJ dispone "3. Los Juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Para la defensa de estos últimos se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción".

Como recuerda la SAP de Asturias, Civil, sección 7ª, de 07 de diciembre de 2017 [ROJ: SAP O 3396/2017 - ECLI:ES:APO:2017:3396], del contenido del primer precepto se infiere que parece que incluye la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios para defender en juicio los intereses incluso individuales de sus asociados, pero el segundo no contempla dicha situación, existiendo resoluciones contradictorias de las diferentes Audiencias Provinciales.

Pero al margen de dichas discrepancias debe recordarse que el Tribunal Supremo -ya antes de la vigente redacción del art. 37 c) del Real Decreto Legislativo 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- se había pronunciado al respecto; así la STS, Civil, sección 1ª, del 03 de noviembre de 2006 [ROJ: STS 8748/2006 - ECLI:ES:TS:2006:8748] analiza un supuesto en el que la Asociación Amas de Casa Altamira Allende de Miranda de Ebro en nombre de cuatrocientas ochenta y nueve de sus socias se solicitaba que se declarase abusiva y nula la cláusula contractual en virtud de la cual habían pagado cantidades distintas (inferiores a las quince mil pesetas) a Gas Natural de Castilla y León, S.A. en concepto de "derechos de alta que corresponden a los costes generados por gastos administrativos derivados de la contratación y a los de la revisión de las instalaciones interiores previa a la conexión del servicio", para dar cumplimiento, en el momento de iniciar su funcionamiento la relación jurídica, planteándose por la entidad Gas Natural de Castilla y León, S.A., como uno de los motivos de su recurso la infracción de los artículos 7.3 de la Ley 6/1.985, 1 de julio, Orgánica del Poder Judicial, y 20.1 de la Ley 26/1.984; negaba, con apoyo en esas normas, la legitimación a la asociación de consumidores demandante para el ejercicio de las acciones identificadas en la demanda, ya que las mismas, en cuanto dirigidas a una restitución causada por previos pagos de lo indebido, tienen por función la defensa de derechos individuales de las asociadas, que, según ella, eran las únicas legitimadas activamente, estableciendo lo siguiente:

"TERCERO. En el motivo cuarto Gas Natural de Castilla y León, S.A. acusa la infracción de los artículos 7.3 de la Ley 6/1.985, 1 de julio, orgánica del Poder Judicial, y 20.1 de la Ley 26/1.984. Niega la recurrente, con apoyo en esas normas, legitimación a la asociación de consumidores demandante para el ejercicio de las acciones identificadas en la demanda, ya que las mismas, en cuanto dirigidas a una restitución causada por previos pagos de lo indebido, tienen por función la defensa de derechos individuales de las asociadas, que, según ella, son las únicas legitimadas activamente.

Tampoco procede estimar el recurso por este motivo.

El artículo 20.1 de la Ley 26/1.984, como hoy el artículo 11.1 de la Ley 1/2.000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (no aplicable al proceso por razones temporales), faculta a las asociaciones de consumidores a defender, además de sus propios derechos e intereses y los generales de los consumidores y usuarios, los de sus asociados.

Legitimación por representación que deja a salvo la individual de los propios perjudicados y que facultaba a la Asociación de consumidores demandante para defender en el proceso unos derechos individuales homogéneos de las consumidoras en ella



agrupadas, en nombre e interés de las mismas (sentencias de 18 de mayo de 1.993, 20 de noviembre de 1.996 y 7 de noviembre de 2.003)".

Ha de concluirse, por tanto, con la SAP de Asturias, Civil, sección 7ª, de 07 de diciembre de 2017 [ROJ: SAP O 3396/2017 - ECLI:ES:APO:2017:3396], que la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios para la defensa de los derechos de sus asociados, que establece el art. 11 LEC, no es un supuesto de simple representación, pues el representante actúa en nombre de otro, que es quien en realidad es parte; mientras que en los casos del art. 11 LEC, es parte procesal la propia asociación y no sus miembros, por lo que no estamos ante una representación legal o voluntaria, sino ante una legitimación extraordinaria. Y consta con la documentación aportada, que la asociada en cuyo interés actúa ASUFIN autorizó a ésta asociación para que en su defensa e interés pudiera ejercer acciones judiciales, por la defectuosa comercialización del producto bancario litigioso, por lo que se desestima la excepción planteada.

Renuncia a la acción.

SEGUNDO.- Sostiene, en segundo lugar, BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., la validez de la renuncia de acciones frente al banco firmada por la demandante el 4/12/2015 cuya estipulación segunda dice:

"Segunda.- El Cliente acepta el ofrecimiento del Banco señalado en la Estipulación Primera y con la firma del presente Contrato y la consiguiente formalización de la IPF (Imposición a Plazo Fijo), se da por íntegramente resarcido de cualesquiera eventuales perjuicios que pueda sufrir, como consecuencia de la adquisición y posterior conversión de los Bonos 2012, renunciando en virtud del presente Contrato a cualesquiera acciones, de cualquier orden, sean judiciales o de otra índole, que en su caso le pudieran corresponder frente a Banco Popular Español S.A., sus empleados, administradores o agentes, en relación a la adquisición, suscripción, tenencia o conversión de los referidos Bonos 2009 y Bonos 2012".

Se asume el criterio, en un caso idéntico, de la SAP de Valencia, Civil, sección 6ª, de 19 de diciembre de 2017 [ROJ: SAP V 4807/2017 - ECLI:ES:APV:2017:4807], con cita de las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2016 y de 28 de enero de 1995, que negó virtualidad a esa renuncia, diciendo:

"PRIMERO: [...] A la vista de toda esta doctrina jurisprudencial, la renuncia al ejercicio de las acciones legales o de otra índole contenida en el documento número uno de la contestación a la demandada, con fecha de 16 de junio de 2015 no puede entenderse como válido y eficaz. Se debe tener en cuenta que estamos ante un documento unilateralmente redactado por el banco que los clientes firman sin más por lo que la voluntariedad y el carácter personal de la renuncia no existe, es decir, no surge de la voluntad inequívoca de los clientes. Por otro lado, en dicho documento los clientes aceptan las consecuencias impuestas por el banco, y además aceptan el ofrecimiento realizado por el mismo, por lo que la voluntariedad queda en entredicho puesto que se efectúa una renuncia condicionada al ofrecimiento del banco, que es aceptada por los clientes ante la situación en que se encuentran. En conclusión, la renuncia al ejercicio de las acciones judiciales está contaminada con base a que se acepten unas consecuencias impuesta unilateralmente por el banco. Por todo ello la renuncia contenida en el referido documento no puede sostener una validez de la misma, y desde luego, nada impide que los demandantes ejerciten las acciones judiciales que tengan por conveniente."

Al seguir este criterio, no se conculca el artículo 6.2 CC ("La exclusión voluntaria de



la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros"). Este tipo de renunciaciones obtenidas con ocasión de la contratación bancaria, fue objeto de análisis por la STS, Civil sección 1 del 12 de febrero de 2016 (ROJ: STS 405/2016 - ECLI:ES:TS:2016:405), que cita la STS, Sala de lo Civil, Sección: 1ª, 28/01/1995 (rec. 603/1990), en donde se destaca que:

"[...] la renuncia de derechos, como manifestación de voluntad que lleva a cabo el titular de un derecho por cuya virtud hace dejación del mismo, ha de ser, además de personal, clara, terminante e inequívoca, sin condicionante alguna, con expresión indiscutible de criterio de voluntad determinante de la misma, y revelación expresa o tácita, pero mediante actos concluyentes igualmente claros e inequívocos".

Y añade:

"En el presente caso, y de acuerdo a la anterior precisión, no concurren los presupuestos exigibles para considerar que el citado documento contenga una auténtica y plena renuncia de derechos.

Así, en primer término, no se trata de una renuncia en sentido propio. La demandante se limita a firmar unos documentos pre-redactados por la entidad bancaria a tal efecto y llevada por la confianza en su gestor y en la creencia de solucionar el problema surgido [...].

En segundo término, la renuncia tampoco es clara, contundente e inequívoca al respecto, tal y como exige la doctrina jurisprudencial de esta Sala. En efecto, de la mera lectura del documento de renuncia se desprende que la complejidad del producto ofertado, la determinación del riesgo derivado para el adquirente o el coste de la cancelación anticipada del producto resultan inconcretos o no aclarados. Por lo que difícilmente puede concluirse que un cliente, con el perfil de la demandante, haya realizado con la suscripción de dicho documento una auténtica renuncia de derechos al comprender, con exactitud, el alcance de la contratación realizada. Cuando, precisamente, el error de consentimiento en dicha contratación está en la base de su reclamación a la entidad bancaria, pues contrató en la creencia de que se trataba de un "seguro" para proteger de las posibles subidas del euríbor [...]"

Esa doctrina, mutatis mutandi, es perfectamente extrapolable al caso que estudiamos, donde tampoco concurren los presupuestos exigibles para considerar que el citado documento de la contestación a la demanda contenga una auténtica y plena renuncia de derechos, pues también aquí, la demandante se limitó a firmar los documentos pre redactados por el banco, en términos tales que sugieren la idea de que les otorga un trato de favor preferente "... en atención a las circunstancias concurrentes y a la relación que le une con el cliente ...", sin que la renuncia sea clara, contundente e inequívoca al respecto, pues del texto de ese documento no se desprenden las condiciones del producto ofertado, ni el riesgo para los adquirentes o el coste de la cancelación de la IPF formalizada, por lo que, siguiendo el criterio de la SAP de Asturias, Civil, sección 7ª, de 07 de diciembre de 2017 [ROJ: SAP O 3396/2017 - ECLI:ES:APO:2017:3396], cabe concluir que con la suscripción de ese documento la cliente del banco, de la que no consta que tuviera una específica formación en economía, inversiones o finanzas, **no realizó una auténtica renuncia de derechos** al comprender, con exactitud, el alcance de la contratación realizada.

Caducidad de la acción de anulabilidad.

TERCERO.- El producto comercializado por BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., es la orden de suscripción de valores, clase y denominación "BO. POPULAR CAPITAL



CONV.V. 2013" (doc. nº 2 de la contestación de la demanda) y derivado de ésta la orden de oferta pública de adquisición mediante canje de "BO.SUB.OB.CONV.POPULAR V.11-15 ISIN ES0313790059" (doc. nº 3 de la contestación a la demanda).

Por la demandada se alega la caducidad de la acción ejercitada.

La más reciente doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo considera, de manera pacífica y reiterada, que la acción de nulidad por vicios del consentimiento del artículo 1301 del Código Civil **está sujeta a un plazo de ejercicio de caducidad y no de prescripción** (STS de 3 de marzo de 2006, 23 de septiembre de 2010 y 18 de junio de 2012, entre otras muchas).

Lo problemático es **desde cuándo ha de computarse** ese plazo de caducidad en un supuesto como el que nos ocupa.

La Sentencia de Pleno del TS 769/2014, de 12 de enero de 2015 [ROJ: STS 254/2015 - ECLI:ES:TS:2015:254] señala que *"de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1301 del Código Civil « [l]a acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr: [...] En los [casos] de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato [...] ».*

[...]

«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».

En este caso concreto, se pretende por la demandada que se considere como fecha de constancia de la existencia del error el día 04/05/2012, fecha en la que la actora



firma la orden de canje (doc. nº 3 de la contestación).

Debe quedar claro que el criterio de la remisión de la información fiscal *es insuficiente para considerar que los inversores pudieron tener conocimiento de las características y riesgos del producto contratado* (SAP de León, Civil, sección 1ª, de 12 de enero de 2017 [ROJ: SAP LE 8/2017 - ECLI:ES:APLE:2017:8]).

Más problemático es si, como sostiene la demandada, puede fijarse el dies a quo en la fecha de la firma de la orden de oferta pública de adquisición mediante canje de "BO.SUB.OB.CONV.POPULAR V.11-15 ISIN ES0313790059.

No se puede ocultar que este es el criterio sostenido por diversa jurisprudencia en casos similares:

-SAP de León, Civil, sección 1ª, de 12 de enero de 2017 [ROJ: SAP LE 8/2017 - ECLI:ES:APLE:2017:8]: “... *dadas las características del producto de inversión contratado, sería la fecha de canje anticipado la que podría considerarse a efectos de iniciar el cómputo del plazo [...]. ... es la fecha de vencimiento del bono cuando se concreta el valor de venta y se puede conocer la relevancia del error sufrido en la contratación. La remisión de información fiscal no puede considerarse a estos efectos, pues la información remitida no es relevante para la comprensión del producto que puede pasar desapercibido con la simple referencia a la cotización de los bonos en una fecha que no es la de vencimiento*”.

-SAP A Coruña, Civil, sección 4ª, de 03 de octubre de 2017 [ROJ: SAP C 2035/2017 - ECLI:ES:APC:2017:2035]: “Según resulta del folleto de la emisión de los "Bonos subordinados necesariamente canjeables en acciones del Banco popular S.A., I/2009", y como expresa su propia denominación a salvo la posibilidad de realizar su conversión en acciones voluntariamente en los términos de la emisión, se emiten como forzosamente canjeables por acciones a la fecha de vencimiento, 23 de octubre de 2013, de acuerdo con una fórmula de conversión predefinida. En fecha 11 de mayo de 2012, sin embargo, los actores que habían acudido a la emisión del 2009 canjearon sus bonos (nominal de 10.000,00 €) por otros de una nueva emisión identificada en la orden de suscripción con la denominación "BO.SUB.OB.CONV.POPULAR V.11-15 ISIN ESO313790059". Se trata de valores de la misma naturaleza que fijan su vencimiento -canje obligatorio por acciones- en 2015”.

Otro es el criterio de la AP de Madrid, que en Sentencia de seis de Abril de dos mil dieciocho de la Sección Octava opta por fijar como dies a quo el de la conversión en acciones:

“De la aplicación de la precedente doctrina jurisprudencial al caso se desprende la estimación del motivo del recurso pues la afirmación de la demandante de haber tenido conocimiento de la realidad de lo contratado al tiempo del canje en Noviembre de 2.015, se confirma plenamente, a partir de la posterior y necesaria conversión de las obligaciones por acciones, que fue cuando la apelante alcanzó la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido, pues, como señala la STS de 17 de junio de 2016, rec. 1974/2014 «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 (...) 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», siendo en dicha fase y momento cuando el obligacionista adquiere el cabal conocimiento de la verdadera naturaleza del producto.

[...] no cabe considerar que por el hecho de que manifestase en su declaración que le entregaron documentación, se desprenda que hubiera tenido ni la información suficiente sobre el mismo, en nada sirve para fijar la fecha de adquisición cuando se tiene ese “cabal conocimiento del mismo”, exigido por la doctrina y jurisprudencia citada, que sí se produce al momento del canje de acciones realizado, con fecha de Noviembre de 2.015, en la que conoció o pudo conocer las características del producto, al apreciar el considerable descenso del valor de la aportación inicial, sin que por ello se puedan sacar de contexto tales afirmaciones del acto del juicio, cuando en la demanda se aprecia claramente que es esa la fecha última citada, cuando refieren el conocimiento ya cabal del perjuicio producido”.

Esta Sentencia de la AP de Madrid citada, revoca la Sentencia dictada por este Tribunal, que optaba por el criterio esgrimido por la parte demandada.

Por ello, siguiendo también el criterio de la SAP de Valencia, Civil, sección 6ª, de 19 de diciembre de 2017 [ROJ: SAP V 4807/2017 - ECLI:ES:APV:2017:4807], en el caso que estudiamos, el inicio del plazo de caducidad de la acción no puede quedar fijado en el 4/05/2012, fecha del canje de los "BO. POPULAR CAPITAL CONV.V. 2013" por otros "BO.SUB.OB.CONV.POPULAR V.11-15 ISIN ES0313790059", pues se trata de la sustitución de un producto complejo por otro producto igualmente complejo y no puede decirse que entonces los clientes pudieran ser conscientes de las características de la inicial inversión, ni que por ese canje hubieran sufrido pérdida aparente, por cuanto el número valores era 20 en ambos casos, y su valor nominal también era el mismo (20.000 €).

La fecha a considerar será la de conversión de los Bonos en acciones en 2015, cuando vencen los bonos y reciben las acciones, que es cuando se puso de manifiesto una considerable pérdida en la inversión inicial [en el mismo sentido, la SAP de León, Civil sección 1 del 13 de octubre de 2017 (ROJ: SAP LE 1002/2017 - ECLI:ES:APLE:2017:1002), SAP de Valencia, Civil sección 9 del 19 de junio de 2017 (ROJ: SAP V 2470/2017 - ECLI:ES:APV:2017:2470) y SAP de Valencia, Civil sección 6 del 28 de noviembre de 2017, recurso nº 719/2017].

Por ello, es notorio que cuando el 30/03/2017 la actora presentó la demanda en la que ejerció la acción de anulabilidad, no había transcurrido el plazo de caducidad del artículo 1301 CC .

CUARTO.- Sobre los **bonos necesariamente convertibles** la **STS, Civil, sección 1ª, de 17 de junio de 2016** [ROJ: STS 2894/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2894] dice lo siguiente:

“1.- Los bonos necesariamente convertibles son activos de inversión que se convierten en acciones automáticamente en una fecha determinada, y por tanto, el poseedor de estos bonos no tiene la opción, sino la seguridad, de que recibirá acciones en la fecha de intercambio. A su vencimiento, el inversor recibe un número prefijado de acciones, a un precio determinado, por lo que no tiene la protección contra bajadas del precio de la acción que ofrecen los convertibles tradicionales. Los bonos necesariamente convertibles ofrecen al inversor sólo una parte de la futura subida potencial de la acción a cambio de un cupón prefijado, y exponen al inversor a parte o a toda la bajada de la acción. Por ello, estos instrumentos están más cercanos al capital que a la deuda del emisor; y suelen tener, como ocurre en el caso litigioso, carácter subordinado.

2.- Según la clasificación de los productos financieros realizada por el art. 79 bis 8



a) LMV (actual art. 217 del Texto refundido de la Ley del Mercado de Valores aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), son productos no complejos, los que cumplan todas y cada una de las siguientes cuatro características: a) que sean reembolsables en cualquier momento a precios conocidos por el público; b) que el inversor no pueda perder un importe superior a su coste de adquisición, es decir, a lo que invirtió inicialmente; c) que exista información pública, completa y comprensible para el inversor minorista, sobre las características del producto; y d) que no sean productos derivados. A sensu contrario, son productos o instrumentos financieros complejos los que no cumplen con todas o alguna de las características anteriores. Los productos complejos pueden suponer mayor riesgo para el inversor, suelen tener menor liquidez (en ocasiones no es posible conocer su valor en un momento determinado) y, en definitiva, es más difícil entender tanto sus características como el riesgo que llevan asociado.

El propio art. 79 bis 8 a) LMV parte de dicha diferenciación y considera los bonos necesariamente convertibles en acciones como productos complejos, por no estar incluidos en las excepciones previstas en el mismo precepto (así lo estima también la CNMV en la Guía sobre catalogación de los instrumentos financieros como complejos o no complejos).

3.- Pero es que, además, si tenemos en cuenta que los bonos necesariamente convertibles en acciones del Banco Popular son un producto financiero mediante el cual y, a través de distintas etapas, hasta llegar a la conversión en acciones ordinarias de esa misma entidad, el banco se recapitaliza, siendo su principal característica que al inicio otorgan un interés fijo, mientras dura el bono, pero después, cuando el inversor se convierte en accionista del banco, la aportación adquiere las características de una inversión de renta variable, con el consiguiente riesgo de pérdida del capital invertido; es claro que se trata de un producto no solo complejo, sino también arriesgado. Lo que obliga a la entidad financiera que los comercializa a suministrar al inversor minorista una información especialmente cuidadosa, de manera que le quede claro que, a pesar de que en un primer momento su aportación de dinero tiene similitud con un depósito remunerado a tipo fijo, a la postre implica la adquisición obligatoria del capital del banco y, por tanto, puede suponer la pérdida de la inversión”.

En relación con “los deberes de información y el error vicio del consentimiento en los contratos de inversión”, la misma sentencia recuerda la doctrina de la Sala Primera:

“1.- Las sentencias del Pleno de esta Sala núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, y 769/2014, de 12 de enero de 2015, así como las sentencias 489/2015, de 16 de septiembre, y 102/2016, de 25 de febrero, recogen y resumen la jurisprudencia dictada en torno al error vicio en la contratación de productos financieros y de inversión. Afirmábamos en esas sentencias, con cita de otras anteriores, que hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea. Es necesario que la **representación equivocada** merezca esa consideración, lo que exige que la equivocación se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

2.- El art. 1266 CC dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer (además de sobre la persona, en determinados casos) sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261.2 del mismo Código Civil). La jurisprudencia ha exigido que el error sea **esencial**, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones,



respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa (sentencia núm. 215/2013, de 8 abril).

3.- El error invalidante del contrato ha de ser, además de esencial, **excusable**, esto es, no imputable a quien lo sufre. El Código Civil no menciona expresamente este requisito, pero se deduce de los principios de autorresponsabilidad y buena fe. La jurisprudencia niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que ignoraba al contratar. En tal caso, ante la alegación de error, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida.

La diligencia exigible ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso. En principio, cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible, y si no lo hace, ha de cargar con las consecuencias de su omisión. Pero la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas, no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, de modo que es exigible una mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto, y, por el contrario, es menor cuando se trata de persona inexperta que entra en negociaciones con un experto, siendo preciso para apreciar la diligencia exigible valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta, aunque no haya incurrido en dolo o culpa.

En definitiva, el carácter excusable supone que el error no sea imputable a quien lo sufre, y que no sea susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe. Ello es así porque el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando este no merece esa protección por su conducta negligente, ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración.

4.- En el ámbito del mercado de valores y los productos y servicios de inversión, **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, de acuerdo con lo declarado por esta sala en las citadas sentencias núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014 , y núm. 769/2014, de 12 de enero , entre otras”.**

Finalmente, la misma Sentencia trata la **información sobre los riesgos**:

“1.- La normativa del mercado de valores -básicamente el art. 11 de la Directiva 1993/22/CEE , de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, el art. 79 bis LMV y el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero - da una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos **estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes**, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las

presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza.

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

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

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

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

Es decir, la empresa que presta el servicio de inversión debe informar al cliente de las condiciones de la conversión en acciones de las que deriva el riesgo de pérdidas al realizarse el canje. El mero hecho de entregar un tríptico resumen del producto en el que



La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código de verificación: 0907512535829749788277

se haga referencia a la fecha de valoración de las acciones no basta por sí mismo para dar por cumplida esta obligación de informar sobre el riesgo de pérdidas.

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

QUINTO.- El doc. nº 2 de la contestación, se refiere al producto por la expresión orden de suscripción de valores, clase y denominación "BO. POPULAR CAPITAL CONV.V. 2013", que en modo alguno es "auto-explicativa". No se ha aportado tríptico resumen del producto firmado por la cleinta,

La orden de oferta pública de adquisición mediante canje de "BO.SUB.OB.CONV.POPULAR V.11-15 ISIN ES0313790059" (doc. nº 3 de la contestación a la demanda) no está firmada por (aunque así se diga en la propia orden), según resulta de la declaración testifical de es evidente a la vista de la comparación de las firmas.

Dijo la testigo que lo firmó su hijo, como "apoderado", pero lo cierto es que en la orden se hace figurar como firmante a . También el doc. nº 5 (resumen explicativo orden 2012) está firmado por la misma persona que rubrica la orden de valores, esto es, no lo firma . Tampoco firma la actora el doc. nº 9 (documento relativo a manifestación de asunción de riesgos del año 2012).

Estamos ante un servicio de asesoramiento que exigía de la práctica del test de idoneidad a la contratante, sin que se conste que se realizara.

En este caso hubo asesoramiento, en tanto que el cliente adquirió los bonos u obligaciones convertibles porque les fueron ofrecidos por empleados del Banco Popular. Para que exista asesoramiento no es requisito imprescindible la existencia de un contrato remunerado ad hoc para la prestación de tal asesoramiento, ni que estas inversiones se incluyeran en un contrato de gestión de carteras suscrito por la demandante y la entidad financiera. Basta con que la iniciativa parta de la empresa de inversión y que sea ésta la que ofrezca el producto a sus clientes, recomendándoles su adquisición (STS, Civil, sección 1ª, de 17 de junio de 2016 [ROJ: STS 2894/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2894]).

No se ha traído al juicio a ninguno de los comercializadores del producto en el año 2009, por lo que, como en la inmensa mayoría de los casos, habrá que considerar acreditado que fue la sucursal la que llamó al cliente para que suscribiera el producto bajo el pretexto de tener unos intereses ventajosos. Se está en presencia de un asesoramiento para la contratación del producto, que exigía la realización de un test de idoneidad.



La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código de verificación: 0907512535829749788277

Por lo que se refiere al **test de conveniencia**, tampoco ha cumplido sus obligaciones la demandada en cuanto al test de conveniencia, si se considerara que sólo existía obligación de realizar el test de conveniencia porque no había asesoramiento.

El supuesto aquí examinado viene marcado por el resultado del test de conveniencia que se dice realizado.

El art. 79. bis, 7 la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. Establece **en la actualidad** lo siguiente:

“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.

En caso de que el servicio de inversión se preste en relación con un instrumento complejo según lo establecido en el apartado siguiente, se exigirá que el documento contractual incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita, en los términos que determine la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la que el inversor manifieste que ha sido advertido de que el producto no le resulta conveniente o de que no ha sido posible evaluarle en los términos de este artículo.

En los términos que determine la Comisión Nacional del Mercado de Valores, las entidades que presten servicios de inversión deberán mantener, en todo momento, un registro actualizado de clientes y productos no adecuados en el que reflejen, para cada cliente, los productos cuya conveniencia haya sido evaluada con resultado negativo”.

El texto actual es fruto de la reforma operada por la dfi.3.6 de RDL 24/2012 de 31 agosto 2012 y dfi.3.6 de Ley 9/2012 de 14 noviembre 2012 el 15/11/2012, por lo que no estaba vigente a la fecha de firma de la orden de valores litigiosa (11/10/2010).

La versión vigente del precepto a la fecha de suscripción de la orden de valores era la siguiente:

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

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

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



No obstante ello, ha de recordarse, como hace la SAP de Barcelona, sección 15ª, de 20 de noviembre de 2013 [ROJ: SAP B 11785/2013], que el art. 73 (Evaluación de la conveniencia) 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 prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento 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, al desarrollar la norma legal (79 bis.7 de la Ley 24/1988) establece lo siguiente:

“A los efectos de lo dispuesto en el art. 79 bis.7 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, las entidades que prestan servicios de inversión distintos de los previstos en el art. anterior deberán determinar si el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado. En este sentido, la entidad podrá asumir que sus clientes profesionales tienen la experiencia y conocimientos necesarios para comprender los riesgos inherentes a esos servicios de inversión y productos concretos, o a los tipos de servicios y operaciones para los que esté clasificado como cliente profesional”.

En nuestro caso, la orden de compra se firmó en el año 2009 y

debió ser sometido al llamado "test de conveniencia" con el resultado de no apto o "no conveniente", pues de otra forma no se entiende que firmara un documento "formato normalizado", en el que se dice lo siguiente: "... BANCO POPULAR ESPAÑOL ha informado al cliente de que como consecuencia de la falta de cumplimentación del test por el cliente, no es posible evaluar la conveniencia del producto/servicio. BANCO POPULAR ESPAÑOL advierte que ha informado al cliente [...] de la naturaleza y los riesgos asociados al producto/servicio. El cliente, no obstante, manifiesta que ha decidido, actuando por cuenta propia y con base en sus propias estimaciones, contratar el producto/servicio: BO. POPULAR CAPITAL CONV.V. 2013”.

Por consiguiente, siguiendo la doctrina de la SAP de Barcelona, sección 15ª, de 20 de noviembre de 2013 [ROJ: SAP B 11785/2013], no puede considerarse que la entidad de crédito haya respetado las disposiciones administrativas de desarrollo de la normativa MiFID, que únicamente le permiten asumir el riesgo de que sus clientes carecen de "los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto" **en el caso de clientes profesionales, carácter que no tiene la demandante.**

La prueba del cumplimiento del deber de información previo a la suscripción de la orden de valores no puede consistir únicamente en su propio contenido una vez firmado y en la cláusula de estilo que se acaba de reproducir.

Desde luego no es suficiente con la constancia de un texto, que se firma el mismo día que la orden, de exoneración de responsabilidad por parte del Banco. Se trata de una fórmula rituarial que no responde a un conocimiento real y efectivo de lo que se firmaba y de su trascendencia (en este sentido, en un supuesto similar, se pronuncia la SAP La Coruña, Civil, sección 4ª, de 21 de marzo de 2014 [ROJ: SAP C 1475/2014 - ECLI:ES:APC:2014:1475]).

No consta entregado resumen explicativo del producto en el año 2009. En todo caso, 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 (STS, Civil, sección 1ª, de 17 de junio de 2016 [ROJ: STS 2894/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2894]).

No puede olvidarse que la demandante tiene la condición de consumidor, sin que esto haya sido puesto en cuestión. Como recuerda la SAP de León, Civil, sección 1ª, de 22 de



julio de 2016 [ROJ: SAP LE 782/2016 - ECLI:ES:APLE:2016:782], resulta de aplicación el Real Decreto Legislativo 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.

En su artículo 8 se califica como derecho básico de los consumidores y usuarios la información correcta sobre los diferentes bienes o servicios (apartado d/). Y en el apartado 1 del artículo 60 establece: *"Antes de contratar, 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"*.

Y en el artículo 62.1 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 prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento 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, se establece: *"Las entidades que prestan servicios de inversión deberán proporcionar a sus clientes minoristas, incluidos los potenciales, la siguiente información, con antelación suficiente a la celebración del contrato de prestación de servicios de inversión o auxiliares, o a la propia prestación del servicio, cuando éste sea anterior a aquel: a) Las condiciones del contrato..."*

La entidad prestadora del servicio de inversión actúa con la debida diligencia si ofrece la información con antelación "suficiente". Y suficiente no lo es, en absoluto, cuando se facilita el mismo día en el que se suscribe el contrato, porque se solapa la información con contratación. Una firma apresurada del contrato sin ofrecer la posibilidad de estudiar detenidamente la oferta fuera de la sucursal bancaria y con antelación suficiente, no es garantía de la correcta información que le es debida al consumidor financiero, porque la información tiene como finalidad una adecuada y correcta formación de la voluntad que no se consigue con precipitación (SAP de León, Civil, sección 1ª, de 22 de julio de 2016 [ROJ: SAP LE 782/2016 - ECLI:ES:APLE:2016:782]).

Existe, por tanto, una deficiencia sustancial informativa a los efectos establecidos en arts. 79 bis LMV, 58 ss. RD 217/2008 y 60.1 LGDCU, por lo que, de conformidad con los arts. 1.265 y 1.266 CC ante concurrencia de error esencial y excusable, invalidante del consentimiento contractual, procede declarar la nulidad de la orden de suscripción de valores, clase y denominación "BO. POPULAR CAPITAL CONV.V. 2013" (doc. nº 3 de la demanda), por valor nominal de 5.000 €, de fecha 2/10/2009, y derivado de ésta la orden de oferta pública de adquisición mediante canje de "BO.SUB.OB.CONV.POPULAR V.11-15 ISIN ES0313790059" de 4/05/2012 (doc. nº 10 de la demanda).

Por último, el que se suscribiera la orden de oferta pública de adquisición mediante canje de "BO.SUB.OB.CONV.POPULAR V.11-15 ISIN ES0313790059" (doc. nº 3 de la contestación a la demanda) no cambia el resultado estimatorio de la pretensión de nulidad respecto a los dos productos comentados, pues hemos de tener en cuenta, como recuerda la SAP de Madrid, Civil, sección 14ª, de 22 de diciembre de 2016 [ROJ: SAP M 17468/2016 - ECLI:ES:APM:2016:17468] "la doctrina de la propagación de los efectos de nulidad del contrato hacia los ulteriores conexos, que proclama la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentencias como la del 17 de junio de 2.010 recurso 1506/2006, y a su vez, por cuanto el hecho de suscribirlos viene dado por las pérdidas respecto de la emisión de 2009 como, de manera clara, se recoge en el resumen explicativo II/2012 al señalarse *"En consecuencia, el*



valor de mercado de los Bonos Subordinados Obligatoriamente convertibles II/2012 que se ofrecen, se encuentra por encima del valor del mercado de los Bonos Subordinados Necesariamente Canjeables 2009, objeto de recompra, pero por debajo del valor nominal desembolsado. Por lo tanto, si el aceptante quisiera vender inmediatamente en el mercado secundario los valores recibidos en contraprestación podrían perder aproximadamente un 58% de su inversión inicial. No obstante, esta pérdida sería previsiblemente superior si el aceptante no acudiera a la Oferta de Recompra y procediera a vender los Bonos Subordinados Necesariamente Canjeables 2009".

En consecuencia, se acudió a la emisión por la pérdida ya constatada de la emisión de 2009, y no porque se le diera la información adecuada".

Como dice la SAP de Burgos, Civil, sección 2ª, de 18 de noviembre de 2016 [ROJ: SAP BU 939/2016 - ECLI:ES:APBU:2016:939] "la aceptación del canje propuesto por la entidad bancaria tendría por objeto intentar minimizar perjuicios, lo que en aplicación de la doctrina expuesta por el TS conduciría al mismo efecto. Así el TS en S. del 17 de junio de 2010 ha señalado: "Los contratos posteriores presuponían, por este camino, la validez del primer contrato y la asunción de sus resultados económicos. Sin el primer contrato y las pérdidas que originó quedaría privada de sentido la operación económico-financiera en su totalidad, integrada también por los contratos posteriores. Estos estaban causalmente vinculados a aquél en virtud de un nexo funcional, pues los clientes de la entidad financiera

hubieran aceptado de nuevo un nivel de riesgo impropio de la inversión originariamente realizada en virtud de un contrato nulo, sino con el propósito de equilibrar los resultados de

operación en su conjunto. Resulta, pues, aplicable el principio según el cual cuando un acto se ofrece en unidad intencional como causa eficiente del posterior la nulidad del primero debe trascender a él (STS de 10 de noviembre de 1964), puesto que la causa se manifiesta en la intencionalidad conjunta de ambos contratos.

En consecuencia, resulta acertada la afirmación de la sentencia recurrida en el sentido de que el anexo posterior era consecuencia del primero y los efectos de la nulidad de éste deben extenderse a aquél, pues, desaparecida la causa del primer contrato en virtud de la nulidad declarada, desaparecen los presupuestos sobre los que se funda la causa del contrato vinculado a él por efecto de aquella declaración de nulidad".

Además, de todo lo anterior, deber recordarse que la orden de valores del año 2012 y todos los documentos firmados en esa fecha no fueron suscritos por

A, pese a que figura como firmante de los mismos.

Existe, por tanto, una deficiencia sustancial informativa a los efectos establecidos en arts. 79 bis LMV, 58 ss. RD 217/2008 y 60.1 LGDCU, por lo que, de conformidad con los arts. 1.265 y 1.266 CC ante concurrencia de error esencial y excusable, invalidante del consentimiento contractual, procede declarar la nulidad de la orden de suscripción de valores, clase y denominación "BO. POPULAR CAPITAL CONV.V. 2013" (doc. nº 2 de la contestación de la demanda), y derivado de ésta la orden de oferta pública de adquisición mediante canje de "BO.SUB.OB.CONV.POPULAR V.11-15 ISIN ES0313790059" (doc. nº 3 de la contestación a la demanda).

SEXTO.- En cuanto a los efectos de la ineficacia contractual, la restitución de prestaciones derivada del art. 1.303 CC conllevará la devolución, por los clientes de los rendimientos percibidos y su interés legal, y por la entidad financiera de capital invertido más el interés legal del dinero desde la contratación de los productos.

A falta de otro alegato fundado de la parte actora, se considera acreditado que la parte

actora percibió 7.975,87 € brutos. Así lo afirma la parte demandada en la contestación, sin que la parte actora haya alegado la incorrección de esa cifra a la vista de la documentación aportada a requerimiento de la contraria por medio de escrito presentado el 16/04/2018.

Se tiene en cuenta la cantidad bruta recibida por intereses, criterio mayoritario en la AP de Madrid (por todas, SAP Madrid, Civil, sección 14ª, de 23 de noviembre de 2015 [ROJ: SAP M 16395/2015 - ECLI:ES:APM:2015:16395] Ponente: Ilmo. Sr. SAGRARIO ARROYO GARCIA: "...frutos han de entenderse los rendimientos percibidos, en su integridad, sin deducción alguna respecto de aquellas cantidades que hubieron de deducirse e ingresarse en la Hacienda Pública por parte de la entidad financiera cuyos beneficiarios son las hoy actoras-apeladas, pues éstas no sólo percibieron las cantidades que efectivamente les fueron ingresadas por la entidad emisora, sino también aquellas que la entidad ingresó a su nombre en la Hacienda Pública a los efectos de las disposiciones tributarias aplicables, y que debieron de tener su correspondiente reflejo en las declaraciones fiscales por ellas efectuadas [...]. Cualquier otra interpretación sería contraria a lo establecido en el artículo 1303 CC ya citado.

A tales efectos la SAP Cantabria Sección 4ª 29 de abril 2015 recurso 378/2014 "En definitiva si los actores, como se dice en la sentencia, tan sólo debieran devolver a la demandada las cantidades recibidas como lo que denomina intereses netos se estaría devolviendo menos cantidad de la recibida. La sentencia de la AP de Madrid 9ª sostiene la anterior postura..." los actores deben descontar los rendimientos brutos recibidos por estos,

los netos, dado que las cantidades retenidas de esos rendimientos e ingresadas en la Agencia tributaria por... no dejan de ser rendimientos pertenecientes a los demandantes, que como tales deberán haberlos consignado en sus declaraciones tributarias; a los propios actores les corresponderá regular su situación tributaria, incluyendo la solicitud de devolución de esas retenciones". En definitiva en este momento la Sala sostiene el criterio: como principio los actores han de devolver lo que pudiéramos denominar intereses brutos (suma de los recibidos directamente más lo indirectos ingresados a cuenta en Hacienda)".

De igual modo, esta Audiencia Provincial de Madrid Sección 25ª del 16 de julio de 2015 recurso 146/2015 "Esta cuestión ha sido resuelta por Sentencia de 27 de Noviembre de 2014 de la Sección 9ª de esta A.P. de Madrid cuyo F.D. OCTAVO contenía el siguiente argumento: "De los € a percibir por los actores deben descontarse los rendimientos brutos percibidos por éstos (...€), no los netos (...€) dado que las cantidades retenidas de esos rendimientos e ingresados en la Agencia Tributaria por... no dejan de ser rendimientos pertenecientes a los demandantes, que como tales deberán haberlos consignado en sus declaraciones tributarias; a los propios actores les corresponderá regular su situación tributaria, incluyendo la solicitud de devolución de esas retenciones". Es, pues, la tesis aquí propugnada porque se mantiene la afirmación de que sí se han recibido porque se han ingresado a su nombre. Es un ingreso hecho a su nombre por el retenedor", Sentencia Sección 20ª del 30 de julio de 2015 Recurso: 712/2014 "Según dicho precepto, 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. De ello se desprende que para lograr la absoluta neutralidad e indemnidad entre las partes por razón de la declaración de nulidad del contrato, cada una de ellas debe devolver a la otra todo lo que percibió de la contraria; y los actores, no sólo percibieron los intereses que efectivamente les fueron ingresados, sino también las cantidades que les fueron retenidas e ingresadas por ellos a Hacienda Pública con motivo de la percepción de tales retribuciones" y Sentencia Sección 19ª del 26 de noviembre de 2014 recurso 612/2014 "Por



lo que respecta a la primera cuestión, y como ya ha mantenido esta misma Sección en Rollo apelación 76/2014, los intereses a deducir a la demandante son los efectivamente satisfechos por la demandada, sin perjuicio de las retenciones que se hayan efectuado, de conformidad con el art. 1303 del CC".

El mismo criterio sostiene la SAP de Madrid, Sección 9ª, de 10/12/2015.

En la actualidad es mayoritario el criterio de las Secciones de la AP de Madrid que afirman que los rendimientos han de ser computados en su importe bruto -esto es, incrementando el importe neto percibido con el correspondiente a las retenciones practicadas- (Secciones 14ª, 18ª y 9ª).

SÉPTIMO.- En consecuencia, procede declarar la nulidad de la orden de suscripción de valores, clase y denominación "BO. POPULAR CAPITAL CONV.V. 2013" (doc. nº 2 de la contestación de la demanda) y de la orden de oferta pública de adquisición mediante canje de "BO.SUB.OB.CONV.POPULAR V.11-15 ISIN ES0313790059" (doc. nº 3 de la contestación a la demanda), así como de cualquier otro producto por el que fueran canjeados, y condenar a BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., a que abone a

a suma de **12.024,13 €** (20.000 € - 7.975,87 €), más los intereses legales del capital que recibió, los cuales se contabilizarán (término inicial) desde la fecha en que BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., recibió aquel de la parte demandante, hasta (término final) la fecha de efectiva devolución de la cantidad objeto de condena por principal, menos los intereses legales de las cantidades que la demandante recibió en concepto de abono de rendimientos desde (término inicial) las respectivas fechas de abono que constan en el documento apartado por escrito presentado el 16/04/2018, hasta (término final) la fecha de presentación de la demanda (30/03/2017).

Además, declaro la obligación de la parte demandante, , de devolver a la entidad demandada BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., las acciones que adquirió como consecuencia de los productos cuya nulidad se declara o los canjes efectuados, transmitiendo a la demandada la propiedad de dichas acciones una vez que le hayan sido abonadas el principal e intereses objeto de condena.

OCTAVO.- STS, Civil, sección 1ª, de 30 de noviembre de 2016 [ROJ: STS 5288/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5288]: *"Como hemos dicho en la reciente sentencia núm. 625/2016, de 24 de octubre, dictada también en un caso de nulidad de adquisición de participaciones preferentes por error vicio del consentimiento, los efectos de la nulidad alcanzan a ambas partes, comercializadora y adquirentes. Por ello, tales efectos de la nulidad deben ser la restitución por la entidad comercializadora del importe de la inversión efectuada por los adquirentes, más el interés devengado desde que se hicieron los pagos, y el reintegro por los compradores de los rendimientos percibidos más los intereses desde la fecha de cada abono"*.

Costas.

NOVENO.- Procede imponer las costas a la parte demandada, pues se estima sustancialmente la pretensión principal, añadiendo únicamente el devengo de intereses para las cantidades percibidas por la actora (art. 394 L.E.C. 1/2000).



La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: **0907512535829749788277**

FALLO

V I S T O S los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

ACUERDO: ESTIMAR la demanda planteada por frente a BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., y **DECLARO** la nulidad de la orden de suscripción de valores, clase y denominación "BO. POPULAR CAPITAL CONV.V. 2013" (doc. nº 2 de la contestación de la demanda) y de la orden de oferta pública de adquisición mediante canje de "BO.SUB.OB.CONV.POPULAR V.11-15 ISIN ES0313790059" (doc. nº 3 de la contestación a la demanda), así como de cualquier otro producto por el que fueran canjeados, y condenar a BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., a que abone a la suma de 12.024,13 € (20.000 € - 7.975,87 €), más los intereses legales del capital que recibió, los cuales se contabilizarán (término inicial) desde la fecha en que BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., recibió aquel de la parte demandante, hasta (término final) la fecha de efectiva devolución de la cantidad objeto de condena por principal, menos los intereses legales de las cantidades que la demandante recibió en concepto de abono de rendimientos desde (término inicial) las respectivas fechas de abono que constan en el documento apartado por escrito presentado el 16/04/2018, hasta (término final) la fecha de presentación de la demanda (30/03/2017).

Además, declaro la obligación de la parte demandante, de devolver a la entidad demandada BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., las acciones que adquirió como consecuencia de los productos cuya nulidad se declara o los canjes efectuados, transmitiendo a la demandada la propiedad de dichas acciones una vez que le hayan sido abonadas el principal e intereses objeto de condena.

Todo ello, con expresa condena a la demandada de las costas causadas en esta primera instancia.

Notifíquese la presente resolución a las partes en legal forma, con la indicación de que la misma no es firme, y que contra la cual cabe recurso de apelación a interponer en el plazo de veinte días desde la notificación, ante este Juzgado.

Líbrense y únase testimonio de la presente resolución a las actuaciones con inclusión de la original en el Libro de Sentencias.

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

E /.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez que la suscribe, estando celebrando Audiencia Pública en el día de su fecha; doy fe.



NOTA: Siendo aplicable la Ley Orgánica 15/99 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y en los artículos 236 bis y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los datos contenidos en esta comunicación y en la documentación adjunta son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento y debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.



descargado en www.asufin.com



La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: **0907512535829749788277**

~~Este documento es una copia auténtica del documento Sentencia Proc. Ordinario firmado~~
electrónicamente por CARLOS CEBALLOS NORTE, JOSE ELADIO CAMACHO FRAILE



descargado en www.asufin.com