Administración de Justicia

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 18 DE MADRID
Calle del Poeta Joan Maragall, 66 , Planta 3 - 28020
Tfno: 914932767
Fax: 914932769
42020310

NIG: 28.079.00.2-2019/0031324
Procedimiento: Procedimiento Ordinario 251/2019
Materia: Obligaciones

Demandante: D./Dña. y D./Dña.

PROCURADOR D./Dña. CAYETANA NATIVIDAD DE ZULUETA LUCHSINGER
Demandado: BANCO SANTANDER S.A
PROCURADOR D./Dña. EDUARDO CODES FEIJOO

SENTENCIA Nº 240/2019

Madrid diecinueve de noviembre de dos mil diecinueve

El Ilmo. Sr. D. Álvaro Rueda Tortuero, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número dieciocho de Madrid , ha visto y examinado los precedentes autos de juicio declarativo ordinario , seguidos bajo el número 251/2019 ante este Juzgado, a instancias de la Procuradora de los Tribunales , Dña. Cayetana de Zulueta Luchsinger en nombre y representación de D. contra BANCO DE SANTANDER S.A. , representada por el Procurador , D. Eduardo Codes Feijoo sobre acción de nulidad de contrato.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Procuradora de los Tribunales , Dña. Cayetana de Zulueta Luchsinger en nombre y representación de D. Dña. , se formuló demanda rectora del presente procedimiento de juicio declarativo ordinario sobre nulidad de contrato contra BANCO DE SANTANDER S.A. , que por turno de reparto correspondió a este Juzgado, en la que exponiendo los hechos base de su pretensión conforme a los fundamentos jurídicos que consideró de aplicación al caso terminaba suplicando se dicte sentencia en la que, estimando la demanda:

1.-Se declare la nulidad, por vicio en el consentimiento, por dolo o, subsidiariamente, por error, de la orden de valores de Obligaciones Subordinadas de Banco Popular, suscrita por mis representados en fecha 25 de julio de 2011 por importe de 500.000 euros y, en consecuencia, del contrato de adquisición de Obligaciones Subordinadas a que dio lugar dicha orden, condenando a BANCO SANTANDER, S.A. (entidad absorbente de BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.) a estar y pasar por dicha declaración, así como condenando a BANCO SANTANDER, S.A. a la devolución del importe invertido con los intereses legales desde la fecha de la

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 12396254292983097851 58

Administración de Justicia

inversión y, los demandantes, por su parte, que devuelvan los rendimientos obtenidos, también con sus intereses, con todo lo demás que corresponda en Derecho.

2. De forma subsidiaria, se declaren cometidos por BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. los incumplimientos graves descritos en la demanda que han ocasionado daños y perjuicios a los demandantes , con relación de causa a efecto, y, en consecuencia, al amparo de lo establecido en el artículo 1.101 del Código civil, se condene a BANCO SANTANDER, S.A., entidad absorbente de la primera, al pago de dichos daños y perjuicios causados que ascienden al importe de 500.000 euros, así como más los intereses legales a aplicar al importe invertido, desde la fecha en que se materializaron las inversiones en dichos productos hasta el momento en que se efectúe la restitución o devolución íntegra del importe invertido, minorando dicha cantidad en la suma en que se cifren los intereses que fueron trimestralmente liquidados a mis representados desde la adquisición, con sus intereses. De forma subsidiaria, respecto de la determinación de los daños y perjuicios se establezcan en 500.000 euros más los intereses legales de dicha cuantía desde la fecha de la interpelación extrajudicial o, subsidiariamente, desde la interpelación judicial, pero sin obligación, en este caso, de mis representados de devolver los rendimientos percibidos de dichos productos. Subsidiariamente, para el hipotético caso de que por este Juzgado se estime que procede la minoración de los rendimientos obtenidos por los demandantes , se condene a la parte demandada a pagar a mis representados el importe invertido más su interés legal desde la fecha de la inversión. Subsidiariamente, para el hipotético e improbable supuesto de que no sean estimadas las anteriores pretensiones, esta parte solicita que se condene a la entidad financiera demandada a abonar a mis representados el importe invertido más el interés legal desde la fecha de la reclamación extrajudicial o, subsidiariamente, desde la fecha de la interposición de la demanda, devolviendo mis representados los rendimientos obtenidos.

3. De forma subsidiaria, para el hipotético e improbable supuesto de que no se estimen las acciones anteriores, se declare que BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. cometió los incumplimientos graves de sus obligaciones, descritos en la presente demanda, incurriendo en las conductas sancionadas en los artículos 124 en relación con el artículo 38 del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores y concordantes, declarándose, asimismo, que BANCO SANTANDER, S.A. (entidad absorbente de la primera) es responsable y está obligada a indemnizar los daños y perjuicios que han sido ocasionados a los demandantes , que ascienden al importe de la totalidad de la inversión realizada en dicho Banco, más los correspondientes intereses, condenando a BANCO SANTANDER, S.A. al pago de dichos daños y perjuicios, por el importe de 500.000 euros, más los intereses legales desde la fecha de la inversión, o subsidiariamente desde la reclamación extrajudicial formulada o, de forma subsidiaria, desde la interposición de la presente demanda. Subsidiariamente, para el hipotético caso de que por este Juzgado se estime que procede la minoración de los rendimientos obtenidos por mis representados, se condene a la parte demandada a pagar a mis representados el importe invertido más su interés legal desde la fecha de la inversión. Subsidiariamente, para el hipotético e improbable supuesto de que no sean estimadas las anteriores pretensiones, esta parte solicita que se condene a la entidad financiera demandada a abonar a mis representados el importe

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 12396254292983090785158

Madrid

Administración de Justicia

invertido más el interés legal desde la fecha de la reclamación extrajudicial o, subsidiariamente, desde la fecha de la interposición de la demanda, devolviendo mis representados los rendimientos obtenidos.

4.- Que se impongan, en todo caso, las costas del presente procedimiento a la entidad financiera demandada.

SEGUNDO .- Admitida a trámite la demanda, se acordó sustanciarla por los trámites establecidos en los artículos 399 y ss de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, por remisión de lo dispuesto en el art. 249.2 y 252.2 del mismo texto legal, emplazando a la parte demandada en legal forma y dándole traslado de la demanda para que la contestase en el plazo de 20 días.

TERCERO.- BANCO DE SANTANDER S.A se personó en autos compareciendo en legal forma, a través de la representación y defensa supradicha, contestando en el sentido de interesar que con desestimación total de la demanda se dicte sentencia por la que se absuelva a la demandada de todos los pedimentos contra ella deducido con imposición de costas a la parte demandante.

CUARTO.- Dentro del tercer día, el Tribunal convocó a las partes comparecidas a la audiencia previa en la que la parte actora , y no habiéndose planteado excepción procesal alguna se admitieron los medios de prueba propuestos ; por la parte actora: documental, testifical, y por la parte demandada documental, practicándose en el acto de juicio las pruebas que fueran declaradas pertinentes y útiles, se concedió la palabra a las partes para que evacuasen el trámite de conclusiones acerca de los hechos controvertidos, el resultado arrojado con las pruebas practicadas, quedando los autos vistos para dictar la presente resolución.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. [redacted] y Dña. [redacted] nteresan la nulidad de operación de fecha 25 de julio de 2011 de Orden de Valores para la suscripción de 500 títulos denominados "OB. SUB. BANCO POPULAR VT. 07-21", que se corresponden con obligaciones subordinadas, con un valor nominal de 1.000 e por cada título, lo que hace un total de 500.000 € por falta de consentimiento o subsidiariamente error en el objeto. De forma subsidiaria por incumplimientos graves que han ocasionado daños y perjuicios a aquellos , con relación de causa a efecto al amparo de lo establecido en el artículo 1.101 del Código civil y subsidiariamente por incurrir en las conductas sancionadas en los artículos 124 en relación con el artículo 38 del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores y concordantes, al generar la demandada en los demandantes la convicción de que estaban contratando un depósito, garantizado y con alta

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 12396254292983099785158

Madrid

Administración de Justicia

rentabilidad, y que podría recuperar las cantidades depositadas en cualquier momento si así lo deseaba.

Expone que la entidad financiera y comercializadora del producto incumpliendo las prevenciones legales sectoriales , debió haber informado de forma comprensible de la naturaleza del producto, analizando el perfil del inversor, para asegurarse que el cliente podía comprender los riesgos que asumía, lo cual no tuvo lugar en este caso , pues la demandante se limitó a firmar documentos que le pusieron de manifiesto , fruto de la confianza de años con el personal de la sucursal, para cuya comprensión se requerían unos conocimientos en materia financiera de los que carecía procediendo a suscribir el contrato en la confianza de que estaba contratando un producto rentable , seguro y reembolsable en cualquier momento sin riesgo alguno También, decir que pese a la importante cantidad dineraria depositada en el Banco demandado no se les sometió ni a test de conveniencia ni de idoneidad

Las obligaciones subordinadas compradas por la actora constituye unos instrumentos financieros complejos, que no fueron debidamente explicados a los mismos. No se les informó correctamente ni de la naturaleza de tales productos, ni del riesgo elevado y complejidad que entrañaban las referidas inversiones;la entidad demandada no advirtió a mi representado sobre el alto riesgo que suponía la compra de obligaciones subordinadas;la demandada no le proporcionó información acerca de la naturaleza de las obligaciones subordinadas, ni de su comportamiento en los mercados y ni de sus riesgos inherentes;la información facilitada de forma verbal por la entidad fue contraria a la realidad de tales productos. La falta de información impidió a los demandantes conocer las características de los productos que le estaba ofreciendo la entidad financiera demandada, dado que se omitieron extremos esenciales. Nada se indicó, por ejemplo, sobre la posibilidad de pérdida del dinero, ni de que las obligaciones no fueran amortizadas por la entidad emisora.

A la demanda se opone la demandada alegando que :

1º. La acción de anulabilidad por vicio en el consentimiento, ya sea este dolo o error no está justificada como remedio para anular la suscripción de las obligaciones subordinadas.

a) En primer lugar, esa acción está caducada. Aunque se contemplase en términos dialécticos y de hipótesis la tesis de la demanda, los actores necesariamente habrían conocido las características y los riesgos reales del producto que habían contratado con motivo de la percepción del interés del primer trimestre posterior a la contratación (un 8%, claramente superior al de un depósito a plazo fijo garantizado) y, en todo caso, tras recibir la información referida a la cotización de las obligaciones subordinadas en el mercado secundario a finales del año 2011, que revelaba que era inferior al importe nominal invertido. Un depósito a plazo fijo garantizado no cotiza en un mercado secundario ni su valor oscila en función de la cotización correspondiente. La constatación de esa circunstancia ya desharía cualquier posible vicio del consentimiento. En todo caso, como tiene establecido de manera reiterada y pacífica la doctrina jurisprudencial de la Excma. Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, el conocimiento de esa primera circunstancia negativa de la inversión determina que en esa fecha se entienda producida la consumación del contrato a efectos del

Madrid

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 12396254229830978515 8

Administración de Justicia

cómputo del plazo para ejercitar la acción de anulabilidad. Habiendo transcurrido más de cuatro años entre ese dies a quo y la presentación de la demanda, la acción debe ser desestimada.

b) No hubo dolo ni error: el Banco informó debidamente a los actores del riesgo, típico y consustancial a la naturaleza de las obligaciones subordinadas, consistente en la postergación de su derecho al cobro respecto de otras clases de acreedores para el caso de liquidación o disolución de la entidad emisora efecto equivalente al derivado del dispositivo de resolución y a las medidas acordadas por la JUR e implementadas por el FROB—, que era el riesgo que podía concretarse y que efectivamente se concretó.

c) En ningún caso cabría calificar la situación de hecho que se examina como error invalidante del consentimiento, pues el alegado error en ningún caso recaería sobre un elemento esencial: las obligaciones subordinadas suscritas por los demandantes siempre han sido eso, obligaciones (valores mediante los cuales el emisor reconocía o creaba una deuda de dinero) subordinadas (ocupando un orden de prelación subordinado de cobro en determinadas circunstancias). No es que se contratase creyendo que era una cosa y luego resultase que era otra distinta. Cuando se invierte en obligaciones subordinadas se asume el riesgo de subordinación, que fue exactamente el que se materializó.

d) Sin perjuicio de ello, con motivo de la contratación, los propios actores declararon ser conscientes de los riesgos inherentes al producto de inversión. Si incurrieron en irresponsabilidad al contratar sin tener una clara noción del objeto del contrato, no pueden desplazar al otro contratante las consecuencias negativas derivadas de un riesgo del que tuvieron el deber de ser conscientes. No puede invocar la existencia de un error invalidante (inexcusable) el contratante que ha omitido incluso la más leve de las diligencias, como es leer los materiales informativos que la entidad bancaria le entregó explicando las características y los riesgos del producto.

3º. No hubo infracción alguna de normas imperativas, ni de las contenidas en el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, ni de las contenidas en la Ley de Condiciones Generales de Contratación, la Ley de Competencia Desleal o el Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores. Además, la Excma. Sala de lo Civil del Tribunal Supremo se ha pronunciado en repetidas ocasiones, de manera pacífica y constante, sobre la inidoneidad de la acción de nulidad radical para, ni siquiera en términos dialécticos, conducir a la anulación de una inversión, pues el hipotético incumplimiento de normas administrativas (que son las que se citan como infringidas en la demanda) carece de relevancia para anular un contrato.

4º. Las acciones indemnizatorias y resolutorias que se ejercita tampoco puede prosperar por múltiples razones:

a) Se refiere a un supuesto (inexistente) incumplimiento (del deber de información) anterior a la celebración del contrato, mientras que el incumplimiento contractual, por su propia naturaleza, tiene que ser posterior a la celebración del contrato (sucede lo mismo que en el remedio resolutorio). No cabe la acción

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 12396254292983097851S8

Madrid

Administración de Justicia

indemnizatoria por supuestos incumplimientos de obligaciones precontractuales de información.

b) En particular, no procede la acción indemnizatoria cuando la acción de anulabilidad por error en el consentimiento está caducada: no cabe burlar los efectos del transcurso de plazo de caducidad de la acción de anulabilidad por error a través del ejercicio de acciones indemnizatorias basadas en los mismos defectos informativos que servirían de base a la invocación de error.

c) En todo caso, la acción indemnizatoria está prescrita, pues, al referirse a un incumplimiento precontractual, se trataría de responsabilidad extracontractual, sometida al plazo de prescripción de un año. Incluso si, a efectos de mera hipótesis, se atribuyera a la hipotética responsabilidad carácter contractual, la acción estaría igualmente prescrita, pues resultaría de aplicación el plazo de tres años previsto por el art. 945 del Código de Comercio (CCom).

d) Sin perjuicio de todo ello, no concurren los presupuestos exigidos para la apreciación de una acción indemnizatoria por responsabilidad contractual (y necesariamente habrían de observarse todos ellos cumulativamente): i) El Banco cumplió rigurosamente su deber de información y a través de diversos cauces. No existió incumplimiento alguno. ii) Los actores no han sufrido ningún perjuicio patrimonial que resulte indemnizable puesto que las obligaciones subordinadas se comportaron atendiendo a lo que se había acordado: cotizaron en mercado secundario, se abonaron los rendimientos pactados con carácter trimestral y, antes de la fecha de vencimiento, se materializó el riesgo propio de las obligaciones subordinadas. En todo caso, el eventual daño alegado no sería imputable objetivamente al Banco. iii) El tercer presupuesto que habría de apreciarse para el buen fin de una acción indemnizatoria tampoco concurre: no existe nexo causal entre el daño alegado y la conducta de Banco Popular (las circunstancias que condujeron al agotamiento de la liquidez de la entidad y a que las autoridades europeas ordenasen la resolución de la entidad no son imputables a mi mandante).

SEGUNDO.- Acción de anulabilidad por error en el consentimiento. Caducidad de la acción.

En relación con excepción relativa a la caducidad de la acción , debe desestimarse por las razones ya esgrimidas por la AP Madrid en sentencias como la de la Secc 11ª núm. 228/2015 de 17 julio, Sentencia núm. 221/2015 de 16 julio, Sentencia núm. 229/2015 de 27 julio , aunque en relación con la problemática surgida con la comercialialización de las participaciones preferentes y obligaciones subordinadas de Caja Madrid, conforme a las cuales :" Ciertamente, el art. 1301 del C.Civil al referirse al punto temporal en que se inicia el plazo de caducidad de 4 años dispone que "en los (casos) de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato".

Como se ha venido indicando en otros pronunciamientos judiciales el problema se centra en determinar el "dies a quo" de inicio del plazo de caducidad, pues mientras unos consideran que se corresponde con el mismo día de suscripción del contrato, habida cuenta que en ese mismo momento se produjo la consumación

Madrid

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 12396254229830978515 8

del mismo, cumpliendo cada parte sus respectivas prestaciones, otros entienden que el plazo no empezaría a contar sino desde la fecha del vencimiento del plazo de amortización previsto por parte de la entidad emisora.

La respuesta a tal cuestión se puede encontrar en la STS de 11 de junio de 2003 , que nos recuerda como el art. 1.301 del Código Civil establece que en los casos de error, dolo o falsedad de la causa, el plazo de cuatro años empezará a correr desde la consumación del contrato. Precisando por su parte la sentencia del TS de 11 de julio de 1984 que, de cara a hacer cómputo del plazo de vigencia de la acción de anulabilidad, es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de anulabilidad por error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones, como por otra parte también reconoce la sentencia de 27 de marzo de 1989 precisando que el art. 1.301 del Código Civil señala que en los casos de error o dolo la acción de nulidad del contrato empezará a correr "desde la consumación del contrato". Añadiendo la citada doctrina jurisprudencial que el momento de la consumación no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que la consumación sólo tiene lugar, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes. Ratificándose tal criterio por la sentencia del TS de 5 de mayo de 1983 cuando dice "en el supuesto de entender no obstante la entrega de la cosa por los vendedores el contrato de 8 de junio de 1955, al aplazarse en parte el pago del precio, no se había consumado en la integridad de los vínculos obligaciones que generó...".

Por tanto, el TS deja claro que la consumación de los contratos sinalagmáticos no se ha de entender producida sino desde el momento en que cada una de las partes ha cumplido la totalidad de las obligaciones derivadas del mismo, debiéndose por ende distinguir entre la perfección, la consumación y el agotamiento del contrato, que no se produciría hasta que el contrato dejara de producir todos los efectos que le son propios. Debiendo quedar fijada la consumación en el momento en que se produce el cumplimiento recíproco de la totalidad de las prestaciones pactadas. Por tanto, si bien no puede afirmarse que la consumación del contrato no debe coincidir necesariamente con el abono de las remuneraciones, pues sería tanto como decir que contratos como el presentes en que se prevé un pago de remuneraciones periódicas sine die sería tanto como decir que no se consumaría nunca, sí que podremos concluir que la consumación no se produce hasta el vencimiento del ejercicio del derecho de amortización de la inversión que se reservaba a su favor la entidad emisora.

Y en reciente sentencia, STS, Civil del 12 de enero de 2015 el TS ha añadido: "Al interpretar hoy el art. 1.301 del Código Civil en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento, no puede obviarse el criterio interpretativo relativo a « la realidad social del tiempo en que [las normas] han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas », tal como establece el art. 3 del Código Civil .

La redacción original del art. 1.301 del Código Civil , que data del año 1881, solo fue modificada en 1975 para suprimir la referencia a los « contratos hechos por mujer casada, sin licencia o autorización competente », quedando inalterado el resto

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 12396254292983097851 58

del precepto, y, en concreto, la consumación del contrato como momento inicial del plazo de ejercicio de la acción.

La diferencia de complejidad entre las relaciones contractuales en las que a finales del siglo XIX podía producirse con más facilidad el error en el consentimiento, y los contratos bancarios, financieros y de inversión actuales, es considerable. Por ello, en casos como el que es objeto del recurso no puede interpretarse la "consumación del contrato" como si de un negocio jurídico simple se tratara. En la fecha en que el art. 1.301 del Código Civil fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la "actio nata", conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (art. 4:113).

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

Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error."

En el presente caso de comercialización de obligaciones subordinadas de BANCO POPULAR ESPAÑOL, el día inicial del plazo para el ejercicio de la acción debe situarse en fecha 6 de junio de 2017 , cuando, como es público y notorio, y transcribiendo la propia secuencia de los hechos según el escrito de demanda, "el Banco Central Europeo comunicó a la Junta Única de Resolución (JUR) la inviabilidad de Banco Popular por considerar que no tenía ni era capaz de obtener la liquidez necesaria para atender el pago de sus obligaciones exigibles, por lo que no podía continuar con su operativa diaria . De este modo la JUR determinó que ni el proceso de venta de la entidad ni la posibilidad de una ampliación de capital podrían suponer una solución inminente, que era lo que se precisaba, pues el Banco había agotado su liquidez (ordinaria y extraordinaria) y no podía hacer frente a sus obligaciones de pago con depositantes y acreedores. Consiguientemente, la JUR concluyó que se cumplían las condiciones previstas

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 12396254292983099785158

para declarar la resolución de la entidad y aprobó el dispositivo de resolución. La Comisión Europea refrendó esas decisiones.

La resolución de la Comisión Rectora del FROB de 7 de junio de 2017 acordó adoptar las medidas necesarias para ejecutar la decisión de la JUR . El dispositivo de resolución estableció la amortización de todas las acciones, la conversión en acciones y la posterior amortización de los instrumentos de capital adicional de nivel 1 (bonos contingentemente convertibles), y la conversión en acciones del importe nominal de los instrumentos de capital de nivel 2 (obligaciones subordinadas).

Las acciones en las que se convirtieron los instrumentos de capital de nivel 2 (obligaciones subordinadas) fueron las que se vendieron a Banco Santander, S.A. por cuenta de sus anteriores titulares. La venta de esas acciones de nueva emisión se produjo al candidato que mejor oferta había realizado en el proceso competitivo que se había iniciado el 3 de junio, apoyándose en el trabajo previo que se había llevado a cabo durante el proceso privado de venta desarrollado por la entidad.

Como consecuencia de la ejecución de ese dispositivo de resolución, los anteriores accionistas y los inversores en instrumentos de capital adicional de nivel 1 y nivel 2 dejaron de ser titulares de sus títulos."

Y no ha de entenderse que el dies a quo fuese en un momento anterior por cuanto las propia cotización del producto en el mercado secundario no arrojaba una cotización negativa, lo que no permitía colegir que se tratase de un producto volátil y arriesgado. Así la propia demandada reconoce en su contestación que "la cotización de las obligaciones subordinadas estuvo a lo largo de los años en muchas ocasiones por encima de su valor nominal. De hecho, todavía el 4 de abril de 2017 la cotización era superior al 100% del valor nominal . Si los actores hubiesen vendido sus títulos apenas dos meses antes de la resolución de la entidad, habrían percibido el 100% de la inversión y obtenido una ganancia, sin contar con los rendimientos trimestrales que ya habían obtenido.

TERCERO.-Sobre la naturaleza del producto litigioso:

Las obligaciones subordinadas participan de la misma naturaleza que las participaciones preferentes, con alguna nota diferencia de escasa entidad y constituyen una mutación o alteración del régimen común de las obligaciones, que obedece al exclusivo propósito de fortalecer los recursos propios de las entidades de crédito y muy especialmente de las Cajas de Ahorros, caracterizándose porque en caso de quiebra o liquidación de la entidad de crédito tales obligaciones- préstamos ocupan un rango inferior a los créditos de todos los demás acreedores y no se reembolsarán hasta que se hayan pagado todas las deudas vigentes en ese momento, constituyendo unos de sus requisitos el que dichos fondos deben tener un vencimiento inicial de al menos 5 años, tras dicho periodo podrán ser objeto de reembolso, así como que las autoridades competentes podrán autorizar el reembolso anticipado de tales fondos siempre que la solicitud proceda del emisor y la solvencia de la entidad de crédito no se vea afectada por ello.

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 12396254329983099785158

Así mismo, las obligaciones subordinadas tienen la consideración oficial de producto complejo del art. 79 bis 8.a) de la Ley del Mercado de Valores, si se tiene en cuenta que este precepto considera no complejos dos categorías de valores: una primera, que englobaría los valores típicamente desprovistos de riesgo y las acciones cotizadas como valores ordinarios, cuyo riesgo es de general conocimiento; y una segunda, que considera valores no complejos aquéllos en los que concurran tres condiciones, a saber: Que existan posibilidades frecuentes de venta, reembolso u otro tipo de liquidación de dicho instrumento financiero a precios públicamente disponibles para los miembros en el mercado y que sean precios de mercado o precios ofrecidos, o variados, por sistemas de evaluación independientes del emisor. Y, finalmente, que no impliquen pérdidas reales o potenciales para el cliente que excedan del coste de adquisición del instrumento y que exista a disposición del público información suficiente sobre sus características que sea comprensible, de modo que permita a un cliente minorista emitir un juicio fundado para decidir si realiza o no la operación.

Y como precisan SS como la de la Audiencia Provincial de Asturias, sec. 1ª, S 18-12-2013, " el riesgo de este producto no se circunscribe a que el emisor devenga insolvente y en virtud de la alteración del régimen de prelación de créditos inherente al producto el derivado del mismo se sitúe tras los de los acreedores con privilegio y los acreedores comunes pues hay otros aspectos altamente desfavorables para los clientes, un plazo para recuperar la inversión que en el caso es de diez años pues solo la entidad dispone según contrato de opción de cancelación anticipada y particularmente que la obligación subordinada solo es susceptible de liquidación por el contratante en un mercado interno y secundario dentro del cual la calificación crediticia de la entidad durante ese periodo influirá decisivamente en la demanda del título, por lo que la relevancia económica del producto no la configura únicamente el escenario existente en el momento de su comercialización sino esos extremos condicionantes de su evolución en el mercando financiero", por lo demás, al igual que las participaciones preferentes, 1. No otorga a sus titulares derechos políticos o derecho de voto;2. No otorgan derecho de suscripción preferente respecto de futuras emisiones.3. No son depósitos ni están cubiertos por el fondo de garantía de depósitos.4Sirven para incrementar los recursos propios básicos a un coste, en general, muy por debajo del ROE ("return on Equity", beneficio después de impuestos/fondos propios).

En el caso de las OBLIGACIONES SUBORDINADAS emitidas por BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A,las características este producto son

a) Plazo: 10 AÑOS, con la posibilidad de que el emisor amortice la emisión a partir del quinto año a la par (valor nominal);

b) Cupón fijo: 8% nominal anual.;

c) Cupón variable: Euribor a 3 meses más un diferencial del 4,10% desde el 28 de septiembre de 2009 y Euribor a 3 meses más un diferencial del 4,60% desde el 28 de septiembre de 2014 hasta la amortización de los valores;

d) Frecuencia cupón: trimestral.

Situación en el orden de prelación de acreedores: por detrás de los depositantes, acreedores con privilegio y acreedores ordinario.

Administración de Justicia

Madrid

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 12396254292983099785158

Cotización: a.i.a.f. Mercado de Renta Fija

Y sus riesgos asociados son :

Riesgo de crédito: Por detrás de los depositantes, acreedores con privilegio y acreedores ordinarios.

Riesgo de t.i: El mercado exige a cada activo, una determinada rentabilidad en función de la combinación de los diferentes riesgos que comporta. En este tipo de productos, el ajuste de la TIR (entiéndase la rentabilidad del activo) exigida por el mercado, se realiza vía precio, es decir, por cambios en la cotización del activo al no poder actuar sobre el cupón pagado (se establece una rentabilidad y un plazo por cupón).

Por consiguiente, si el mercado reclama una mayor rentabilidad en el cupón (TIR) por haber incrementado los riesgos de la entidad que lo emite, conllevará una caída en el precio del activo, y por el contrario, una reducción en la rentabilidad del cupón (TIR) exigida por el mercado al haberse reducido los riesgos de la entidad que lo emite, supondrá una subida en el precio del activo

Si el valor de la entidad que lo emite cae, para atraer al mercado, tendré que dar mayor rentabilidad (el mercado me lo exige, ya que es él quien asume el riesgo al ser quien presta el dinero)

Si el valor de la entidad que lo emite sube, se entiende que es una empresa que no comporta un gran riesgo, por lo que la rentabilidad del activo bajará.

Riesgo de tipo de cambio: no existe ya que está denominado en €

Iliquidez: Para hacerlo líquido, sería necesario que alguien comprara nuestra obligación en el mercado de Renta Fija a.i.a.f, pero, al estar colocada prácticamente entre clientes de la entidad que desconocían que se pudiese vender y que además, se encontraban en la misma situación, nos hace ver que la iliquidez era ALTA.

Volatilidad: derivada de los riesgos y de la falta de liquidez

A esto debemos de añadir que, un mayor plazo de tiempo, supone un mayor efecto sobre el precio, provocando una mayor volatilidad del activo.

El propio folleto de emisión califica a esta emisión como "instrumento financiero complejo". Para poder evaluar correctamente el riesgo de la emisión y anticipar su posible evolución la parte demandante debería conocer, entre otros conceptos: la sensibilidad del precio ante los tipos de interés; plazo de tiempo (10 años es largo plazo); Volatilidad de estos activos, no solo por el propio funcionamiento de la entidad, sino a factores externos como la prima de riesgo española; probabilidad de cobro de los cupones, ya que no se cobrarían en caso de que no se cumpliesen determinados requisitos de solvencia o beneficios.

CUARTO.-Acciones ejercitadas:

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 12396254292983097785158

Administración de Justicia

Desde esta perspectiva, la parte actora formula en cascada una acción de nulidad relativa o anulabilidad por error y subsidiariamente otra de resolución e indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento por la financiera de su deber de diligencia en la gestión de la información proporcionada al cliente e infracción de la normativa sectorial.

Dicha normativa sectorial viene representada por la ley 13/1985 de 25 de mayo de Coeficientes de inversión, recursos propios, y obligaciones de información de los Intermediarios Financiero ,introducida ésta por la Ley 19/2003 de 4 de julio y modificada por el art. 1.10 de la ley 6/2011 de 11 de abril por la que se traspone a nuestro derecho la directiva 209/111/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2009, arts, 78,79 y 79 bis 80 de la ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores , arts, 33,38,39 del RD 1310/2005 respecto de la distinción de las tres clases de inversores en valores negociables, , directiva 2004/39/CE de 21/04/2004 relativa a los mercados de instrumentos financieros (MiFiD) , reformada por la Directiva 2006/31/CE , Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero de Régimen jurídico de empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el , el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de lso Consumidores y Usuarios (arts. 8, 12.1, 48.2, 60, 80, 82,2, 19, 20.1) y Ley 7/1998 de 13 de abril de Condiciones Generales de Contratación (arts, 8 y ss.,

Vemos que la prosperabilidad de unas u otras acciones descansan en el pretendido defectuoso proceso de información seguido por la demandada a la hora de comercializar su producto según el tramo o sector de clientes a quien se ofertaba. En este sentido, pronto se advierte que la información es la clave de bóveda para la formación de una voluntad válida y eficaz, y que en su faceta patológica puede resultar viciada por una actitud insidiosa y desleal por la contraparte o por una falsa representación de la realidad , es decir por mero error , si bien , no es desacertado advertir que una formación ineficaz de la voluntad por engaño o maquinación ,no es sino una modalidad agravada del error que trae causa de los comportamientos más reprochables por el ordenamiento jurídico privado, y que por su carácter precisamente tendencial dispensan a la víctima de acreditar su excusabilidad por ser inmanente a esta causa de nulidad la inevitabilidad en la representación equivocada de la realidad.

En cuanto al error vicio . debemos tener en cuenta la sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 15 septiembre de 2015 (sentencia núm. 491/2015) , Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 , y Sentencias 683/2012, de 21 de noviembre , y 626/2013, de 29 de octubre : y en particular la Sentencia núm. 840/2013 de 20 enero del Pleno de la Sala I del TS, al señalar que :" . La regulación del error vicio del consentimiento que puede conllevar la anulación del contrato se halla contenida en el Código Civil (, en el art. 1266 CC , en relación con el art. 1265 y los arts. 1300 y ss. Sobre esta normativa legal, esta Sala primera del Tribunal Supremo ha elaborado una doctrina jurisprudencial, de la que nos hemos hecho eco en las ocasiones anteriores en que nos hemos tenido que pronunciar sobre el error vicio en la contratación de un swap, en las Sentencias 683/2012, de 21 de noviembre (RJ 2012, 11052) , y 626/2013, de 29 de octubre (RJ 2013, 8053) : Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia

Madrid

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 12396254292983097851S8

inexacta. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.

Es lógico que un elemental respeto a la palabra dada (" pacta sunt servanda ") imponga la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y pueda quien lo sufrió quedar desvinculado. Al fin, el contrato constituye el instrumento jurídico por el que quienes lo celebran, en ejercicio de su libertad - autonomía de la voluntad -, deciden crear una relación jurídica entre ellos y someterla a una " lex privata " (ley privada) cuyo contenido determinan. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos.

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

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

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

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

El error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente cierta, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 12396254292983099785158

Administración de Justicia

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

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

Y por último en lo referente a la acción de reclamación de daños y perjuicios por el incumplimiento por la entidad financiera del estándar de diligencia, buena fe e información completa, clara y precisa que le era exigible, debe señalarse que el por sí mismo, el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error. Asi lo entiende también el Alto Tribunal al pronunciarse en sentencias como la núm. 754/2014 de 30 diciembre, en la que conforme al art. 1.101 , el incumplimiento contractual puede dar lugar a una reclamación de una indemnización de los daños y perjuicios causados, lo que exige una relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño indemnizable. En este caso, el daño es la pérdida del capital invertido con la suscripción de las acciones preferentes por los demandantes por indicación del asesor del banco En este sentido nos pronunciamos en la Sentencia 24/2013 de 18 de abril en un supuesto muy similar al presente, en que entendimos que el incumplimiento por el banco del «estándar de diligencia, buena fe e información completa, clara y precisa que le era exigible al proponer a los demandantes la adquisición de determinados valores que resultaron ser valores complejos y de alto riesgo (así los define la Comisión Nacional del Mercado de Valores, y así se acepta en la sentencia de la Audiencia Provincial) sin explicarles que los mismos no eran coherentes con el perfil de riesgo muy bajo que habían seleccionado al concertar el contrato de gestión discrecional de carteras de inversión. Este incumplimiento grave de los deberes exigibles al profesional que opera en el mercado de valores en su relación con clientes potenciales o actuales constituye el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por tales clientes como consecuencia de la pérdida casi absoluta de valor de las participaciones preferentes de Lehman Brothers adquiridas». Y sigue diciendo ." la omisión de la información sobre el producto y sus riesgos que hubiera podido evitar este equívoco, generó que los demandantes asumieran inconscientemente un riesgo que, no sólo desconocían, sino que, además, habían tratado de evitar fiados en la recomendación de su asesor. Es por ello que, en nuestro caso, el perjuicio derivado de la actualización de este riesgo, la pérdida casi total de la

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 12396254292983097851 58

Madrid

Administración de Justicia

inversión, es una consecuencia natural del incumplimiento contractual de la demandada, que opera como causa que justifica la imputación de la obligación de indemnizar el daño causado".

Veamos a continuación cuáles son deberes de información que atañen a la entidad financiera a la hora de comercializar un producto de la naturaleza del que es objeto de autos.

La sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Civil, en sentencia del Pleno, de 20/01/2014 que aborda esta cuestión en los siguientes términos en un supuesto de contratación de un producto financiero :

"En lo que ahora interesa, que es determinar el alcance de los deberes de información y asesoramiento de la entidad financiera en la contratación con inversores minoristas de productos financieros complejos, como es el swap , al tiempo en que se llevó la contratación objeto de enjuiciamiento (13 de junio de 2008), "las normas de conducta para la prestación de servicios de inversión a clientes" del art. 19 Directiva 2004/39/CE ya habían sido traspuestas a nuestro ordenamiento por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre (RCL 2007, 2302) , que introdujo el contenido de los actuales arts. 78 y ss de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en adelante LMV). También había entrado en vigor el RD 217/2008, de 15 de febrero (RCL 2008, 407) , sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, que desarrolla esta regulación.

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

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

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

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

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 12396254292983009785158

Madrid

Administración de Justicia

inversión.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 12396254292983097851 58

Madrid

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

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

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

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

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

Como afirma la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), "(l)a cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente" (apartado 53). Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el art. 52 Directiva 2006/73 (LCEur 2006, 1963) , que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.4 Directiva 2004/39/CE .

El art. 4.4 Directiva 2004/39/CE define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como " la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros ". Y el art. 52 Directiva 2006/73/CE aclara que " se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...)", que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales. Carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 12396254292983009785158

Administración de Justicia

distribución o va destinada al público.

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

Incumplimiento de los test adecuación e idoneidad . Sobre la base de la apreciación legal de la necesidad que el cliente minorista tiene de conocer el producto financiero que contrata y los concretos riesgos que lleva asociados, y del deber legal que se impone a la entidad financiera de suministrar a dicho cliente una información comprensible y adecuada sobre tales extremos, para salvar la asimetría informativa que podía viciar el consentimiento por error, la normativa MiFID impone a la entidad financiera otros deberes que guardan relación con el conflicto de intereses en que incurre en la comercialización de un producto financiero complejo y, en su caso, la prestación de asesoramiento financiero para su contratación.

En el primer caso, en que la entidad financiera opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada, la entidad debe valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, y evaluar si es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión que va a contratar, mediante el denominado test de conveniencia . En el segundo, si el servicio prestado es de asesoramiento financiero , además de la anterior evaluación, la entidad debería hacer un informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente, para poder recomendarle ese producto, por medio del llamado test de idoneidad ."

Desde el punto de vista del perfil del inversionista , en el presente caso, es diáfano que [redacted] carecían de conocimientos en materia financiera , (el taxista de profesión , ella auxiliar administrativo) , lo cual no es negado por la contraparte . Consta asimismo que nunca habían invertido en productos de este tipo.

En este caso no ha aportado la entidad el test de conveniencia o en su caso de idoneidad, y no consta por tanto qué grado de comprensión teníandel producto una vez leído el folleto informativo (tríptico) que dice le suministró.

El Sr. [redacted] , director de sucursal BANCO POPULAR ESPAÑOL en la fecha de la contratación manifiesta en el juicio que no recuerda cómo se realizó la comercialización , sólo da cuenta genérica de cómo se efectuaba. En cualquier caso, no existe dato alguno que permita concluir que medió algún tipo de recomendación a los efectos de determinar la necesidad de someter a los clientes demandantes a un test de idoneidad, pero de lo que no cabe duda es que no tenían en modo alguno el carácter de cliente profesional según los parámetros descritos en el art. 78 bis a de la Ley del Mercado de Valores, sino de minorista de perfil conservador que buscaban inversiones seguras , inadecuado y desaconsejable según su tipología y que requería dada su complejidad amplios conocimientos en inversiones financieras.

Madrid

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 12396254292983097851 58

Administración de Justicia

En cuanto a la entrega de los documentos a la demandante consistente en el folleto informativo o tríptico en que se indican los riesgos que entraña el producto, no basta con que conste la entrega efectiva al cliente si no se acredita que dicha información ,dado su perfil, fue ampliamente explicada, pues no puede en modo alguno inferirse que D. y Dña. , sin formación específica en materia financiera al tiempo de la contratación, como se ha visto, tuviesen cumplido conocimiento de la operatividad del producto.

Como señalan sentencias como la de la Audiencia Provincial de Asturias, sec. 1ª, S 18-12-2013, en relación a las obligaciones subordinadas, como producto complejo, " no es admisible que la cliente conociese el riesgo que se puede derivar de la simple lectura del tríptico, el riesgo de este producto no se circunscribe a que el emisor devenga insolvente y en virtud de la alteración del régimen de prelación de créditos inherente al producto el derivado del mismo se sitúe tras los de los acreedores con privilegio y los acreedores comunes pues hay otros aspectos altamente desfavorables para los clientes, un plazo para recuperar la inversión que en el caso es de diez años ,pues solo la entidad dispone según contrato de opción de cancelación anticipada y particularmente que la obligación subordinada solo es susceptible de liquidación por el contratante en un mercado interno y secundario dentro del cual la calificación crediticia de la entidad durante ese periodo influirá decisivamente en la demanda del título, por lo que la relevancia económica del producto no la configura únicamente el escenario existente en el momento de su comercialización sino esos extremos condicionantes de su evolución en el mercando financiero."

Por último y en relación con la inversión de la carga de la prueba en este tipo de operaciones, y sabido que las entidades de crédito están obligadas a prestar a tales clientes minoristas exigiéndose especial diligencia y transparencia hasta el punto de tener que cuidar de sus intereses como si fueren propios, la consecuencia es que a quien corresponde probar fehacientemente las dimensiones de tal información es a la entidad bancaria, quien cuenta con la plena y total facilidad probatoria de conformidad con el artículo 217. 7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) , además de con su apartado 2, pues es la entidad demandada quien alega haber puesto en claro y rotundo conocimiento, de fácil comprensión, el conjunto de circunstancias que rodeaban el producto.

En consecuencia, no habiendo acreditado la entidad demandada que cumpliese adecuadamente sus deberes de información idónea y apta al perfil de los actores conforme a lo dispuesto en la normativa de referencia, y por tanto habiendo incumplido la entidad demandada sus deberes legales para con el cliente , hasta el punto de ocultar elementos esenciales para valorar la rentabilidad del producto y considerando que el consentimiento prestado estuvo viciado de error, esencial al recaer sobre la esencia del producto financiero, (naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero y excusable, en tanto el mismo habría estado provocado por el incumplimiento por parte de la entidad bancaria de su obligación de información, y procede declarar nulo el correspondiente contrato, (orden de suscripción de obligaciones subordinadas " OB. SUB. BANCO POPULAR VT. 07-21).

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 12396254292983097851 58

Madrid

Administración de Justicia

En cuanto a los efecto de la nulidad con las consecuencias previstas en el artículo 1303 del C.Civil y una vez las acciones en las que se convirtieron los instrumentos de capital de nivel 2 (obligaciones subordinadas) se vendieron a Banco Santander, S.A. por cuenta de sus anteriores titulares de forma forzosa como efecto de la resolución de la entidad BANCO POPULAR , no resultará posible la restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, , pues , si bien el BANCO SANTANDER deberá reintegrar a la parte actora el importe íntegro de la inversión (500.000 €) menos los intereses o cupones abonados , en ambos casos junto con los intereses legales desde la suscripción del producto y desde la percepción de cada cupón o interés, no puede decirse lo mismo respecto del suscriptor, pues el instrumento de inversión no se encuentra ya en su patrimonio.

En estos casos, sentencias como la del Tribunal Supremo TS de 17 de junio de 2010 STS 4216/2010) señalan que "... El artículo 1303 CC, ...su propósito es conseguir que las partes afectadas por la nulidad vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto de la invalidez y la jurisprudencia ha declarado que la obligación que en él se establece para los contratantes de restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato nulo, con sus frutos, y el precio con los intereses, puede resultar insuficiente para resolver todos los problemas económicos derivados de la nulidad contractual, por lo que puede ser preciso acudir a la aplicación de otras normas, tales como los preceptos generales en materia de incumplimiento de obligaciones contenidos en los artículos 1101 y siguientes CC que establecen la obligación de resarcir los perjuicios nacidos del incumplimiento, teniendo en cuenta su carácter previsible o su vinculación con el hecho que da lugar a ellos (STS de 26 de julio de 2000)

No obstante lo anterior, el art. 1307 del C. Civil señala que siempre que el obligado por la declaración de nulidad a la devolución de la cosa , no pueda devolverla por haberse perdido, deberá restituir los frutos percibidos y el valor que tenía la cosa cuando se perdió , con los intereses desde la misma fecha. Y en este caso, como es sabido, el precio de las acciones en que resultaron convertidas los instrumentos de capital nivel 2, entre las que se encontraban las obligaciones subordinadas de los actores, fue cero, razón por la cual nada habrán de reintegrar a la entidad.

QUINTO.-Siendo total la estimación de la demanda procede imponer a la demandada el pago de todas las costas procesales (art. 394 LEC)

FALLO

Que con estimación de la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales , Dña. Cayetana de Zulueta Luchsinger en nombre y representación de D. ... y contra BANCO

Madrid

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 12396254229830978515 8

Administración de Justicia

DE SANTANDER S.A. , representada por el Procurador , D. Eduardo Codes Feijoo, debo declarar y declaro la nulidad del contrato de fecha 25 de julio de 2011 de Orden de Valores para la suscripción de 500 títulos denominados "OB. SUB. BANCO POPULAR VT. 07-21", que se corresponden con obligaciones subordinadas, con un valor nominal de 1.000 € por cada título, y condeno a la demandada a reintegrar al demandante la cantidad de QUINIENTOS MILS EUROS (500.000 €) menos los intereses o cupones abonados por aquel , y en ambos casos junto con los intereses legales desde la suscripción del producto y desde la percepción de cada cupón o interés , todo ello a determinar en ejecución de sentencia.

Se condena asimismo a la demandada al abono de las costas procesales causadas en este procedimiento.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer, en el término de veinte días, recurso de apelación ante este Tribunal para su resolución por la Audiencia Provincial de Madrid, justificando al hacerlo haber efectuado el pago de las tasas judiciales reglamentarias .

Por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN: Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión a autos. Doy fe.

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 12396254329983097851 58

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

Madrid

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 12396254229298309785158

Este documento es una copia auténtica del documento Sentencia Proc. Ordinario firmado electrónicamente por ALVARO RUEDA TORTUERO