

**Audiencia Provincial Civil de Madrid**

**Sección Undécima**

c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 2 - 28035

Tfno.: 914933922

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2019/0031324

**Recurso de Apelación 135/2020**

**O. Judicial Origen:** Juzgado de 1ª Instancia nº 18 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 251/2019

**APELANTE:** BANCO SANTANDER S.A

PROCURADOR D./Dña. EDUARDO CODES FEIJOO

**APELADO:**

PROCURADOR D./Dña. CAYETANA NATIVIDAD DE ZULUETA LUCHSINGER

**SENTENCIA**

**TRIBUNAL QUE LO DICTA:**

**ILMO/A SR./SRA. PRESIDENTE:**

D.CESAREO DURO VENTURA

**ILMOS/AS SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:**

Dña. MARÍA TERESA SANTOS GUTIERREZ

Dña. MARÍA JIMÉNEZ GARCÍA

En Madrid, a veintinueve de marzo de dos mil veintiuno.

La Sección Undécima de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles Procedimiento Ordinario 251/2019 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 18 de Madrid, seguido entre partes de una como apelante **BANCO SANTANDER S.A.**, representado por el Procurador D. EDUARDO CODES FEIJOO y de otra como apelados representados por la Procuradora Doña CAYETANA NATIVIDAD DE ZULIETA LUCHSINGER; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 19/11/2019.

VISTO, Siendo Magistrado Ponente **Dña. MARÍA TERESA SANTOS GUTIERREZ**

**I.-ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de 1ª Instancia nº 18 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 19/11/2019, cuyo fallo es del tenor siguiente:<<Que con estimación de la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales, Dña. Cayetana de Zulueta Luchsinger en nombre y representación de contra BANCO 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.>>

**SEGUNDO.-** Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, que fue admitido a trámite, dándose traslado del mismo a la parte contraria que formulo oposición, y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

**TERCERO.-** En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

## **II.-FUNDAMENTOS JURIDICOS**

### **PRIMERO.- Planteamiento de la cuestión objeto de debate**

Son antecedentes fácticos de interés para la correcta resolución los siguientes, tratándose de un tema de obligaciones subordinadas BANCO POPULAR canjeables por acciones cuya orden de suscripción es de fecha 25 de julio de 2011 , siendo las acciones ejercitadas las siguientes: acción de nulidad por error /dolo que ha viciado el consentimiento; de forma subsidiaria, en primer lugar acción de responsabilidad por incumplimiento contractual, solicitando la indemnización de los daños y perjuicios en base al artículo 1101

CC, y en segundo acción de reclamación de indemnización de daños y perjuicios al amparo de lo establecido en los artículos 38 / 124 TRLMV

1.- La parte actora, el primero taxista de profesión y la segunda auxiliar administrativo señalan que han mantenido durante años una relación de confianza con el personal de la entidad bancaria, lo que les llevó a suscribir las obligaciones subordinadas, inducidos por los consejos del comercial quien les dijo que se trataba de un producto estable para buenos clientes y un interés alto, invirtiendo así, los ahorros en OS 2011-1 por importe de 500.000 €, no advirtiendo de que existiera riesgo seguro y cierto en la inversión.

Señalan que no se les hizo el test de conveniencia ni idoneidad y que en fecha junio 2017 se procedió al canje obligatorio de las obligaciones por acciones del Banco Popular, perdiendo, finalmente el total de la inversión.

La parte demandada (sucesora Banco Santander) indica que el producto contratado supone la asunción por el inversor de un riesgo que era la contrapartida de la alta rentabilidad, porque a mayor riesgo mayor rentabilidad, y de esto eran conscientes los actores siendo que con las acciones ejercitadas se pretende desplazar al Banco los riesgos, añadiendo que el Banco Popular fue afectado por un proceso de reestructuración ordenado por las autoridades europeas de supervisión y resolución implementadas por el FROB.

Se niega la procedencia de las acciones ejercitadas, en principio la acción de anulabilidad por estar caducada al haber transcurrido cuatro años, no existiendo error en el consentimiento por haber sido consciente de las características del producto contratado.

La acción indemnizatoria por referirse a un supuesto incumplimiento anterior a la celebración del contrato, amén de que estaría prescrita por el transcurso del plazo para las acciones ejercitadas en base a responsabilidad extracontractual y respecto de las acciones indemnizatorias, tampoco pueden prosperar por cuanto no concurren ninguno de los requisitos, inexistencia de incumplimiento, de daño y de causalidad que impediría cualquier generación de responsabilidad, no habiéndose producido los incumplimientos referidos en los artículos englobados en la LMV.

2.- La sentencia estima la demanda basada en la anulabilidad contractual, rechaza la caducidad por cuanto computa el plazo desde la fecha de conversión de las obligaciones en acciones el día 6 de junio de 2017, siendo la demanda interpuesta en fecha 4.2.2019.

Hace un estudio sobre la naturaleza del producto litigioso y del cumplimiento en general del deber de información, concluyendo que no se ha aportado el test de conveniencia ni idoneidad no constando, por tanto, el grado de comprensión que tenían del producto y así se declara la nulidad porque se ocultaron elementos esenciales para valorar la rentabilidad del producto y porque se entiende que el consentimiento prestado estuvo viciado de error esencial.

Respecto a las consecuencias señala el reintegrar el capital invertido menos los intereses y cupones, intereses legales desde la suscripción del producto y desde la percepción de cada cupón.

La apelación formulada por la entidad financiera reitera la posición de la contestación a partir de un error en la valoración de la prueba y una infracción de lo dispuesto en el artículo 218 .2 LEC, en el sentido de que considera que no es admisible que la carga de la prueba en estos tipos de procedimientos pese sobre la entidad financiera.

Señala que está caducada la acción por cuanto el día inicial del cómputo es desde que se tuvo conocimiento de las pérdidas por los informes de la rentabilidad remitida a los actores, se alega que el incumplimiento de los deberes de información exigibles a las entidades que prestan servicios de inversión no debe conllevar necesariamente apreciar la concurrencia de un error invalidante del consentimiento, siendo que en su caso el supuesto error no tendría carácter esencial.

L a oposición solicita la confirmación de la sentencia.

**SEGUNDO.- Primer motivo de apelación.-Errónea valoración de la prueba .Infracción de lo dispuesto en el artículo 218 .2 LEC**

Poner de manifiesto como punto de partida en la resolución que ambos motivos unidos en un mismo apartado del escrito de recurso tiene distinta basa motivadora y razón de ser teóricamente, ya que el artículo mencionado no se refiere expresamente a un error en la valoración de la prueba sino a la exigencia de motivación de las sentencias, no obstante, dado que el apelante las basa en razonamientos coordinados, así será objeto de resolución.

1.- Respecto del error en la valoración de la prueba, es preciso recordar que las facultades del tribunal de apelación se extienden también a una nueva valoración de la

prueba y que la misma viene facilitada por el hecho de contar con la grabación íntegra del juicio celebrado en primera instancia, siendo así, que en la apelación, el Tribunal” ad quem” está facultado para realizar una revisión total del juicio de hecho y de derecho efectuado en primera instancia, con la única excepción que comporta el necesario respeto a los principios que rigen el recurso en relación con los solicitados por el recurrente.

La sentencia de esta Sala nº.88-2013, de 22 de febrero, afirma que en nuestro sistema el juicio de segunda instancia es pleno y ha de realizarse con base en los materiales recogidos en la primera, aunque puede completarse el material probatorio admitiendo, con carácter limitado, ciertas pruebas que no pudieron practicarse en la misma ( artículos 460 y 464 LEC); y en él, la comprobación que el órgano superior hace para verificar el acierto o desacierto de lo decidido, es una comprobación del resultado alcanzado en la que no están limitados los poderes del órgano revisor en relación con los del inicial.

La sentencia del Tribunal Constitucional nº212-2000 de 18 de septiembre se pronuncia en este sentido al afirmar que se configura la segunda instancia como una “revisio prioris instantiae” en la que el Tribunal superior tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el juzgador de instancia, comprobando si la resolución recurrida se ajusta o no a las normas procesales y sustantivas que eran aplicables al caso, con dos limitaciones, a saber; la prohibición de la “ reformatio in peius” y la imposibilidad de entrar a conocer sobre esos extremos que hayan sido consentidos por no haber sido objeto de impugnación .

2.- Señala el apelante que si bien la sentencia es prolija en citas de jurisprudencia, sin embargo no se detiene a analizar el contenido concreto de los medios de prueba aportados por el demandado, siendo incomprensible que señale que “existió un déficit de información imputable a la entidad bancaria “, sin hacer referencia a cómo considera que la prueba practicada de lugar a esos hechos probados, insinuando, también que existe una incongruencia omisiva, siendo que, respecto de ésta última la Sentencia del TS 141/2016, de 9 de marzo, afirma que “la denuncia temporánea de la infracción es un requisito inexcusable, una carga impuesta a las partes que obliga a reaccionar en tiempo y forma, con la debida diligencia, en defensa de sus derechos, ya que, de no hacerlo así, la parte pierde la oportunidad de denunciar la irregularidad procesal a través del recurso”; y añade que “no puede admitirse (...) vulneración del principio de congruencia de la sentencia recurrida si no se ha solicitado, en caso de que se trate de una incongruencia omisiva, la subsanación de la

omisión de pronunciamiento o complemento de la sentencia prevista en el artículo 215 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

Así ambos motivos a criterio de ésta Sala, según lo que se expondrá seguidamente, deben ser desestimados por cuanto, respecto del primero, la sentencia efectúa una exposición y justificación probatoria exhaustiva refiriendo que falta información sobre las características del producto financiero a los actores, dado el carácter de minoristas que acreditan –(folios nº 80 / 82 )- habiéndose dedicado al servicio de taxi, el actor y administrativa Doña, careciendo de conocimientos financieros( folios nº 83/85 ) .La alegación de falta de información es hecho negativo, estando obligado quien afirma que se dio esta información a probar, porque, aparte de ser hecho positivo, es hecho extintivo /impeditivo de la responsabilidad, y es el demandado quien está interesado y obligado a probar. Respecto del restante motivo, está claro, porque no consta en autos que el apelante haya cumplido con la alegación de referencia con anterioridad.

### **TERCERO.- Segundo motivo de apelación.- Caducidad de acción de anulabilidad**

En este tema se alega la infracción del artículo 1301 del CC y de la Jurisprudencia que lo interpreta al considerar que la acción habría caducado al tiempo de interposición de la demanda partiendo de la determinación del “die a quo“ para el cómputo del plazo entendiendo como éste el día de la consumación del contrato que no se debe confundir con el día de perfección, cuando se tiene conocimiento de alguna circunstancia negativa relacionada con la inversión, siendo en el supuesto concreto cuando la parte actora recibe la información referida a las cotizaciones de los productos en el mercado secundario a finales del año 2011 que revelaban que eran inferiores a los importes nominales invertidos.

Esta Sala no está de acuerdo con esta conclusión, sino que considera acertada la señalada en primera instancia, partiendo en el cómputo del día que tiene lugar la conversión de las obligaciones subordinadas en acciones, así, en las Sentencias dictadas, entre otras en los recursos de apelación nº 34/2020 y nº650 / 19, en fechas 28 de septiembre y veintitrés de noviembre de 2020 se establecían las siguientes conclusiones:

*“Respecto de la caducidad acogida en la sentencia e impugnada ahora, en la*

sentencia de esta misma sección del 29 de junio de 2020 señalábamos:

*“Sobre la caducidad.*

Recoge la SAP de Vitoria, sección 1ª, del 28 de junio de 2019 (Recurso: 266/2019) lo siguiente:

*"En el caso que nos ocupa, los bonos del Banco Popular suscritos por la recurrente se canjearon en acciones en el mes de enero de 2014, con un valor nominal de 26.814,12 €, habiendo obtenido la recurrente una plusvalía de su inversión inicial, 24.000 €. La STS 109/2018, de 2 de marzo, sitúa el plazo de caducidad de una acción de anulabilidad de obligaciones subordinadas en el momento del canje obligatorio por acciones. Entendemos que este criterio es aplicable a la acción de anulabilidad de los bonos convertibles a los que se refieren las presentes actuaciones, porque es a partir de dicho momento cuando el producto objeto de inversión dejó de comportarse como un bono convertible, con retribución periódica, y pasó a ser una acción, en cuanto participación social, con retribución condicionada a la aprobación de dividendos. Este cambio obligatorio, sin intervención consensual de la parte demandante, puso de manifiesto una de las características propias y exclusivas de un producto híbrido complejo, como el bono convertible. De este modo, cualquiera que fuera la concepción que la parte demandante tuviera sobre el producto suscrito, el mero hecho de que el producto pudiera ser objeto de canje sin intervención del consentimiento de la parte inversora puso de manifiesto el error para la demandante".*

*Pues bien aplicando el referido criterio en nuestro caso procede confirmar la caducidad apreciada en la resolución de instancia, pues la suscripción de 120 Bonos Banco Popular Convertibles 8% E/2010 se realiza el 19 de noviembre de 2010, por 120.000 € y el 25 de junio de 2012 se produce el canje anticipado por 61.662 acciones de la entidad, por un valor de 115.793,86 €. Luego desde esta fecha y hasta la presentación de la demanda el 8 de mayo de 2018 han transcurrido sobradamente los cuatro años previstos en el artículo 1301 del CC por lo que la acción de anulabilidad esta caducada, procediendo la desestimación de los motivos del recurso relativos a esta cuestión.”*

*La SAP, Madrid sección 9 del 02 de julio de 2020 señala:*

*“La STS de 19 de febrero de 2018 (nº 89/2018) analiza la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, que parte de la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo número 769/2014, de 12 de enero de 2015 (luego confirmada en otras), apuntando -se añaden resaltados-:*

*"Mediante una interpretación del art. 1301.IV CC ajustada a la naturaleza compleja de las relaciones contractuales que se presentan en el actual mercado financiero, la doctrina de la sala se dirige a impedir que la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, quede fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo.*

*"De esta doctrina sentada por la sala no resulta que el cómputo del plazo de ejercicio de la acción deba adelantarse a un momento anterior a la consumación del contrato por el hecho de que el cliente que padece el error pueda tener conocimiento del mismo, lo que iría contra el tenor literal del art. 1301.IV CC, que dice que el tiempo para el ejercicio de la acción empieza a correr "desde la consumación del contrato"*

*Esta doctrina ha sido reiterada por la STS de 10 de abril de 2018 (nº 202/2018) y otras posteriores.*

*Trasladando esa doctrina al caso de autos, para que la acción esté caducada deben concurrir los dos requisitos: consumación del contrato y que el cliente sea consciente del error en que incurrió. El banco apelante no tiene en cuenta en su argumentación sobre caducidad de la acción que debe haberse producido la consumación del contrato. En nuestro caso, la consumación del contrato debe entenderse producida en la fecha de canje obligatorio de los bonos por acciones de Banco Popular, el 25 de noviembre de 2015. Este es, además, el momento en el que el inversor (la actora D<sup>a</sup>.....) es consciente del error en el consentimiento en que incurrió, al comprobar que su inversión ha perdido notablemente su valor y que el producto suscrito no corresponde a lo que se le había informado antes de contratarlo. No transcurrieron cuatro años hasta la presentación de la demanda el..., luego la acción no estaba caducada.*

*En supuestos como el de autos, diversas sentencias de esta Sala han entendido que la consumación del contrato debe entenderse producida en la fecha de canje de los bonos por acciones de Banco Popular ( sentencias de 19 de julio de 2018 -recurso 441/2018 ; de 10 de mayo de 2018 -recurso 142/2018 -; de 13 de septiembre de 2018 -recurso 302/2018 -; de 24 de enero de 2019 -recurso 685/2018 -; de 11 de marzo de 2019 -recurso 903/2018-; y de 4 de abril de 2019 -recurso 24/2019 - " .*

*Igualmente, esta Sala tiene declarado entre otras en sentencia nº 363/2018 de 13/09/2018: " Teniendo en cuenta la naturaleza que tienen como productos complejos, tanto las participaciones preferentes, como los bonos subordinados convertibles en acciones,*



*emisión de los bonos que se llevó a cabo para dar una solución a los problemas que se planteaban como consecuencia de las emisiones de las participaciones preferentes, no cabe entender que la fecha inicial para el cómputo de la caducidad deba ser el 16 de marzo de 2012, fecha en la que los actores dieron la orden de conversión, sino al menos en la fecha en la que se llevó a cabo la conversión de los bonos en acciones, puesto que fue en ese momento en el que los actores tuvieron conocimiento de las verdaderas características de los bonos subordinados, y fueron conscientes del error, por lo que si el canje de los bonos por las acciones se llevó a cabo el día..., no cabe entender que esta caducada la acción de anulabilidad".*

*Y la SAP, Madrid sección 20ª del 02 de julio de 2020:*

*"Sobre la cuestión planteada en la alzada, se ha pronunciado esta Sala en supuestos idénticos al de autos, considerando que el dies a quo para el cómputo de la caducidad debe situarse en la fecha en que los bonos fueron convertidos en acciones por ser el momento de la consumación del contrato. Así, en la sentencia núm. 83/2020, de 19 de febrero; núm. 476/2019, de 13 de noviembre; núm. 521/2019, de 10 de diciembre, entre otras.*

*Este criterio es el que mantiene la mayoría de las Secciones de esta Audiencia Provincial en las siguientes sentencias: núm. 383/2019, de 16 de septiembre (Sección 8ª); núm. 451/2019, de 3 de octubre (Sección 9ª); núm. 446/2019, de 25 de octubre (Sección 12ª); núm. 311/2019, de 30 de septiembre (Sección 14ª); núm. 384/2019, de 30 de octubre (Sección 18ª); núm. 351/2019, de 29 de octubre, y núm. 46/2020, de 11 de febrero (Sección 19ª); núm. 511/2019, de 4 de diciembre (Sección 25ª).*

*Criterio el expuesto que, además, tiene respaldo en la doctrina jurisprudencial, pudiendo citarse al respecto, las SSTS núm. 409/2019 de 9 julio, y núm. 411/2016, de 17 de junio, que declara que 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."*

*También recientemente la STS, sección 1ª del 24 de junio de 2020 se ha pronunciado sobre esta cuestión:*

*"Decisión de la Sala. Caducidad de la acción de impugnación por error vicio del consentimiento en la adquisición de bonos necesariamente convertibles en acciones. Fijación del "dies a quo". Estimación.*

*1.- Los bonos necesariamente convertibles en acciones, a que se refiere este litigio, fueron objeto de examen en la sentencia de esta sala 411/2016, de 17 de junio. Como señalamos en dicha resolución, 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.*

*2.- La jurisprudencia de esta sala, plasmada básicamente en las sentencias de pleno 769/2014, de 12 de enero de 2015, y 89/2018, de 19 de febrero, reiteradas por otras muchas posteriores, establece que una interpretación del art. 1301.IV CC ajustada a la naturaleza compleja de las relaciones contractuales que se presentan en el mercado financiero debe impedir que la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error, quede fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error.*

*Sobre esa base, a efectos del cómputo de este plazo, la contratación de un producto como el litigioso (bonos necesariamente convertibles en acciones) no puede entenderse consumada con su adquisición, como hemos declarado respecto de los bonos estructurados (sentencia 409/2019, de 9 de julio). La consumación coincide con la fecha de conversión obligatoria, que es el momento en que se materializa el riesgo y la inversión cumple su finalidad económica.*

*3.- Desde este punto de vista, no resulta adecuado adelantar el día inicial del cómputo a una fecha anterior a la conversión obligatoria (en este caso, adelantando el inicio del cómputo a la fecha de la operación de canje voluntario de los bonos correspondientes a la primera emisión por los de la segunda), como hace la sentencia recurrida....”*

Así, en el supuesto planteado aplicando esta conceptualización del momento inicial del

cómputo, se debe situar en fecha 6 de junio de 2017, que es cuando se procedió al canje obligatorio de las obligaciones subordinadas por acciones del Banco Popular, perdiendo finalmente la totalidad de la inversión al ser amortizadas dichas acciones para ser vendidas por un euro al Banco Santander, tras ser intervenido el Banco Popular.

**CUARTO.- Sobre la información dada en relación al producto financiero y su influencia en el consentimiento del adquirente para producir error y vicio en la voluntad.**

1.-La base del resto de motivos del recurso están interrelacionados por cuanto el afirmar que el incumplimiento de los deberes de información exigibles a las entidades que prestan servicios de inversión no debe conllevar necesariamente a apreciar la concurrencia de un error invalidante del consentimiento, supone que implícitamente se está afirmando la inexistencia de error en el consentimiento prestado por los actores, y en su caso, su carácter excusable.

Se aduce que la Sentencia de instancia efectúa conclusiones generalizadas ( como ya se señaló en anterior fundamento ) omitiendo cualquier tipo de análisis tanto de la documentación objeto de la litis, folleto informativo o tríptico, como a la contratación en sí misma, y ello a partir del contenido de la sentencia en la que se señala expresamente ...”en cuanto a la entrega de los documentos a la demandante consistentes 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 ..”

2.-Motivo que no supone más que una pretensión de que se valore la prueba conforme el interés del apelante ya que la sentencia de instancia tiene una amplitud de razonamiento coherente con la decisión tomada y una valoración pormenorizada y acertada en derecho de acuerdo con pronunciamientos efectuados por esta Sala entre otros los recursos nº 466/2019 y 778/2019, no obstante y con una pretensión de no ser reiterativos en esta resolución se puede concluir con la desestimación del motivo por las siguientes razones, a saber, en primer lugar y partiendo de que es calificado el producto financiero –obligaciones subordinadas - , como complejo, en segundo lugar que es necesaria una información sobre sus características teniendo en cuenta los conocimientos de los actores y como consecuencia

existe una relación causal con el vicio del consentimiento en cuanto producción de error

Expresamente en el recurso de apelación nº 650 /2019, que se refería, por su parte al recurso nº 132 / 2020 se establecía al respecto:

*Respecto al fondo la reciente STS, Civil sección 1ª del 22 de junio de 2020 establece:*

*“Asunción de la instancia. Bonos necesariamente convertibles en acciones. Características y requisitos de información*

*1.- El mismo producto de inversión a que se refiere este litigio ya fue examinado en la sentencia de esta sala 411/2016, de 17 de junio. Como recordamos en dicha resolución, 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, con el valor que tienen en esa fecha, 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 ocurría en el caso resuelto por dicha sentencia y sucede también en éste, carácter subordinado.*

*2.- 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) 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).*

*Además, si tenemos en cuenta que los bonos necesariamente convertibles en acciones del Banco Popular eran 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 recapitalizaba, siendo su principal característica que al inicio otorgaban un interés fijo, mientras duraba el bono, pero después, cuando el inversor se convertía en accionista del banco, la aportación adquiría las características de una inversión de renta*

*variable, con el consiguiente riesgo de pérdida del capital invertido; es claro que se trataba de un producto no solo complejo, sino también arriesgado.*

*Lo que obligaba a la entidad financiera que los comercializaba a suministrar al inversor minorista una información especialmente cuidadosa, de manera que le quedara claro que, a pesar de que en un primer momento su aportación de dinero tenía similitud con un depósito remunerado a tipo fijo, a la postre implicaba la adquisición obligatoria del capital del banco y, por tanto, podía suponer la pérdida de la inversión.*

*3.- 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.*

*4.- Como declaramos en la meritada sentencia 411/2016, de 17 de junio:*

*"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 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".*

*Examen del caso desde tales parámetros. Los deberes de información en los contratos de inversión:*

*Desde la perspectiva expuesta, el juicio sobre la insuficiencia de la información realizado por el juzgado de primera instancia se ajusta a las exigencias de la normativa MiFID (en la fecha del contrato, art. 79 bis LMV) y a la jurisprudencia de esta sala.*

3.-Que en el supuesto no se cumplió con la dación de información requerida legalmente, consta acreditado y no requiere una complicada valoración probatoria, habiendo sido acertada la conclusión de instancia en este sentido pormenorizando el estudio en relación con la inexistencia del test de idoneidad y test de conveniencia ,concluyendo que difícilmente puede considerarse que la recomendación de los productos se ajustara al perfil inversor ya que la entidad no recabó previamente la información imprescindible sobre la situación financiera y sus objetivos de inversión; destacar como en el documento acompañado (folio nº nº 86 ) consistente en la orden de valores expresamente contiene la mención siguiente ..”junto con esta orden irrevocable de suscripción, los ordenantes reconocen haber recibido el tríptico informativo de la emisión de obligaciones subordinadas aceptando los términos y condiciones de la misma ...”, expresión de reconocimiento que ante una negativa de que estos documentos se han entregado sería el demandado quien debería haberles aportado a autos , habida cuenta de quien redacta esa Orden y las pocas o nulas posibilidades que tiene el cliente de modificar su contenido, añadiéndose que el comercial Señor Astudillo, en el acto del juicio, no recordaba pormenorizadamente la forma de haber efectuado las informaciones requeridas.

Concluyendo, dejando patente que los actores no tenían conocimiento de las bases del producto contratado porque la entidad bancaria no cumplió con las premisas de información, se produjo un error en el consentimiento que provocó la contratación, lo cual supone confirmar la decisión del juez de instancia, añadiéndose que no tiene sentido alegar que el verdadero motivo de presentación de esta demanda es el resultado final del valor de las acciones que se vieron afectadas por la decisión de resolución del Banco Popular porque no afecta al fondo de la resolución en relación con los motivos de la sentencia apelada

4.- Y no cabe duda de que este error provocado por la falta de información afecta al elemento esencial y es excusable por cuanto de la simple lectura de la documentación genérica sobre la obligación subordinada no hubieran podido vencer el error provocado por aseveraciones garantistas y seguras respecto del riesgo que se les trasladaba a los clientes desde la entidad financiera, siendo que la esencialidad afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero.

El recurso debe ser desestimado.

#### **QUINTO.- Costas**

Respecto de las costas procede imponerlas al recurrente conforme artículo 398 LEC.

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

### **III.-FALLAMOS**

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación del Banco de Santander, S.A., frente sentencia de fecha 19 de noviembre 2019 dictada en el juzgado de 1ª instancia nº 18 de Madrid, debemos confirmarla en su integridad.

Con expresa imposición de costas al recurrente

La desestimación del recurso determina la **pérdida del depósito** constituido, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

**MODO DE IMPUGNACION:** Contra esta Sentencia no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en BANCO DE SANTANDER, con el número de cuenta 2578-0000-00-0135-20, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.