

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 4 DÉNIA

Plaza JAUME I,23

TELÉFONO:

N.I.G.: 46250-42-1-2019-0051436

Procedimiento: Asunto Civil 000109/2020

SENTENCIA N° 159/20

JUEZ QUE LA DICTA: D/D^a ANA VERDEJO LOPEZ

Lugar: DÉNIA

Fecha: veintitrés de septiembre de dos mil veinte

PARTE DEMANDANTE: JOSE [REDACTED]

Abogado:

Procurador: [REDACTED]

PARTE DEMANDADA: BANCO SANTANDER SA

Abogado:

Procurador: [REDACTED]

OBJETO DEL JUICIO: Contratos en general

Vistos por mi Doña Ana M^a Verdejo López, Magistrado Juez Titular del Juzgado de Primera Instancia n° Cuatro de Denia y su partido los presentes autos de Juicio ordinario seguidos ante este Juzgado señalados con el n° 109/2020 a instancia de **D. JOSÉ** [REDACTED] representado por la Procuradora D. [REDACTED] contra la entidad **BANCO DE SANTANDER S.A.** representada por el Procurador D. [REDACTED]

ANTECEDENTES DE HECHO.

1PRIMERO.- Por la Procuradora D. [REDACTED] en la representación que acreditó en autos se presentó demanda de juicio ordinario contra la entidad Banco Santander S.A en la que alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos terminaba suplicando se dictase sentencia que: 1. Declare la nulidad relativa o anulabilidad del contrato de suscripción de 100 bonos subordinados necesariamente canjeables de fecha 23 de octubre de 2009 y el contrato vinculado de canje por bonos subordinados obligatoriamente convertibles II/2012 proveniente de la orden de valores de fecha 14 de mayo de 2012 ejecutada con fecha 29 de mayo de 2012 condenando a la entidad demandada a estar y pasar por esta declaración y como efecto legal de las mismas deberá la demandada restituirle a la demandante la cantidad de 100.000 euros invertidos en fecha 23 de octubre de 2009 en los citados bonos menos el valor 0 por el que en fecha 7 de junio de dos mil diecisiete quedaron amortizadas tanto las acciones recibidas en el canje de 2015 como las posteriormente recibidas en ampliaciones de capital liberadas en relación con aquellas debiendo la actora devolver a la demandada los títulos de que en su caso al respecto dispusiese con motivo de la resolución de la comisión rectora del FROB de fecha 7 de junio de 2017 menos los intereses brutos procedentes de los bonos adquiridos en 2009 y de los bonos obtenidos por canje en 2012 y menos los importes por dividendos o por la venta de derechos de suscripción preferente o de derechos de asignación gratuita de acciones por razón de la titularidad de acciones obtenidas en el canje de 2015 y demás acciones recibidas en ampliaciones de capital liberadas en base a aquella así como condene a la demandada a abonar los intereses legales calculados sobre la cuantía invertida en bonos subordinados necesariamente canjeables I/2009 desde la fecha que se efectuó su desembolso hasta sentencia deduciendo de dicha cuantía los intereses legales computables a los antecitados rendimientos por concepto de intereses, dividendos o venta de derechos de suscripción preferente o de derechos de asignación gratuita de acciones desde los respectivos abonos hasta sentencia mas los intereses judiciales calculados sobre la cantidad a que sea condenada la demandada desde sentencia hasta el cobro efectivo de dicho importe. Subsidiariamente declare que la entidad demandada es responsable del incumplimiento del deber de diligencia transparencia e información incurrido en la comercialización de 100 bonos subordinados necesariamente

canjeables de fecha 23 de octubre de 2009 y el contrato vinculado de canje por bonos subordinados obligatoriamente convertibles II/2012 proveniente de la orden de valores de fecha 14 de mayo de 2012 ejecutada con fecha 29 de mayo de 2012 en la responsabilidad de prestación del servicio de asesoramiento de inversión en una venta/colocación de dichos productos financieros al amparo del artículo 1101 del Código civil y se condene a indemnizar al demandante por los daños y perjuicios sufridos equivalentes a la pérdida patrimonial experimentada que quedará determinada por la diferencia del precio de adquisición de los productos de 100.000 euros menos el valor 0 por el que en fecha 7 de junio de dos mil diecisiete quedaron amortizadas tanto las acciones recibidas en el canje de 2015 como las posteriormente recibidas en ampliaciones de capital liberadas en relación con aquellas debiendo la actora devolver a la demandada los títulos de que en su caso al respecto dispusiese con motivo de la resolución de la comisión rectora del FROB de fecha 7 de junio de 2017 menos los intereses brutos procedentes de los bonos adquiridos en 2009 y de los bonos obtenidos por canje en 2012 y menos los importes por dividendos o por la venta de derechos de suscripción preferente o de derechos de asignación gratuita de acciones por razón de la titularidad de acciones obtenidas en el canje de 2015 y demás acciones recibidas en ampliaciones de capital liberadas en base a aquellas y condene a la demandada a abonar a su representado los intereses legales calculados sobre la cuantía invertida en los bonos subordinados necesariamente canjeables I/2009 desde la fecha de interposición de la demanda hasta sentencia deduciendo de dicha cuantía los intereses legales computables a los antecitados rendimientos por concepto de intereses, dividendos o venta de derechos de suscripción preferente o de derechos de asignación gratuita de acciones desde la fecha que se interpuso la demanda hasta la sentencia más los intereses judiciales calculados sobre la cantidad a que sea condenada la demandada desde la sentencia hasta el cobro efectivo de dicho importe. Asimismo, declare la nulidad de pleno derecho del contrato de renuncia de reclamaciones y su contrato anexo de imposición a plazo fijo de echa 19 de octubre de 2015 y subsidiariamente se declare la nulidad relativa del contrato de renuncia de reclamaciones y su contrato anexo de imposición a plazo fijo de echa 19 de octubre de 2015 y en todo caso condenando a que se lleven a efecto los efectos

restitutorios que procedan y a que se liquiden los intereses legales y judiciales. Se impongan las costas a la parte demandada.

1

2SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se dio traslado de la misma a la parte demandada emplazándola a fin de que si lo estimaba oportuno contestase a la misma en el plazo de veinte días.

Por el Procurador de los Tribunales D. [REDACTED] en nombre y representación de Banco Santander S.A se presentó escrito de contestación a la demanda en la que, alegando los fundamentos fácticos y jurídicos que se desestime íntegramente la demanda formulada de contrario y subsidiariamente se acoja las consecuencias esgrimidas en el fundamento sexto y séptimo de la contestación relativas a la recíproca restitución de prestaciones y /o el quantum indemnizatorio. Todo ello con expresa condena en costas a la parte actora.

Tras lo cual se convocó a las partes para la celebración de la vista el día 17 de septiembre a las 13:30 horas.

TERCERO.- En el día señalado compareció la parte actora y ratificó su escritos de demanda tal y como consta en el correspondiente soporte videográfico. Tras lo cual se propuso la prueba y practicó la declarada pertinente. Como quiera que sólo fue propuesta y admitida la documental conforme al artículo 429.8 de la LEC quedaron los autos vistos para sentencia.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado en lo esencial las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

PRIMERO.- Ejercita la parte actora acción de nulidad relativa por error en el consentimiento y subsidiariamente acción por incumplimiento de obligaciones esenciales en base a los siguientes argumentos fácticos:

Alega la parte demandante fue cliente de la entidad Banco Popular S.A con relación de confianza en sus empleados. Que su perfil es conservador y en general sólo había contratado productos de inversión a plazo fijo. En octubre de dos mil nueve un empleado de la entidad bancaria se puso en contacto con el mismo para recomendarle un producto de renta fija del que se le aseguró no tenía riesgo alguno. En concreto Bonos Subordinados necesariamente canjeables I/2009. No se le dio información de ningún tipo pese a ser un producto complejo. En fecha 23 de octubre de dos mil nueve se suscribieron 100 bonos por importe de 100.000 euros con el título BO POPULAR CONV.V 2013. En mayo de dos mil doce se ofreció una prórroga del vencimiento de la citada inversión y en fecha 14 de mayo de dos mil doce se produjo el canje de los anteriores bonos por 100 bonos subordinados obligatoriamente convertibles II/2012. De nuevo no se facilitó información alguna ni se sometió a test de idoneidad. A mediados de octubre un empleado de la oficina de Banco Popular le ofreció una imposición a plazo fijo por cinco años con intipo de interés del 5'526 % pagadero a los cinco años y ello con un plazo de validez de tres días. El día 19 de octubre de dos mil quince se firmó dicho contrato de imposición a plazo fijo pero además se puso a la firma otro documento cuya existencia no conocía el actor como anexo al contrato firmado. En fecha 11 de diciembre de dos mil quince se produjo la conversión de los 100 bonos subordinados obligatoriamente convertibles II/2012 por acciones del banco valoradas en 18.123'24 euros. En fecha 7 de junio de 2017 se dictó resolución por organismo competente por la cual las acciones fueron amortizadas y perdieron la totalidad de su valor.

SEGUNDO.- La parte demandada se opone a la demanda alegando la falta de legitimación activa por la existencia de un acuerdo de renuncia de acciones . En segundo lugar alega la caducidad de la acción de anulabilidad al haber transcurrido mas de cuatro años desde la consumación del producto que lo sitúa o bien en el momento de canje de acciones (4 de mayo de dos mil doce) o en todo caso en suscripción del acuerdo transaccional (15 de octubre de 2015) . En todo caso alega la prescripción de la acción responsabilidad contractual en virtud del artículo 945 del Código de comercio. En cuanto al fondo afirma que Banco Popular cumplió con los deberes de información exigibles con

la documentación que aporta. Además ha realizado actos confirmatorios de su condición de accionista. Niega la nulidad del documento de transacción y en todo caso considera que la cantidad a devolver sería la del valor de las acciones en el momento que finalizó el contrato.

TERCERO.- Expuestas en líneas generales las posiciones de las partes en primer lugar se alega por la parte demandada la falta de legitimación activa del demandante dado que renunció a las acciones que derivasen del contrato objeto del procedimiento.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2009 citada posteriormente por la de 6 de abril de 2015, establece que *“La renuncia de derechos es un negocio jurídico de carácter unilateral que se asienta en la declaración de voluntad -expresa o tácita- del titular del derecho por la cual abdica del mismo y consiente que salga de su patrimonio. En este sentido la doctrina de esta Sala, como recuerda la Sentencia de 27 de febrero de 2007, entre otros, es clara en el sentido de negar que pueda apoyarse en actos que no sean inequívocamente expresivos de ella (Sentencias de 5 de marzo de 1991y19 de diciembre de 1997)”*

La renuncia de derechos , por tanto, ha de ser expresa y contundente, con manifestación indiscutible de criterio de voluntad determinante de la misma, o deducida de actos o hechos de los que se deduzca inequívocamente y sin ambigüedad alguna (Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1997, 11 de octubre de 2001, entre otras).

Por otra parte el TJUE, en sentencia de 14 de marzo de 2016, admite la renuncia del consumidor a hacer valer sus derechos, pero siempre y cuando sea consciente y esté debidamente informado.

En relación con lo anterior son varias las resoluciones del Alto Tribunal que se refieren a documentos de renuncia que tratan de zanjar en beneficio de la entidad bancaria las consecuencias de contratos nulos por vicios de consentimiento derivados del incumplimiento por la entidad bancaria de sus deberes normativos de información, entre ellas la STS de fecha 5 de abril de 2017 y la de 12 de febrero de 2016.

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

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

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

El documento número seis aportado con la demanda y que figura como anexo al contrato comercial de fecha 15 de octubre de dos mil quince establece a los efectos que ahora nos ocupan en su estipulación segunda que *"El cliente acepta el ofrecimiento del Banco señalado en la estipulación primera y con la firma del presente contrato y la consiguiente constitución de una imposición a plazo fijo efectuada a su favor se da por íntegramente resarcido de cualesquiera eventuales perjuicios que pueda sufrir, como consecuencia de la adquisición y posterior conversión de los Bonos 2012, renunciando en virtud del*

presente contrato a cualesquiera acciones, de cualquier orden, sean judiciales o de otra índole, que en su caso puedan corresponder a Banco Popular Español S.A sus empleados, administradores o agentes en relación con la adquisición, suscripción, tenencia o conversión de los referidos bonos 2009 y 2012”

Un examen de la totalidad del mismo revela en primer término que el documento aparece como prerredactado por lo que el cliente no ha tenido oportunidad de introducir modificaciones en el mismo.

Por otro lado, no consta que, atendiendo a su contenido o con otro tipo de explicaciones, el cliente pueda tener un concepto claro de cual es el verdadero perjuicio sufrido, el alcance del mismo y, por consiguiente, de la compensación que se produce con la contratación de una imposición a plazo fijo. Ello por cuanto que si bien se relaciona con los perjuicios que se deriven de la contratación de bonos convertibles no queda claro que el cliente haya sido informado de la naturaleza de estos y del riesgo real o pérdida efectiva que puede sufrir con los mismos. Hemos de tener en cuenta que el documento en cuestión afirma que con relación a los bonos de 2012 se va a producir una minusvalía sin establecer la cuantificación de la misma, ni siquiera por aproximación. Ni tampoco consta que el cliente la conociese. Por ello no puede concluirse que tuviese suficiente información para poder conocer y consentir de forma precisa el alcance de la compensación que, en definitiva, parece que persigue el documento. Pues incluso en el párrafo antes transcrito define la pérdida como eventual. Sin que se derive la existencia de una verdadera reciprocidad entre lo que se deriva para una parte y para otra

Como se establece en la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña de fecha 10 de septiembre de 2018 “Sólo si se tuviera este conocimiento sobre la pérdida podría entenderse válidamente consentida la asunción de tener por resarcida tal suma con la que se pudiera ganar con la operación mitigadora que se le ofrecía, la cual tampoco -como se expresó- se precisó cuantitativamente por la entidad con la previsibilidad razonable que,

si se hubiera querido, podría haberse aplicado. En suma, con el documento se dejaría indemne a la entidad bancaria pese a que no hay base para entender que la realidad económica del mismo -el importe de la pérdida por los bonos y la diferencia de intereses que se percibiría- hubiera sido conocida suficientemente por la cliente de forma que esta asunción de un pacto negativo para sus intereses pudiera considerarse desligado de la situación de error provocada por el comportamiento de la demandada”

Por tanto, no nos hallamos ante un verdadero pacto de renuncia en los términos señalados por el Tribunal Supremo para considerar la existencia de una renuncia de derechos clara y precisa.

En consecuencia, se desestima la alegación sobre la falta de legitimación de la parte actora.

CUARTO.- Se ejercita por la parte actora acción de nulidad contractual por vicio en el consentimiento y frente a la misma opone la parte demandada en primer término la caducidad de la acción.

El artículo 1301 del Código civil establece que la acción solo durará cuatro años y que empezará a contar en caso de error desde la consumación del contrato. Lógicamente el problema reside en determinar cuándo se produce la consumación del contrato

Se ha de recordar que tradicionalmente en la jurisprudencia se ha venido manteniendo que por consumación hay que entender la total ejecución de las prestaciones a cargo de ambas partes y no sólo la que estuviere a cargo del contratante que sufrió el vicio del

consentimiento, de modo que el contrato solo puede considerarse consumado cuando se han cumplido todas las obligaciones que de él derivaban.

Abundando en lo anterior y perfilando dicha doctrina la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha uno de enero de dos mil quince recuerda que *“Al interpretar hoy el art. 1301 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 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. 1301 del Código Civil EDL 1889/1 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. 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 cuanto a las obligaciones subordinadas el Tribunal Supremo en reciente sentencia de fecha 22 de junio de dos mil veinte en relación con la caducidad de la acción establece que *“1.- 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 artículo 1301 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 lo hemos declarado, respecto de los bonos estructurados, en la sentencia 409/2019, de 9 de julio, sino que 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.

2.- Desde este punto de vista, no resulta adecuado adelantar el día inicial del cómputo a una fecha anterior a la conversión, en este caso, la recepción de una determinada información fiscal, como hace la sentencia recurrida”

De acuerdo con lo anterior la fecha de conversión de las obligaciones en acciones fue el 11 de diciembre de dos mil quince (documento número siete) por lo que, presentada la demanda en fecha 25 de noviembre de dos mil diecinueve no habría transcurrido el plazo de caducidad de cuatro años.

QUINTO.- Alega la parte demandada, aunque prácticamente en último lugar que se habría producido una extinción de la acción por confirmación tácita del contrato al haber realizado operaciones de como accionista acudiendo a las ampliaciones de capital adquiriendo nuevas acciones de la entidad.

El artículo 1311 del Código civil establece que “Hay confirmación tácita cuando con conocimiento de la causa de nulidad y habiendo esta cesado, el que tuviese derecho a invocarla ejecutase una acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo”

La confirmación, en definitiva, es un acto o contrato por el que se opta por dotar al contrato viciado de eficacia definitiva. Para valorarse la validez de dicho acto ha de atenderse a la voluntad del legitimado, y en concreto a la voluntad de querer confirmar dicho acto pues sólo dicha voluntad de querer purificar el acto puede considerarse válida a los referidos efectos. En este caso ha de valorarse no sólo el conocimiento de la existencia de causa de nulidad sino también la oportunidad de decidir libremente sobre el mismo. Según la doctrina el adverbio “necesariamente” utilizado en el artículo 1311 del código civil requiere un enlace preciso y directo entre la conducta seguida y la voluntad confirmatoria.

La demandada basa su afirmación de confirmación del contrato en el hecho de que acudiese a una ampliación de capital. Ahora bien ese mero hecho por sí solo no es suficiente para entender que existió dicha confirmación dado que el demandante, tal y

como se deriva del documento 8 de la demanda, ya era titular de acciones de la entidad por lo que dicha titularidad, a falta de prueba en contrario, le bastaba para la ejecución de los actos que se dicen confirmatorios. Por lo que no puede derivarse de ello actos inequívocos de la parte de confirmar el contrato viciado de nulidad.

SÉPTIMO.-En cuanto al fondo del asunto se alega anulabilidad por error vicio.

La adecuada resolución de la controversia suscitada debe comenzar por analizar y determinar el tipo de producto contratado, cuya nulidad se solicita, y que no es otro que los bonos necesariamente convertibles en acciones. El cual puede ser definido como producto complejo.

Así lo concluye el Tribunal Supremo de fecha 22 de junio de dos mil veinte en los siguientes términos: “ 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 artículo 79 bis 8 a) (actual artículo 217 del Texto Refundido de la Ley de Mercado de Valores aprobada por el RDLeg 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”

OCTAVO.- Determinado lo anterior la consecuencia de dicha calificación es que la entidad bancaria debe prestar una información clara y precisa sobre el mismo al cliente. Pues en todo caso nos hallamos ante clientes minoristas como se verá. Así viene establecido en el artículo 79 bis de la LMV, establece; "1. Las entidades que presten servicios de inversión deberán mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes. En concreto su apartado tercero establece que “A los clientes, incluidos los clientes potenciales, se les proporcionará, de manera comprensible, información adecuada sobre la entidad y los servicios que presta; sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión; sobre los centros de ejecución de órdenes y sobre los gastos y costes asociados de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa. A

tales efectos se considerará cliente potencial a aquella persona que haya tenido un contacto directo con la entidad para la prestación de un servicio de inversión, a iniciativa de cualquiera de las partes...4. El cliente deberá recibir de la entidad informes adecuados sobre el servicio prestado. Cuando proceda dichos informes incluirán los costes de las operaciones y servicios realizados por cuenta del cliente.5. Las entidades que presten servicios de inversión deberán asegurarse en todo momento de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes, con arreglo a lo que establecen los apartados siguientes. 6. Cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, la entidad obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate; sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquel, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan. Cuando la entidad no obtenga esta información, no recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente. En el caso de clientes profesionales la entidad no tendrá que obtener información sobre los conocimientos y experiencia del cliente.7. Cuando se presten servicios distintos de los previstos en el apartado anterior, la empresa de servicios de inversión deberá solicitar al cliente, incluido en su caso los clientes potenciales, que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente.Cuando, en base a esa información, la entidad considere que el producto o el servicio de inversión no sea adecuado para el cliente, se lo advertirá. Asimismo, cuando el cliente no proporcione la información indicada en este apartado o ésta sea insuficiente, la entidad le advertirá de que dicha decisión le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él."

Además en los apartados siguientes del referido artículo 79 bis, se establecen unas condiciones para la obtención de la información, que debe responder a los objetivos de inversión del cliente, incluyéndose 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 y debe ser de tal naturaleza que el cliente pueda, desde el punto de vista financiero, asumir cualquier riesgo de inversión que sea coherente con sus objetivos de inversión. También se indica en este precepto que cuando la entidad no obtenga la información señalada en las letras anteriores, no podrá recomendar servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente ni gestionar su cartera.

Al ser el producto objeto de la presente contratación un producto complejo ello conlleva, como se ha dicho, que la entidad bancaria debe poner toda la diligencia para la obtención de los datos esenciales de los clientes para conocer si el producto financiero en cuestión puede ser ofrecido. Por otra parte ha de facilitar de forma cuidadosa, diligente y clara toda la información necesaria a fin de que el cliente sea plenamente consciente del objeto del contrato, de sus riesgos y consecuencias favorables y adversas (potenciales cuanto menos). Diligencia que debe ser extrema cuando nos hallamos ante un consumidor al que debe aplicársele la normativa tuitiva sobre Consumidores y usuarios. Tal información ha de ser imparcial, clara y no engañosa y debe versar sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión a fin de que la misma le permita comprender la naturaleza y los riesgos del tipo específico del instrumento financiero que se ofrece, que le permita tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa. En este sentido Sentencia AP Baleares de fecha 16 de febrero de 2012 y sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de fecha diecinueve de septiembre de dos mil trece en relación a los objetivos de la Directiva MiFid sobre la forma de en que las entidades han de informar, asesorar o vender productos financieros a sus clientes potenciales para garantizar que reciben la suficiente información para poder elegir el producto de inversión con conocimiento de causa.

NOVENO.-Partiendo de las conclusiones anteriores resta por examinar cual son las características de la parte actora así como la información facilitada, en orden a determinar

si el consentimiento prestado se hallaba o no viciado por error determinante de nulidad o anulabilidad con los requisitos exigidos para ello.

Pues bien, de la prueba practicada en primer lugar resulta que de la documental aportada no se deriva que la parte actora pueda ser calificada como inversor de productos de riesgo. No se ha acreditado por parte de la entidad bancaria que el demandante tuviese preparación suficiente para entender mínimamente el funcionamiento de productos financieros complejos como el que ahora nos ocupa, sin necesidad de una explicación mas detallada.

En cuanto a su perfil inversor no hay pruebas que lleven a la conclusión que nos hallamos ante un inversor en productos de riesgo que le otorguen la característica de entendida. La mera titularidad de acciones no comporta especiales conocimientos financieros sin que pueda equipararse la adquisición de acciones con la del producto complejo que ahora nos ocupa del que sí se requiere una especial información y conocimientos.

Por tanto, de la prueba practicada se infiere que nos hallamos ante un inversor minorista y consumidor, lo que conlleva que la protección a dispensar y la información a suministrar sea máxima. De tal manera que la entidad demandada habrá de acreditar que prestó la información suficiente a fin de que el actor tuviese conocimiento pleno sobre las condiciones del contrato y sobre todo los riesgos que conllevaba. Por lo que tiene una importancia relevante también la negociación previa y la fase precontractual donde los contratantes obtienen la información necesaria para poder prestar un consentimiento pleno y válido.

Ello por cuanto que se ha de constatar que la carga de la prueba sobre la información facilitada como suficiente a fin de formar la voluntad del cliente es de la entidad bancaria. Como se recuerda en la Sentencia de la Audiencia provincial de Pontevedra en su reciente sentencia de fecha 24 de mayo de dos mil trece el deber y diligencia de la relevante obligación de información se impone a la entidad financiera en relación con el cliente en

este tipo de productos. El onus probandi sobre el correcto asesoramiento e información sobre este tipo de productos financieros ha de recaer sobre el profesional financiero que tiene, según la citada sentencia, no la genérica diligencia de un buen padre de familia sino la específica de un ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes.

Por otra parte no debe olvidarse el artículo 217.7 que atiende a la facilidad y disponibilidad probatoria para determinar la carga de la prueba, además de que estaríamos ante la exigencia de prueba de un hecho negativo la de acreditar que no se prestó la información necesaria. Por lo que hemos de concluir que es la demandada quien tiene la carga de la prueba sobre la circunstancia relativa a la información suministrada que fuese suficiente para formar la voluntad negocial.

Y, como se ha dicho, la información prestada no se ha acreditado que reuniese las características de claridad necesaria. Así la parte demandada afirma que la información prestada fue a través de la documentación que enumera en su escrito de contestación a la demanda y que aporta como bloque documental número siete.

En concreto aporta: Orden de suscripción de Bonos I/2009; test mifid de conveniencia, Condiciones generales de Prestación de Servicios de Inversión; Trípticos de las dos emisiones de Bonos y orden de canje.

Ahora bien, de los mencionados documentos y de su contenido no puede concluirse que son suficientes para considerar que un cliente minorista como el actor y sin especiales conocimientos pueda tener un cabal alcance de los riesgos y naturaleza del producto contratado. Si atendemos a los mismos, sobre todo el tríptico y las condiciones de prestación de servicios de inversión constatamos que la información facilitada es absolutamente insuficiente, que incumple los mínimos requisitos de transparencia y claridad que se han apuntado anteriormente como necesarios para un cliente del perfil de la parte actora. Dado que el contenido es farragoso y plagado de tecnicismos difíciles de entender para alguien sin conocimientos especializados.

Tampoco se ha acreditado que en la entidad bancaria se le diese una información complementaria a la anterior y suficiente para entender, como mínimo, que estaba invirtiendo en un producto de las características del que nos ocupa.

No se acreditó que dichos documentos se le entregasen para poder estudiarlos varios días antes de la firma del contrato.

.

Hemos de tener en cuenta que la STS de fecha 18 de abril de dos mil trece (Pleno) ya puso de manifiesto que el cliente ha de ser informado por el Banco antes de la perfección del contrato de los riesgos que conlleva la operación especulativa y ello como consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de buena fe que se contienen en el artículo 7 del Código civil y para cumplir este deber no basta con que la información sea imparcial, clara y no engañosa sino que deberá incluir de manera comprensible información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión y también orientaciones y advertencias sobre los riesgos creados.

Y a este respecto tiene una importancia máxima lo establecido en STS de fecha diez de septiembre de dos mil catorce recuerda que *“En estas circunstancias, para excluir la existencia de un error invalidante del consentimiento no basta con la conciencia más o menos difusa de estar contratando un producto de riesgo, en cuanto que es una inversión. Es preciso conocer cuáles son esos riesgos, y la empresa de servicios de inversión está obligada a proporcionar una información correcta sobre los mismos no sólo porque se trate de una exigencia derivada de la buena fe en la contratación sino porque lo impone*

la normativa sobre el mercado de valores, que considera estos extremos son esenciales y que se necesario que la empresa de inversión informe adecuadamente sobre ellos al cliente”

Por tanto, de la documentación aportada no se deriva una información clara y precisa sobre el tipo de producto que se contrataba ni tampoco los riesgos inherentes al mismo.

Así debemos concluir que como establece la STS 244/2013 la entidad financiera no ha cumplido con el deber de información exigido por la normativa aplicable pues " no alcanza el estándar de conducta exigida al profesional con base en la normativa que lo regula..", puesto que, tal y como se indica en la resolución examinada, según el Tribunal " no se suministra una información completa y clara al inversor ni se actúa de buena fe cuando en el contrato existe una contradicción evidente entre la respuesta que da el inversor cuando se pregunta por su perfil de riesgo y la elección de los valores en que se puede invertir."

El Tribunal Supremo, concluye que " el banco no cumplió el 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”

De tal manera se entiende que la información suministrada fue insuficiente y se creó error que repercutió en el consentimiento del demandante y que recayó sobre el contenido esencial del contrato.

DÉCIMO.-Además y en otro orden de cosas dicho error puede calificarse de excusable. Existe error y es excusable pues como también ha declarado la Jurisprudencia (consolidada) la excusabilidad del error es una medida de protección a la otra parte contratante y sus intereses negociales y esta no puede beneficiar a quien precisamente por el incumplimiento de deberes que a ella le incumben (deber legal de información transparente, clara y precisa de la entidad bancaria) ha producido la equivocación de la otra parte, es decir cuando el error es fruto de la negligencia de la parte que no lo sufre al incumplir un deber legal. Así como afirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de fecha 2 de noviembre de dos mil once “Aquí mientras el demandante tenía un deber general de informarse (para dar lugar a la excusabilidad del error) conforme a los parámetros normales de precaución en los negocios, el demandado tenía un deber legalmente impuesto de informar adecuadamente en los términos expuestos al demandado, mas allá del principio general de responsabilidad negocial, en cuyo cumplimiento podía confiar en buena fe el demandante por ser deber imperativo que recaía sobre la contraparte a los fines de cumplir las precauciones o diligencia que determina la excusabilidad del posterior error, siendo que un incumplimiento por el demandado de dicho deber de información le hace no merecedor así de la protección que le supone a sus intereses negociales la excusabilidad del error de la contraparte como invalidante de los pactos entre ellos”.

Por tanto ha de concluirse en la nulidad (anulabilidad) del contrato por existencia de error vicio.

DECIMOPRIMERO.- Solicita la parte actora la declaración de nulidad (anulabilidad) del documento de renuncia al que se ha hecho mención y su contrato anexo de imposición a plazo fijo de fecha 19 de octubre de dos mil quince.

La pretensión ha de tener favorable acogida debiendo reproducir lo establecido en el fundamento tercero de esta resolución de la que se deriva la existencia de un error en el consentimiento de la firma tanto del contrato de renuncia como del de imposición a plazo fijo siendo que en el caso de este último existe una íntima relación entre la firma del mismo y la suscripción de los bonos convertibles. Además que, como se ha puesto de manifiesto, la firma está ligada a unas “eventuales pérdidas” que no eran conocidas en ese momento.

DECISEGUNDO.- Conforme al artículo 1303 del código civil declarada la nulidad del contrato las partes deben restituirse las prestaciones recibidas con sus frutos e intereses.

Por tanto declarada la anulabilidad deberán las partes restituirse recíprocamente las prestaciones, esto es la parte actora deberá devolver los títulos y la demandada la inversión realizada (100.000 euros), sin que tenga encaje en el artículo 1303 la petición de la demandada de devolver el valor de las acciones con el canje dado que la nulidad se retrotrae al momento de suscripción de los bonos.

En cuanto a la nulidad de la imposición a plazo fijo determina la devolución por parte de la demandada de la cantidad entregada por el actor para su imposición y este deberá devolver los rendimientos percibidos.

Cada una de las prestaciones devengará el correspondiente interés legal desde el momento de la contratación o del devengo de las remuneraciones en su caso.

DECIMOTERCERO.- Conforme al artículo 394 en los procesos declarativos las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el Tribunal aprecie y así lo razone que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho..

Se impondrán las costas a la entidad demandada.

Vistos los preceptos legales señalados y demás de pertinente aplicación

FALLO.

Que debo **ESTIMAR** la demanda formulada por **D. JOSÉ** [REDACTED] representado por la Procuradora D. [REDACTED] contra la entidad **BANCO DE SANTANDER S.A.** representada por el Procurador D. [REDACTED] y en consecuencia:

1. **Declaro la nulidad relativa o anulabilidad del contrato de suscripción de 100 bonos subordinados necesariamente canjeables de fecha 23 de octubre de 2009 y el contrato vinculado de canje por bonos subordinados obligatoriamente convertibles II/2012 proveniente de la orden de valores de fecha 14 de mayo de 2012 ejecutada con fecha 29 de mayo de 2012, Condenando a la entidad demandada a estar y pasar por esta declaración**
2. **Como efecto legal de las mismas deberá la demandada restituirle a la demandante la cantidad de 100.000 euros invertidos en fecha 23 de octubre de 2009 en los citados bonos mas el interés legal desde la fecha de contratación,** debiendo

restituir a la parte demandada las acciones percibidas como consecuencia de dicha contratación así como los rendimientos percibidos por las mismas y/o cupones percibidos con los bonos mas los intereses legales desde su correspondiente devengo. Todo ello sin perjuicio del interés del artículo 576 de la LEC.

3. Asimismo declaro la nulidad relativa del contrato de renuncia y su contrato anexo de imposición a plazo fijo de echa 19 de octubre de 2015 debiendo la parte demandada restituir a la actora la cantidad objeto de imposición con los intereses desde la fecha del contrato y la demandante restituir los rendimientos percibidos por dicha contratación mas el interés legal desde la fecha de devengo.

Todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada.

Esta sentencia puede ser recurrida en segunda instancia ante la Ilma. Audiencia Provincial de Alicante mediante la interposición de recurso de apelación en el plazo de veinte días.

Así por esta mi sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos de su razón lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.-Dada, leída y publicada ha sido la anterior sentencia, por la Ilma. Magistrada-Juez, Ana M^a Verdejo López, quien la dictó, estando celebrando Audiencia Pública, en el mismo día de su fecha. Doy fe.