

# AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1 PALENCIA

SENTENCIA: 00216/2018

Modelo: N10250

AVENIDA ANTIGUA FLORIDA 2-4º

Tfno.: 979.167.701 Fax: 979.746.456

Equipo/usuario: CIV

**N.I.G.** 34120 41 1 2017 0002370

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000087 /2018**

**Juzgado de procedencia:** JDO. 1A.INST.E INSTRUCCION N. 4 de PALENCIA

**Procedimiento de origen:** ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000294 /2017

Recurrente: BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A.

Procurador: x

Abogado: x

Recurrido: x

Procurador: JUAN ANTONIO GOMEZ-MORAN ARGÜELLES, JUAN ANTONIO GOMEZ-MORAN ARGÜELLES

Abogado: ,

Este Tribunal, compuesto por los Señores Magistrados que se indican al margen ha pronunciado

**EN NOMBRE DEL REY**

La siguiente

**SENTENCIA NUM. 216/18**

SEÑORES DEL TRIBUNAL

**Ilmo. Sr. Presidente:**

D. MAURICIO BUGIDOS SAN JOSÉ

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. CARLOS MIGUÉLEZ DEL RÍO

D. JUAN M. CARRERAS MARAÑA

---

En Palencia a veintitrés de mayo de 2018.

Se aceptan los antecedentes fácticos de la sentencia impugnada.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Que el Fallo de dicha sentencia, literalmente dice: “Que **ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE** la demanda interpuesta por el Procurador D. Juan Antonio Gómez-Morán Argüelles, en nombre y representación de x contra BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A representada por el Procurador, D. x Freyre, **DEBO DECLARAR y DECLARO NULA**, por la existencia de un vicio invalidante en la prestación del consentimiento con los efectos inherentes a este pronunciamiento, la suscripción realizada por los actores el día 3 de octubre de 2009 de BO BANCO POPULAR CAPITAL. V. 20013., por importe de 40.000 euros, y la posterior suscripción de la orden de valores de 8 de mayo de 2012 “Oferta pública de adquisición mediante canje” por la que adquieren 40 títulos de BO SUB OB CONV POPULAR V II-15 ISIN ES 0313790059,

con un nominal de 40.000 euros; **DEBO CONDENAR y CONDENO** a la demandada a satisfacer a los actores la cantidad de 40.000 euros, más los intereses legales correspondientes desde cada una de las disposiciones y **DEBO ACORDAR y ACUERDO** que la parte demandante proceda a la restitución o, en su caso, compensación de los intereses percibidos, más el interés legal desde cada una desde las respectivas fechas de cobro, así como la restitución de los títulos por parte de los actores a la demandada; todo ello, con expresa imposición de las costas procesales a la parte demandada.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe **RECURSO DE APELACIÓN** que, en su caso, deberá interponerse ante este mismo Juzgado dentro de los veinte días siguientes al en que se notifique esta resolución.

Llévese el original al libro de sentencias.

*Por esta mi sentencia, de la que se expedirá testimonio para incorporarlo a las actuaciones, lo pronuncio, mando y firmo”.*

**SEGUNDO.-** Contra dicha sentencia interpuso la parte demandada en el procedimiento, el presente recurso de apelación, exponiendo las alegaciones en las que se basaba su impugnación, que fue admitido en ambos efectos, y previo traslado a las demás partes para que presentaran escritos de impugnación u oposición, fueron elevados los autos ante este Audiencia, procediéndose a dictar sentencia.

Se aceptan los Fundamentos de Derecho de la resolución recurrida en tanto no se opongan a los de la presente resolución.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** En lo referente a la **caducidad de la acción ejercitada**, entiende la parte apelante que dicha acción ha caducado, siendo de aplicación, en consecuencia, el art 1301 CC.

Ciertamente, varios pronunciamientos de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (SS. TS. 27 octubre de 2004 y 5 abril de 2006, entre otras), mantienen el criterio de que estamos ante un plazo de caducidad y no de prescripción. Igualmente, pero con más detalle, la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de septiembre de 2006 declara (FJ 4º) que: *"La acción de nulidad solo durará cuatro años"*, sin perjuicio de reconocer que la doctrina se encuentra dividida y que en la jurisprudencia del propio Tribunal Supremo encontramos algunas sentencias que se inclinan por considerarlo como de prescripción.

No obstante, en dicha resolución se concluye que la mayoría de la doctrina opina que el expresado plazo ha de calificarse como de caducidad, apoyándose para ello en la propia literalidad del precepto comentado, al ser tal construcción la más acorde desde el punto de vista dogmático con la concepción de la acción de anulación como

un derecho potestativo o de configuración jurídica, así como por razones de seguridad jurídica y de tráfico que demanda una clara y pronta definición de la situación jurídica. En igual sentido, el Tribunal Supremo en la actualidad, se inclina de forma prácticamente definitiva por esta última posición, recordando otras sentencias en igual sentido como las 17 de febrero de 1966, 4 de abril de 1984, 17 de octubre de 1989 y 25 de julio de 1991.

Afirmada la caducidad del plazo para el ejercicio de la acción de nulidad (art. 1301 CC), la cuestión que se plantea es la fijación del **día inicial** en que debe comenzar dicho plazo. La sentencia del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015 estableció que no puede confundirse la *"consumación"* del contrato a que hace mención el art. 1301 del Código Civil con la *"perfección"* del mismo. Recuerda sentencias lejanas del propio TS según las cuales la consumación del contrato tiene lugar cuando: *"están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes"* o cuando, *"se hayan consumado la integridad de los vínculos obligacionales que generó"*.

Por ello, dicha sentencia, tras afirmar que el art. 1301 del Código Civil debe interpretarse conforme a la realidad social del tiempo en que las normas han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas, concluye afirmando que en el problema que nos ocupa ha de atenderse al 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. 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. En consecuencia, concluye dicha resolución que, 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. Por tanto, el día inicial del plazo de ejercicio de la acción será 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, cuando se produzca 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.

Aplicando esta doctrina a nuestro caso, procede realizar las siguientes consideraciones (art. 218 LEC):

1º.- No pueden considerarse como plazo de caducidad las fechas que invoca la parte demandada y en concreto ni el año 2009, ni mayo de 2012, que se corresponden con las fechas en las se comercializa la emisión de los bonos y con la fecha en la que se realiza una nueva emisión con vencimiento en 2015.

Es cierto que en el año 2012, y antes del vencimiento de la inicial emisión (octubre de 2013), se realiza una nueva emisión con vencimiento 2015 para sustituir a la anterior emisión de bonos convertibles en acciones. Ello supuso que en ese momento no se entregaron las acciones cotizadas en el mercado bursátil y, por lo tanto, no se tiene, ni se pudo tener, completo conocimiento de la pérdida efectiva y real, pues en el año 2012 no se produce la conversión del capital inicial en valores cotizables y con valor variable.

Por ello, como no existe conversión del capital en acciones cotizadas y de valor variable no se puede decir que se conoce de forma completa y cabal la pérdida, ni que nace la acción para solicitar la nulidad contractual. Más bien se produce el efecto contrario, pues la sustitución de los bonos de 2009 por los 2012 con la prórroga de la emisión se hace precisamente para evitar las pérdidas y para que se pueda obtener en 2015 la totalidad del capital. En definitiva, aunque en el año 2012 hubiera habido un descenso en la cotización de los bonos que aventurase la existencia de pérdidas, esta previsión quedaba disimilada para el contratante precisamente por la propia sustitución de los bonos por una nueva emisión que trataba de conjurar las pérdidas existentes, obteniendo una rentabilidad que permitiese recuperar el capital invertido.

Es claro que si la acción de nulidad se hubiere ejercitado en 2013 o 2014 se hubiere alegado que no se tenía acción o que no se podía pedir la nulidad por pérdidas derivadas de error-vicio, dado que el producto no había vencido; y por ello hasta

2015, cuando se produjera la conversión, no se podría saber si realmente se perdía o no, dependiendo del valor último de la conversión y del nivel de las acciones por las que se canjeaban los bonos.

2º.- Si no hubiera habido la sustitución de los bonos emitidos en 2009 y a su vencimiento en 2013 se hubiera realizado la conversión, es claro que la caducidad se hubiere empezado a computar en esa fecha, pero el banco decide de forma unilateral, dado que las acciones estaban bajas, realizar una nueva emisión y dejar o posponer la conversión efectiva de los bonos para el año 2015 con la esperanza de la mejora en la cotización bursátil del valor de conversión (acciones cotizadas de Banco Popular). Tal actuación supuso que el resultado efectivo de la conversión, y, por lo tanto, el cabal conocimiento de la eficacia y naturaleza del producto (Bonos convertibles), solo se pudo producir en el año 2015.

3º.- Solo es en noviembre de 2015, al producirse la efectiva conversión, cuando se tiene cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción y la enorme pérdida patrimonial sufrida; pues resulta evidente que si a la fecha de conversión definitiva (2015), el valor de la acción convertida no hubiera generado pérdida patrimonial no se hubiere instado nulidad contractual alguna.

4º.- Esta idea es muy clara en nuestro caso, dado que se hizo de forma expresa una sustitución de bonos de 2009 para evitar un vencimiento en 2013 y, por ello, solo se puede entender nacida la acción de nulidad cuando se produce la efectiva conversión, pues solo en ese momento el comprador de los bonos se convierte en accionista y pasa a conocer, en función de la cotización de las acciones, el valor de conversión y, con ello, la pérdida del capital invertido que lo fue en casi su totalidad. Si lo comprado fue un bono subordinado convertible, resulta evidente que el plazo de inicio de la acción de nulidad de ese bono, que incluye un contrato de tracto sucesivo mientras está vigente, no puede ser otro sino la efectiva conversión del bono, pues solo en ese momento se puede conocer la causa del ejercicio de la acción que no es otra que en completo y cabal conocimiento de la pérdida sufrida.

5º.- Al ejercitarse la acción de nulidad porque se ha sufrido una pérdida patrimonial que se considera derivada de un error-vicio, la acción solo puede nacer con la conversión y con el conocimiento cabal y completo de la pérdida patrimonial que es la causa que determina el ejercicio de la acción. Pero es más, como desde la

conversión se adquiere la condición de accionista, únicamente desde ese momento el valor de la inversión está sometido al mercado y es cuando se puede conocer la situación y resultado patrimonial de la conversión. Desde ese momento la inicial inversión sobre un capital y un interés fijo se convierte en variable y conlleva riesgo de pérdidas en función de la fluctuación en el mercado de valores. Situación que, además, en el caso del valor de conversión, acciones del Banco Popular, no ha dejado de empeorar de forma notoria, con un incremento en las pérdidas desde el año 2015 hasta la situación actual de pérdida total del valor de las acciones, que, ni siquiera cotizan en el mercado bursátil, según es de público conocimiento.

**SEGUNDO.-** Perfil de la parte actora. Error en la valoración de la prueba. Cumplimiento del deber de información y ausencia de error. (Motivos segundo, tercero y cuarto).

Como punto de partida, procede significar que los demandantes son clientes minoristas y de perfil conservador al disponer en su cartera de pagarés y bonos subordinados y que el producto comercializado por la entidad bancaria demandada (bonos necesariamente convertibles en acciones del B. Popular), es un producto complejo y de alto riesgo, dado que **incluye una estructura financiera**, en virtud de la cual inicialmente incluye una inversión estable y con interés fijo con la naturaleza de depósito y desde la conversión deriva en un producto variable sometido al mercado bursátil y con la posibilidad de no obtener interés o rendimiento alguno, como así ocurrió con la acciones del subyacente (B. Popular), que en los últimos años no han ofrecido dividendo, y con la posibilidad de pérdida del capital invertido, lo cual se ha materializado en una fuerte depreciación inicial hasta la situación actual de pérdida de su valor y su venta al Banco de Santander en un euro siendo el valor actual de al acciones equivalente a cero.

Además, el carácter de producto complejo y de alto riesgo se desprende de la normativa reguladora del Mercado de Valores (art. 79 LMV) y lo ha reconocido numerosa jurisprudencia (SS. TS. 20 de enero de 2014 y 17 de junio de 2016) y, expresamente, esta Audiencia Provincial de Palencia que ha declarado que *“las obligaciones subordinadas son productos esencialmente complejos, radicando dicha*

*complejidad, especialmente, en que, en situaciones de crisis, pueden tornarse extremadamente ilíquidos, de modo que, o no se puede desprender de ellos o la venta implica la pérdida de gran parte del capital invertido”, (S. AP. Palencia 18 de julio de 2014 y, en el mismo sentido, la de 17 de mayo de 2017, referida al mismo tipo de bonos que los ahora discutidos).*

Precisamente esta consideración de producto complejo implica una consecuencia legal perfectamente conocida, el deber de informar que asume la entidad bancaria a fin de que el cliente actúe con plena conciencia sobre el objeto del contrato, sus características y riesgos.

Ese deber estaba definido con precisión en los arts. 78, 79 y 79 bis de la Ley de Mercado de Valores, en su redacción vigente al tiempo de la contratación de los bonos (hoy plasmado en los arts. 208 y siguientes del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores), estableciendo el art. 79 bis, en lo tocante a obligaciones de información, que *“1. Las entidades que presten servicios de inversión deberán mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes. 2. Toda información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario, deberá ser imparcial, clara y no engañosa. Las comunicaciones publicitarias deberán ser identificables con claridad como tales. 3. 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. La información a la que se refiere el párrafo anterior podrá facilitarse en un formato normalizado. La información referente a los instrumentos financieros y a las estrategias de inversión deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias”.*



Pues bien, ese deber de informar acerca de las características, naturaleza y riesgos del producto financiero que es objeto de contratación no puede entenderse sino como auténtico asesoramiento dado que asesorar, según el Diccionario de la RAE, no es más que *“dar consejo o dictamen”*, lo que sin duda es lo que realiza la entidad bancaria cuando suministra la información que permite alcanzar la contratación del producto y ello con independencia de que dicha información se proporcione de forma adecuada o no, cuestión que afecta al contenido de la obligación de asesoramiento que asume y que es independiente, obviamente, de la naturaleza de la labor de la entidad bancaria que no puede considerarse de mera comercialización si no también, tratándose de estos productos, de auténtico asesoramiento. Pero si el propio contenido de la obligación informadora que asume la entidad ya sería suficiente para que podamos afirmar esa labor de asesoramiento, éste carácter queda plasmado también por la forma como el producto es ofrecido al cliente.

Esta Audiencia ya ha declarado que *“el asesoramiento ha de interpretarse de forma extensiva y que puede probarse con el ofrecimiento expreso del producto”* (S. AP. Palencia, 18 de julio de 2014). Tal declaración es consecuencia de la interpretación realizada tanto por la jurisprudencia comunitaria como nacional. Así, el TJUE, interpretando el art. 52 de la Directiva 2006/73, a la hora de determinar si un servicio bancario es o no asesoramiento entiende que basta con atender a si ha existido recomendación realizada por la entidad financiera al cliente inversor (STJUE, 30 de mayo de 2013). En análogo sentido, nuestro Tribunal Supremo ha identificado el asesoramiento con la *“realización de una recomendación personalizada”*, (S. TS. 8 de julio de 2014).

En el presente caso, tanto por el contenido de la obligación que la Ley atribuye a la entidad financiera, como por la forma en que se planteó a sus clientes la contratación de los bonos subordinados necesariamente convertibles en acciones, debe entenderse que su labor no era de mera gestión de un encargo, sino que también constituía un auténtico asesoramiento; máxime si tenemos en cuenta que no era un producto ajeno a la entidad bancaria, sino que se trataba de un producto por ella emitido y destinado expresamente a su propia financiación, pues el objetivo de estos instrumentos financieros no es otro que fortalecer sus recursos propios.

De la valoración de la prueba documental realizada por esta Sala, permite afirmar que existió un déficit en la información a los actores, lo que nos lleva a la conclusión de que dicha información fue inadecuada por insuficiente, ratificando con ello lo decidido en la sentencia de instancia. No se discute que la naturaleza del producto bancario, complejo y de riesgo, antes señalada, ni que el cliente merece la consideración de "cliente minorista" a los efectos del art 78 bis de la Ley de Mercado de Valores (LMV) en su redacción vigente al tiempo del contrato, ni que el producto referido no era adecuado para su perfil de experiencia, conocimientos y cualificación inversora de los actores.

Además, de la prueba documental se desprende que el nivel de información ofrecido a los demandantes no fue el adecuado a los efectos del art 79 bis LMV antes citado. Y no fue el adecuado porque no ofrecía información suficiente para poder comprender la naturaleza y riesgos del tipo de instrumento financiero que se ofrecía y para formar un consentimiento contractual libre y adecuado al art. 1.262 CC. El producto era muy especulativo y exigía una información muy adecuada sobre el subyacente. Ello suponía dos cosas importantes en este caso:

1.- Por una parte, el específico deber de información, tanto en fase precontractual, como post-contractual, dado que el producto tenía "ventanas de salida", de la evolución del subyacente; lo cual no se cumple ni con el tríptico, ni con los documentos contractuales firmados con inmediatez y premura y en muy breves espacios temporales sucesivos.

2.- Por otra parte, era ineludible para cumplir ese deber de información que el adquirente tuviera la posibilidad cierta de entender y ser consciente de que podía perder, al producirse la conversión a acciones cotizadas, buena parte e incluso todo el capital invertido (así sucedió en el momento inicial del canje en que se produce ya una pérdida importante que ha continuado hasta la pérdida total en la actualidad) y que ese elevado riesgo no se compensaba con el alto interés recibido durante el periodo en que la estructura era un bono con interés fijo.

Para que el consumidor minorista pudiera emitir un consentimiento libre y formado sin error contractual posible y con asunción del amplio componente de aleatoriedad del producto bancario incompatible con su perfil de inversor, **era ineludible la presentación de escenarios y simulaciones que contemplaran la posibilidad de**

**pérdida no solo del rendimiento, no solo de parte del capital, sino incluso de su totalidad**, como así terminó ocurriendo.

Partiendo de la consideración de que sobre la intensidad y alcance de la información verbal concurren versiones divergentes, se plantea si el denominado tríptico y el resto de documentación suscrita por los actores es información bastante para conocer la naturaleza del producto, su elevado nivel de riesgo, la posibilidad de pérdida de buena parte del capital y la posibilidad de minimizar los riesgos saliéndose del producto y haciendo antes del vencimiento el canje de las acciones si estas bajaban de manera ostensible como así ocurrió. La información sobre una posibilidad genérica de que puedan bajar las acciones del subyacente y su precio de cotización por diversos factores con los cambios la recomendación de analistas o la evolución de resultados, no puede considerarse bastante para formar un consentimiento contractual adecuado al alto grado de aleatoriedad del producto. Así, tomando en consideración la documentación aportada, puede afirmarse que la información no incluía algunos elementos esenciales e ineludibles para comprender el alcance y los efectos de la efectiva conversión y para que pudiera hablarse de justo equilibrio de las prestaciones contractuales.

En la información no se ofrecen escenarios que incluyeran la pérdida casi total del capital, ni se ofreció la posibilidad de deshacer la inversión y de acudir a ventanas de salida, ni la posibilidad de una cancelación anticipada, ni en los folletos se refiere ni se escenifica la posibilidad de **pérdida patrimonial del 100% de la inversión** (situación que se ha transformado en real), ni se aprecia que la remuneración pueda hacerse o no hacerse. Una cosa es saber que al vencimiento te van a dar acciones, que, como es evidente, pueden subir o bajar al estar sometidas a cotización diaria, y otra cosa muy distinta, y que precisa de una información bancaria muy detallada y concreta, es que el cliente pueda saber y aceptar que el valor final de las acciones que se le van a dar al vencimiento, puede ser ínfimo y con pérdida muy relevante del capital invertido e incluso como ha ocurrido la pérdida total de la inversión.

En definitiva, se ha incumplido el deber legal de información antes reseñado, deber que responde a un principio general: todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate. Este principio general es una consecuencia del deber

general de actuar conforme a las exigencias de la “buena fe”, que se contiene en el art. 7 CC y en el derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, reflejo de lo cual es la expresión que adopta en los Principios de Derecho Europeo de Contratos, *“cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe”* (art. 1:201). La generalidad del deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de proporcionar a la otra parte información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran los concretos riesgos que comporta el producto financiero que se pretende contratar, (S. TS. 840/2013, de 20 de enero de 2014).

Deber de información que se justifica en su significado y alcance en que *“ordinariamente existe una desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional. La complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros. Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, esta necesidad de protección se acentúa porque las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto”*, (S. TS. 20 de enero de 2014).

La consecuencia de esta exigencia que impone obligaciones de información y transparencia reforzadas a las entidades crediticias que venden productos financieros complejos, es que han de ser utilizadas como estándares para determinar si, en un determinado caso concreto, el consentimiento del cliente bancario estaba bien formado o no y, por tanto, si concurre en él vicio del consentimiento o no, partiendo de los caracteres de esencialidad y excusabilidad que una jurisprudencia unánime viene exigiendo para que el error produzca la ineficacia del contrato (SS. TS. 15 de noviembre de 2012 y de 26 de octubre de 2013). En igual sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de febrero de 2014 declara la nulidad de la contratación de un producto financiero por haber sido

suscrito por un inversor sin cumplimiento, por parte de la entidad financiera, de los estándares de información al cliente que le son exigidos por la Ley del Mercado de Valores.

Pues bien, en el presente caso, sostiene la parte apelante en su recurso que cumplió con el deber de información a que le obligaba la normativa vigente al tiempo de la celebración del contrato. Sin embargo, entiende esta Sala, siguiendo lo antes expuesto y confirmando la conclusión de la sentencia de instancia, que dicho deber no se cumplió con la debida diligencia lo que impidió a los actuales actores la formación de un verdadero conocimiento acerca de objeto del contrato, generando así un vicio de consentimiento al no haber tenido un conocimiento preciso y cabal de todas las circunstancias relevantes del producto ofrecido por el banco.

Efectivamente, tratándose de dos clientes no profesionales y sin conocimientos financieros o económicos, la entidad bancaria no les informó adecuadamente de la naturaleza y, sobre todo, de los riesgos de su inversión. No debemos olvidar, como antes expusimos, que estábamos ante un producto de alto riesgo por la posibilidad de pérdida del capital invertido, lo que no consta que fuese comunicado a los clientes-inversores. Se desvirtuaron así las características del producto precisamente en su parte más trascendente para el inversor, el riesgo que asumía. Esto evidencia, por sí solo, un claro incumplimiento del deber de diligencia en la información transmitida, pues no basta transmitir información, sino que es preciso que la transmitida sea veraz en el sentido de alcanzar sus últimas consecuencias (claridad y transparencia exige la norma), lo que evidentemente no fue el caso., pues no se acredita que los clientes conocieran y que podían perder todo su capital y a pesar de ello suscribieran el producto bancario.

El resultado de ese déficit de información veraz es que los actores difícilmente pudieron representarse cuál era la verdadera naturaleza del producto financiero que contrataban, pues la información contenida en la orden de suscripción y el tríptico de emisión, era claramente equívoca.

Sostiene la entidad recurrente que les fue suministrada una información suficiente acorde a las exigencias normativas del momento en que se produjo la suscripción y lo que es unánime tanto en la doctrina, como en la jurisprudencia es que el cumplimiento del deber normativo corresponde a quien debe cumplirlo, esto es, al

banco. Es la entidad quien tiene la obligación legal de informar y, por ello, es quien puede probar que efectivamente así lo ha hecho. Lo contrario sería imponer al inversionista la carga de probar un hecho negativo, la no información.

En definitiva, no consta que la entidad bancaria suministrara a sus clientes, hoy demandantes, una información suficiente, necesaria y adecuada sobre las características del producto contratado. Como ha señalado esta Audiencia *“la entidad bancaria debió de informar a los aquí actores, en primer lugar, el contenido de la subordinadas, es decir, las expectativas de beneficios y riesgos asumidos y, en segundo lugar, esa información debió ser de calidad, o sea que debió ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación, pero dicho deber no consta cumplimentado”*, (S. AP Palencia. 18 de julio de 2014).

Ciertamente, en este caso, como suele ocurrir en la práctica bancaria, se han incluido manifestaciones formales de haber sido, efectivamente, informados (referencias genéricas al conocimiento y significado de la orden que suscriben, así como del contenido de la información que se les transmite), con lo que se pretende que quede acreditado documentalmente el cumplimiento de las obligaciones legales de información a cargo de la entidad, tratando con ello de probar la realidad de la información. Sin embargo, la inclusión en el contrato de una declaración de este tipo no implica siempre que se haya prestado al consumidor, cliente o inversor minorista la preceptiva información, no constituye una presunción *iuris et de iure* de haberse cumplido dicha obligación ni de que el inversor, efectivamente conozca los riesgos, último designio de toda la legislación sobre transparencia e, información. En definitiva, estamos ante una mera declaración de ciencia que lo único que nos indica es que el negocio se ha realizado en un determinado contexto, bajo una situación, o tomando en consideración ciertos hechos, pero en modo alguno, permite afirmar cual sea el contenido de la información y, sobre todo, si esta fue la adecuada conforme a lo exigido por el objeto del contrato y que incluía las posibles pérdidas de toda la inversión.

Precisamente la declaración de ciencia que contienen estos documentos, y que ahora se pretende hacer valer en el recurso, nada aporta pues en su texto no se expone ninguna advertencia sobre el riesgo último del producto financiero

contratado. La información genérica contenida en la orden de suscripción y en el tríptico no era reveladora de que se hubiera practicado una información veraz y adecuada para que los clientes hubieran conocido la real naturaleza y riesgos del producto que contrataban. La señalada complejidad del producto y su alto riesgo eran determinantes de una especial, acentuada, diligente y clara información que debió proporcionarse a los clientes para la validez de la inversión; máxime teniendo en cuenta la distinta posición contrapuesta de ambas partes, pues, a diferencia de la entidad financiera, el cliente desconocía el entorno económico y financiero, y ello también era determinante en la concurrencia de un consentimiento realmente informado que validase éste tipo de contrataciones.

En definitiva, se produjo una falta clara en la diligencia informativa por parte de la entidad bancaria y, con ello, se incumplieron sus deberes contractuales pues conforme al art. 7 CC no basta con que la información no sea engañosa, sino que es necesario que debió incluirse, de manera clara y comprensible, información adecuada sobre el producto financiero y sobre los riesgos asociados a las obligaciones subordinadas contratadas. En esta situación, consideramos, como lo hizo la Juez de instancia en la sentencia apelada, que esa falta de información, imputable a la entidad bancaria, impidió a los actores la formación de una verdadera voluntad sobre las verdaderas características del objeto del contrato, generando así un vicio de consentimiento al no haber tenido conocimiento preciso y cabal de todas las circunstancias relevantes del producto ofrecido por el banco.

Es más, sobre el producto financiero concreto que nos ocupa, la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2016, además de declarar su carácter complejo y de riesgo, ha determinado su nulidad y eso que la parte adquirente no era un mero consumidor minorista sino un grupo empresarial. Como doctrina de interés derivada de esa sentencia y aplicable en este caso puede destacarse la siguiente:

*"Si tenemos en cuenta que los bonos necesariamente convertibles en acciones del Banco Popular son un producto financiero mediante el cual y, a través de distintas etapas, hasta llegar a la conversión en acciones ordinarias de esa misma entidad, el banco se recapitaliza, siendo su principal característica que al inicio otorgan un interés fijo, mientras dura el bono, pero después, cuando el inversor se convierte en accionista del banco, la aportación adquiere las características de*

*una inversión de renta variable, con el consiguiente riesgo de pérdida del capital invertido; es claro que se trata de un producto no solo complejo, sino también arriesgado. Lo que obliga a la entidad financiera que los comercializa a suministrar al inversor minorista una información especialmente cuidadosa, de manera que le quede claro que, a pesar de que en un primer momento su aportación de dinero tiene similitud con un depósito remunerado a tipo fijo, a la postre implica la adquisición obligatoria del capital del banco y, por tanto, puede suponer la pérdida de la inversión".*

*"En el ámbito del mercado de valores y los productos y servicios de inversión, el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo, de acuerdo con lo declarado por esta sala en las citadas sentencias núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, y núm. 769/2014, de 12 de enero, entre otras".*

*"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.(.) 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".

"En consecuencia, el incumplimiento por la recurrente del estándar de información sobre las características de la inversión que ofrecía a su cliente, y en concreto sobre las circunstancias determinantes del riesgo, comporta que el error de la demandante sea excusable. Quien ha sufrido el error merece en este caso la protección del ordenamiento jurídico puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba y asesoraba. Además, como también hemos declarado en las sentencias antes citadas, para la entidad de servicios de inversión la obligación de información que establece la normativa legal del mercado de valores es una obligación activa, no de mera disponibilidad. Es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, no sus clientes, inversores no profesionales, quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión y formular las correspondientes preguntas. **Sin conocimientos**

***expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional. El cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. El hecho de tener un patrimonio considerable, o que los clientes hubieran realizado algunas inversiones previas no los convierte tampoco en clientes expertos".***

En definitiva, acreditado el incumplimiento determinante del vicio del consentimiento, achacable a la actuación de la entidad hoy recurrente, se impone la **desestimación** de este motivo y, con ello, de su recurso, al no ser admisible ninguna de las alegaciones contenidas en él.

### **TERCERO.- Convalidación**

Examinado el motivo quinto de impugnación no se aprecia que se invoque un acto "expreso" de confirmación a los efectos del art 1311 CCV y en cuanto a una posible confirmación "tácita" tampoco se aprecia, ni se invoca, ni que los actores conocieran la causa de nulidad, ni que hubiera cesado, ni que concurran actos de inequívoca voluntad de renunciar a la acción. Así no concurre prueba de que la parte actora pudiera haber conocido que la inversión pudiera perderse y pese a ello suscribieran los bonos convertibles; y bien entendido que ni la posible información verbal de la empleada del banco, ni la información fiscal incluye el conocimiento de pérdida total de la inversión.

### **CUARTO.- Costas de la instancia.**

No se aprecia duda alguna ni de hecho, ni de derecho en la resolución del presente litigio; pues no puede atenderse al argumento del recurrente que la solvencia de B. Popular "*está fuera de toda duda*". Así, basta con observar el destino final del Banco Popular vendido por un euro, con un valor de "cero" de sus acciones en bolsa, donde ya no cotiza; con la calificación fiscal de sus acciones como "pérdida patrimonial" y con el sometimiento de sus cuentas a distintos litigios, para comprobar que su solvencia era más que dudosa.

El hecho de que los bonos hubieren perdido valor o que las acciones fruto de la conversión hubieren perdido valor o de que los actores hubieren comprado otros bonos, no implica dudas ni de hecho, ni de derecho en la resolución de este caso, que acoge la doctrina del Tribunal Supremo y de esta Sala sobre el error-vicio.

**QUINTO.-** Debe, por tanto, confirmarse la sentencia recurrida, con desestimación del recurso de apelación interpuesto; con expresa imposición de las costas de esta segunda instancia a la parte apelante, dada la desestimación de su recurso, en aplicación del artículo 398.1, en relación con el artículo 394.1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente aplicación,

### **FALLAMOS**

Que desestimando el Recurso de Apelación interpuesto por la representación procesal de la entidad “**Banco Popular Español, SA**”, contra la sentencia dictada el día 23 de noviembre de 2017, por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Palencia, en los autos de que este Rollo de Sala dimana, debemos CONFIRMAR y CONFIRMAMOS íntegramente la mencionada resolución. Todo ello, con expresa imposición de las costas del presente recurso a la parte apelante.

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