



JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN NÚMERO UNO DE MONTILLA (CÓRDOBA) Y JUZGADO DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER

C/ Arcipreste Fernández Casado, núm. 1 C.P. 14550 Procedimiento: JUICIO ORDINARIO 10/2016

Mª TRINIDAD JIMÉNEZ ÉCIJA PROCURADORA 05 de septiembre de 2017 NOTIFICACIÓN

SENTENCIA núm. 85/17

En la Ciudad de Montilla, a veintinueve de septiembre de dos mil diecisiete.

D. ANTONIO JOSÉ PUNTAS MATA, Juez Titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número Uno de Montilla y de su Partido Judicial, habiendo visto y examinado los presentes autos de Juicio Ordinario que se siguen en este Juzgado con el número 10/2016, a instancia de S.L., parte representada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Mª. Trinidad Jiménez Écija, y con asistencia del Letrado Sr. Juan Pedro Dueñas Ruart, contra BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., parte representada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Mª. Teresa Lobo Sánchez y asistida por la Letrada Sra. Mercedes Farrán Arizón en sustitución de su compañero Sr. Álvaro Alarcón Dávalos; sobre nulidad contractual y reclamación de cantidad, ha dictado la presente en consideración a los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Procuradora de los Tribunales Sra. Mª. Trinidad Jiménez Écija, en la representación de S.L., mediante escrito presentado en fecha 30 de diciembre de 2015, que por turno de reparto correspondió a este Juzgado, se formuló demanda de Juicio Ordinario contra BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., y en la que, después de relacionar los hechos y exponer los fundamentos de derecho que estimó aplicables a sus pretensiones, suplicó al Juzgado dictara sentencia por la que:

1º) Se declare la nulidad del contrato de suscripción de 450 Bonos Subordinados Necesariamente Canjeables I/2009 suscrito el día 13 de octubre de 2009, así como del contrato de suscripción de 450 Bonos Subordinados Obligatoriamente Convertibles II/2012 suscrito el día 8 de mayo de 2012; dejando sin efecto cualquier conversión que de los bonos se hubiese realizado unilateralmente por la actora en acciones;

2º) Se condene a la entidad demandada a estar y pasar por el anterior pronunciamiento y a devolver a la actora la



Código Seguro de verificación: iGiz9ehnBDHTSRdgk08hjq==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/ Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

Table with 4 columns: FIRMADO POR, FECHA, ID. FIRMA, PÁGINA. Includes names and dates of signatories.



iGiz9ehnBDHTSRdgk08hjq==



cantidad de 450.000 €, más los intereses devengados desde la interposición de la demanda, menos los frutos percibidos;

3º) Con expresa imposición de las costas procesales.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda por Decreto de 14 de enero de 2016, se emplazó en legal forma a la demandada para contestar a la misma, lo que se verificó en tiempo y forma mediante escrito presentado en fecha 14 de marzo de 2016 por la Procuradora de los Tribunales Sra. M^a. Teresa Lobo Sánchez, en nombre y representación de BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., negando los hechos alegados en ella, salvo los reconocidos expresamente en el cuerpo del citado escrito, de modo que aducidos los fundamentos de derecho que consideró aplicables, suplicó al Juzgado se dictara Sentencia por la que se desestimase íntegramente la demanda, con expresa imposición de costas a la parte actora.

TERCERO.- Por Decreto de 29 de marzo de 2016 se tuvo por formulada la contestación a la demanda por parte BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., convocándose a las partes para la celebración de la Audiencia Previa, celebrándose ésta en la fecha señalada en legal forma.

A dicho acto comparecieron las partes debidamente representadas y asistidas de letrado; persistiendo el litigio entre las mismas, se dio la palabra a la parte actora que se ratificó en la demanda, solicitando a continuación el recibimiento del pleito a prueba. En tanto que la demandada se reiteró en su escrito de contestación a la demanda oponiéndose a la misma.

No llegándose a un acuerdo en torno a la solución del litigio y delimitado el mismo, fijándose los hechos controvertidos, se recibió el pleito a prueba. Se propusieron las pruebas que cada parte interesó para la defensa de sus pretensiones, determinándose sobre su pertinencia.

Por el Juzgador se admitió los medios de prueba que estimó pertinentes, citándose a las partes para la celebración del acto del juicio.

CUARTO.- Al acto del juicio oral comparecieron las partes en debida forma, procediéndose a la práctica de la prueba admitida en la audiencia previa.

Por último, cada parte formuló sus conclusiones por escrito, y sin más trámites quedaron los autos vistos para sentencia.



Código Seguro de verificación: iGiz9ehnBDHTSRdGk08hjg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	ANTONIO JOSE PUNTAS MATA 02/10/2017 13:53:15	FECHA	03/10/2017
	MARIA TIRADO JIMENEZ 03/10/2017 09:14:04		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	2/28



iGiz9ehnBDHTSRdGk08hjg==



La vista se ha documentado y registrado en soporte apto para la grabación o reproducción del sonido y de la imagen con el resultado que obra en autos.

QUINTO.- En este procedimiento se han observado todas las prescripciones legales en el modo de pedir y en la forma de tramitar, a excepción del plazo establecido para dictar la presente resolución debido al cúmulo de trabajo que pende sobre este Juzgado y la existencia de asuntos penales de preferente tramitación y resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la representación procesal de [redacted] S.L., se ejercita una acción de nulidad del contrato de suscripción de bonos subordinados convertibles en acciones contra BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., y solicita se dicte sentencia por la que se declare la nulidad por vicio del consentimiento de la orden de suscripción de bonos subordinados necesariamente canjeables en acciones I/2009 de fecha 13 octubre 2009 y de la orden de canje por bonos obligatoriamente convertibles II/2012 de fecha 8 de mayo de 2012, condenando a la entidad demandada a restituir los 450.000 euros de capital invertido, más los intereses legales devengados.

De este modo, la entidad demandante [redacted] S.L., fundamentan su pretensión en consideración - en síntesis - a los siguientes hechos y argumentos jurídicos:

Que [redacted] de profesiones [redacted] carecían por completo de conocimientos financieros y bursátiles, habiendo contratado con la entidad siempre cuentas corrientes y depósitos, sin experiencia en productos complejos y de riesgo; Que en el mes de octubre de 2009 empleados de la sucursal de La Rambla del BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., ofrecieron a la entidad actora un producto que decían era muy interesante dada su alta rentabilidad y que resultó ser el bono subordinado.

El Sr. [redacted] [redacted] [redacted], representante legal de la entidad demandante, confiaba plenamente en los empleados del BANCO POPULAR, sin ser consciente de la verdadera naturaleza y los riesgos del producto financiero que se le ofrecía y que contrató, pues se le decía que era un producto de renta fija, muy seguro y ausente de riesgos, con una alta rentabilidad.

Sin embargo, se trataba de un producto híbrido y de riesgo que era emitido por la entidad con una remuneración predeterminada; con vencimiento explícito en este caso (podía ser perpetuo), se convertía obligatoriamente en



Código Seguro de verificación: iGiz9ehnBDHTSRdgk08hjq==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/ Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	ANTONIO JOSE PUNTAS MATA 02/10/2017 13:53:15	FECHA	03/10/2017
	MARIA TIRADO JIMENEZ 03/10/2017 09:14:04		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	3/28



iGiz9ehnBDHTSRdgk08hjq==



acciones; en el supuesto de liquidación del emisor, son valores que a efectos de prelación se sitúan debajo de los acreedores comunes y subordinados; tenía una liquidez limitada, pues no podía ser negociado en el mercado secundario, con un carácter eminentemente especulativo, con posibilidad de pérdida del capital.

Pese a la labor de asesoramiento desplegado por la entidad y su deber de lealtad y transparencia hacia los clientes, la entidad omitió toda la información exigida por la Ley del Mercado de Valores relativa a las verdaderas características y riesgos que entrañaba el producto, sin preocuparse en absoluto por averiguar si el cliente era idóneo para contratar el producto, infringiendo la normativa Mifid.

De haber conocido la demandante cuál era la verdadera naturaleza, características y riesgos de los bonos subordinados convertibles, no los habría contratado.

Consecuencia de ello es que se produjo un consentimiento viciado por error o dolo consecuencia de la falta de información por parte de los empleados del BANCO POPULAR, habiendo incumplido también la entidad sus obligaciones de lealtad y transparencia para con el cliente.

La demandada, BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., se opuso a las pretensiones de la actora, invocando, con carácter previo, la excepción de caducidad, en relación con la acción de nulidad de la orden de suscripción de Bonos Subordinados Necesariamente Canjeables de fecha 13 de octubre de 2009; considera que el "dies a quo" para el inicio del transcurso del plazo a efectos de caducidad es aquél en el que se produce la consumación del contrato, que en este caso no puede ser otro que el de la emisión y desembolso de los títulos, que lo fue el 23 de octubre de 2009, ya que en la documentación e información facilitada con motivo de tal contratación aparecía claramente la denominación del producto financiero contratado, o en cualquier caso, en la fecha en que la demandante ha recibido la información fiscal correspondiente, siendo que la primera que le fue remitida en mayo 2010, correspondiente al ejercicio 2009, donde se le indicaba la bajada de cotización de los bonos.

En cuanto a la cuestión de fondo, por la entidad bancaria demandada, se alega, en resumen, que la actora era perfectamente consciente del producto contratado, al haberse cumplido por parte del Banco sus deberes de información, diligencia y transparencia, siendo que la demandante se decantó por su suscripción debido a la alta rentabilidad que ofrecía el producto. Que el administrador



Código Seguro de verificación: iGiz9ehnBDHTSRdgk08hjq==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	ANTONIO JOSE PUNTAS MATA 02/10/2017 13:53:15	FECHA	03/10/2017
	MARIA TIRADO JIMENEZ 03/10/2017 09:14:04		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	4/28



iGiz9ehnBDHTSRdgk08hjq==



único de la mercantil demandante, Sr. Juan Pérez Rueda, se encontraba plenamente capacitado para entender la naturaleza y riesgos de los bonos subordinados, pues además de ser administrador de otras sociedades, tenía experiencia inversora previa, de ahí que el cliente prestara voluntaria y libremente su consentimiento en la adquisición de los bonos subordinados en 2009, consentimiento que fue reafirmado en 2012 al canjearlos por otros bonos obligatoriamente convertibles en acciones, habiendo cumplido BANCO POPULAR con toda la normativa "Mifid" que le era exigible, comercializando al demandante - que no asesorándole - un producto que era perfectamente conveniente, según la demandada, informándole de todas sus características y de sus riesgos, tanto en fase precontractual como al tiempo de la firma del contrato, donde le fue entregada toda la documentación que era perceptiva, como durante la vida de éste, en que percibió importantes rendimientos (295.912,80 €), sin que durante todo este tiempo haya formulado oposición, yendo contra sus propios actos cuando, en el momento en que consideran que el producto ya no les es rentable, decide anularlo y recuperar lo invertido.

SEGUNDO.- En primer lugar se opone caducidad de la acción de nulidad por vicio de consentimiento por el transcurso del plazo de cuatro años, cuestión que se afronta con carácter previo a la decisión sobre el fondo del asunto.

Con arreglo al artículo 1.301 del Código Civil la acción de nulidad durará sólo cuatro años, tiempo que empezará a correr, en los casos de error, dolo o falsedad de causa, desde la consumación del contrato.

Con carácter general se trata de una acción de caducidad cuyo día inicial arranca desde la consumación del contrato, no desde la perfección, por lo que el período de cuatro años no empieza a discurrir sino a partir del momento en que deba considerarse la consumación del contrato, según establece el precepto, interpretado por la doctrina jurisprudencial recaída sobre el mismo con carácter general y con relación a productos financieros complejos, en particular.

No obstante la doctrina jurisprudencial relativa al concepto de consumación del contrato, a los efectos de la aplicación del artículo 1.301 del Código Civil, cuando se trata de productos bancarios, la STS 12-1-2015 señaló que el día inicial del cómputo del plazo de ejercicio de la acción no es el de la perfección del contrato y que no puede confundirse la consumación del contrato a que hace mención el art. 1301 del Código Civil, con la perfección del mismo. Cita al efecto la STS 11-6- 2003, que mantiene



Código Seguro de verificación: iGiz9ehnBDHTSRdgk08hjg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	ANTONIO JOSE PUNTAS MATA 02/10/2017 13:53:15	FECHA	03/10/2017
	MARIA TIRADO JIMENEZ 03/10/2017 09:14:04		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	5/28
 iGiz9ehnBDHTSRdgk08hjg==			



la doctrina de sentencias anteriores, conforme a las cuales la consumación del contrato tiene lugar cuando se produce *"la realización de todas las obligaciones"* (sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1897 , 20 de febrero de 1928 y 11 de julio de 1984), *"cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes"* (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1989) o cuando *"se hayan consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó"* (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1983).

En supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia, afirmando que *"el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo"*, y la sentencia de 20 de febrero de 1928 dijo que *"la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó"*.

Añade la citada STS 12-1-2015 que en las 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. Esta misma línea interpretativa se mantiene en las SSTs 16-9-2015, 25-2-2016, 29-6-2016, 20-12-2016, 4-4-2017, 9-6-2017, 27-6-2017, 20-7-2017.

No puede acogerse la caducidad basada en el transcurso de cuatro años contados desde la fecha de la celebración del contrato, siguiendo la doctrina jurisprudencial expuesta, por no coincidir en este litigio la consumación del contrato con su fecha de celebración, habida cuenta la naturaleza y contenido de los valores adquiridos.

Además, en aplicación de la referida doctrina jurisprudencial sobre la caducidad en caso de productos bancarios, que se considera preferente al criterio de la



Código Seguro de verificación: iGiz9ehnBDHTSRdGk08hjg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	ANTONIO JOSE PUNTAS MATA 02/10/2017 13:53:15	FECHA	03/10/2017
	MARIA TIRADO JIMENEZ 03/10/2017 09:14:04		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	6/28



iGiz9ehnBDHTSRdGk08hjg==



consumación, deberá computarse el día inicial a partir del momento en que se haya puesto de manifiesto un acto del que resulte la comprensión real de las características y riesgos del producto adquirido por parte de los actores.

En procedimientos con un objeto similar al presente y salvo que se hayan identificado actos que revelen necesariamente un conocimiento del verdadero alcance y riesgo del producto por parte de los clientes, suele acudir, como último criterio, a la fecha de conversión definitiva de las obligaciones en acciones.

En el caso que nos ocupa no se tiene constancia de ninguna actuación de la actora posterior a la suscripción que denote su grado de conocimiento sobre los valores hasta que se iba a producir el canje forzoso de los títulos, en noviembre de 2015 (doc. nº 28 de la demanda). Hasta que se produce el canje no existe indicio de que la entidad demandante llevara a cabo ninguna actuación concreta y específica de la que resultara indiscutible una manifestación que denotara su grado de conocimiento sobre la naturaleza y riesgos del producto o algún tipo de reclamación a la entidad o bien hubieran hecho uso de la facultad de acudir al canje voluntario con antelación a la fecha de vencimiento forzoso.

No puede considerarse como plazo de caducidad las fechas que invoca la parte demanda, que afirma que la demandante tuvo conocimiento de la realidad de lo contratado al tiempo de la suscripción del contrato o cuando remitieron la primera información fiscal del año 2009 donde se indicaba la bajada de cotización de los bonos, pues se ha de entender a la luz de doctrina jurisprudencial que no es hasta la necesaria conversión de las obligaciones por acciones cuando la parte actora alcanzó la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido, pues, como señala la **STS de 17 de junio de 2016**, *«siendo su principal característica que al inicio otorgan un interés fijo, mientras dura el bono, pero después, cuando el inversor se convierte en accionista del banco, la aportación adquiere las características de una inversión de renta variable, con el consiguiente riesgo de pérdida del capital invertido (...) como consecuencia del canje, el inversor en obligaciones convertibles obtendrá acciones, podrá ser consciente, con independencia de su perfil o de su experiencia, de que, a partir de dicho canje, su inversión conlleva un riesgo de pérdidas, en función de la fluctuación de la cotización de tales acciones»*, siendo en dicha fase y momento cuando el obligacionista adquiere el cabal conocimiento de la verdadera naturaleza del producto.

De este modo sólo es en noviembre de 2015, fecha



Código Seguro de verificación: iGiz9ehnBDHTSRdgk08hjg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	ANTONIO JOSE PUNTAS MATA 02/10/2017 13:53:15	FECHA	03/10/2017
	MARIA TIRADO JIMENEZ 03/10/2017 09:14:04		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	7/28
	iGiz9ehnBDHTSRdgk08hjg==		



iGiz9ehnBDHTSRdgk08hjg==



prevista para la conversión, cuando se tiene cabal 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.

Y al ejercitarse la acción de nulidad porque se ha sufrido una pérdida patrimonial que se considera 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 cusa 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 inversión. 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 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, según es de público conocimiento.

Por ello debe tomarse en consideración el mes de noviembre de 2015, de manera que al haberse interpuesto la demanda el 30-12-2015 no había transcurrido el plazo de cuatro años exigido y no se había producido la caducidad de la acción.

TERCERO.- En el presente caso, de la prueba practicada resulta que el Banco Popular Español, S.A., dirigió una recomendación personalizada a la demandante (a través de su administrador), ofertándole la compra del producto. Así resulta del relato de hechos de la demanda (folio 5), del que se desprende cómo la demandada se dirigió al Sr. [REDACTED] ofertándole la compra del producto, lo que viene corroborado por la prueba testifical practicada en el acto del juicio, al manifestar el Sr. [REDACTED] director de la oficina de [REDACTED] del Banco Popular, que dicho producto "se le ofreció" al Sr. [REDACTED], en una de las veces que acudió a la oficina, pues al parecer frecuentaba la oficina bancaria semanalmente.

Y si la iniciativa fue del empleado del Banco Popular, hemos de derivar que nos encontramos ante un supuesto de asesoramiento, pues el art. 63.1.g) LMV (en la redacción aplicable al presente supuesto) declara que se considerarán



Código Seguro de verificación: iGiz9ehnBDHTSRdGk08hjg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	ANTONIO JOSE PUNTAS MATA 02/10/2017 13:53:15	FECHA	03/10/2017
	MARIA TIRADO JIMENEZ 03/10/2017 09:14:04		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	8/28
	iGiz9ehnBDHTSRdGk08hjg==		



iGiz9ehnBDHTSRdGk08hjg==



servicios de inversión "el asesoramiento en materia de inversión, entendiéndose por tal la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de servicios de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros. No se considerará que constituya asesoramiento, a los efectos de lo previsto en este apartado, las recomendaciones de carácter genérico y no personalizadas que se puedan realizar en el ámbito de la comercialización de valores e instrumentos financieros. Dichas recomendaciones tendrán el valor de comunicaciones de carácter comercial".

Corroborar la anterior conclusión lo declarado en STS 20 Enero 2014 recurso 879/2012, de donde resulta que se produce asesoramiento en función de la vía en que el instrumento financiero es ofrecido al cliente, y siempre que se le presente el producto como conveniente y no esté divulgado exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público.

Declara dicha resolución que "Como afirma la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011)," (1) a cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en qué consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente" (apartado 53). Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el art. 52 Directiva 2006/73, que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.4 Directiva 2004/39/CE.

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

De este modo, el Tribunal de Justicia entiende que tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un swap, realizada por la entidad financiera al cliente inversor, "que se presente como conveniente para el cliente o se base en una



Código Seguro de verificación: iGiz9ehnBDHTSRdgk08hjg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	ANTONIO JOSE PUNTAS MATA 02/10/2017 13:53:15	FECHA	03/10/2017
	MARIA TIRADO JIMENEZ 03/10/2017 09:14:04		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	9/28



iGiz9ehnBDHTSRdgk08hjg==



consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público" (apartado 55).

A la vista de esta interpretación y de lo acreditado en la instancia, no cabe duda de que en nuestro caso Caixa del Penedés llevó a cabo un servicio de asesoramiento financiero, pues el contrato de swap fue ofrecido por la entidad financiera, por medio del subdirector de la oficina de Palamós, aprovechando la relación de confianza que tenía con el administrador del cliente inversor, como un producto financiero que podía paliar el riesgo de inflación en la adquisición de las materias primas".

En el mismo sentido la STS 25 de febrero de 2016 recurso 2578/2013 declara "y en este caso hubo asesoramiento, en tanto que los clientes adquirieron los diferentes productos -depósitos estructurados, obligaciones subordinadas y participaciones preferentes- porque les fueron ofrecidos por la empleada de "C..." con la que tenían una especial relación. Para que exista asesoramiento no es requisito imprescindible la existencia de un contrato remunerado "ad hoc" para la prestación de tal asesoramiento, ni que estas inversiones se incluyeran en un contrato de gestión de carteras suscrito por la demandante y la entidad financiera. Basta con que la iniciativa parta de la empresa de inversión y que sea ésta la que ofrezca el producto a sus clientes, recomendándoles su adquisición"; y la STS 29 de marzo de 2006 recurso 3398/2012 señala "puesto que siendo el servicio prestado de asesoramiento financiero (la suscripción de los contratos fue ofrecida por el Banco al cliente), el deber que pesaba sobre la entidad comprendía tanto cerciorarse de que el cliente minorista conocía bien en qué consistía el swap que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, como asimismo haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía".

Por lo expuesto, resulta aplicable el art. 79 bis. 6 LMV, en su redacción entonces vigente, en cuya virtud "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 aquél, 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



Código Seguro de verificación: iGiz9ehnBDHTSRdGk08hJg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	ANTONIO JOSE PUNTAS MATA 02/10/2017 13:53:15	FECHA	03/10/2017
	MARIA TIRADO JIMENEZ 03/10/2017 09:14:04		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	10/28



iGiz9ehnBDHTSRdGk08hJg==



cliente. En el caso de clientes profesionales la entidad no tendrá que obtener información sobre los conocimientos y experiencia del cliente", es decir, se hacía preciso haber realizado el test de idoneidad, que suma al test de conveniencia (conocimientos y experiencia) un informe sobre la situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y los objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del cliente, para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan.

En todo caso, en el supuesto de que la entidad bancaria se hubiera limitado a prestar servicios de ejecución y transmisión de órdenes de inversión, sin asesoramiento, tanto los Bonos subordinados necesariamente canjeables en acciones suscritos el 13 de octubre de 2009 como los Bonos subordinados obligatoriamente convertibles suscritos el 8 de mayo de 2012 son productos complejos en los términos del art. 79 bis 8) LMV. Así resulta, además, de la propia documentación confeccionada por la demandada, así las órdenes de valores y resumen explicativo de condiciones de la emisión.

Por tanto, aunque no hubiera habido asesoramiento, resulta de aplicación el art. 79 bis 7 LMV, en su redacción entonces vigente, y con base al mismo, 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. Bien entendido que el test de conveniencia en cuestión deberá realizarse de forma válida y eficaz.

De igual modo, el RD 217/2008, de 15 de febrero, en su artículo 64 regula, con mayor detalle, este deber de información, al disponer: "1. Las entidades que prestan servicios de inversión deberán proporcionar a sus clientes, incluidos los potenciales, una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional. En la descripción se deberá incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas".



Código Seguro de verificación: iGiz9ehnBDHTSRdGk08hjg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	ANTONIO JOSE PUNTAS MATA 02/10/2017 13:53:15	FECHA	03/10/2017
	MARIA TIRADO JIMENEZ 03/10/2017 09:14:04		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	11/28



iGiz9ehnBDHTSRdGk08hjg==



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

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

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

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

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

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

CUARTO.- Pues bien, en el presente supuesto ha quedado acreditado de la prueba practicada que el perfil del administrador único de la mercantil actora, Sr. [REDACTED] se corresponde con la condición de cliente minorista, no inversor profesional, lo que exigía otorgarle la máxima protección conforme a la normativa Mifid; es cierto que era apoderado de algunas sociedades, y titular de acciones y algunos fondos de inversión, pero este Juzgador considera que ni por su condición ni por los productos adquiridos puede concluirse que el actor fuese un experto inversor ni con experiencia continuada y suficiente en productos financieros complejos y de riesgo.

No se debe pasar por alto que la iniciativa de la comercialización partió de la entidad demandada, existiendo una labor real de asesoramiento, como se desprende de las propias explicaciones del empleado Sr. [REDACTED]. No sólo no se realizó el preceptivo test de idoneidad, al entender que existió asesoramiento, sino que ni tan siquiera se confeccionó el test de conveniencia.



Código Seguro de verificación: iGiz9ehnBDHTSRdgk08hjg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/ Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	ANTONIO JOSE PUNTAS MATA 02/10/2017 13:53:15	FECHA	03/10/2017
	MARIA TIRADO JIMENEZ 03/10/2017 09:14:04		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	12/28
	iGiz9ehnBDHTSRdgk08hjg==		



iGiz9ehnBDHTSRdgk08hjg==



Como señala la SAP de Madrid, Sección 14, de fecha 25 de abril de 2016, "La omisión de la realización de los test de idoneidad o, en todo caso, de los test de conveniencia, no puede ser suplida con declaraciones del cliente de asumir la decisión de contratar el producto, ni puede ser suficiente la declaración del cliente de que con la documentación recibida la misma es suficiente para adoptar la decisión de invertir en los productos."

En el documento número 17 aportado con la demanda de fecha 8 de mayo de 2012 se hace constar que "Con anterioridad a su contratación, le ha sido entregado un ejemplar completo de la información relativa a la naturaleza de los bonos Subordinados Obligatoriamente Convertibles y sus riesgos inherentes. Dicha información me resulta comprensible y es suficiente para permitirme adoptar una decisión de inversión consciente y fundada."

La asunción de responsabilidad por el cliente en modo alguno puede suplir el deber de información, al tratarse de fórmulas estereotipadas sin contenido alguno, al respecto **STS 4 de febrero de 2016 recurso 3024/2012** "5.- Tampoco es correcta la trascendencia que la sentencia de la Audiencia Provincial otorga a la existencia de menciones predispuestas en el contrato conforme a las cuales el cliente declaraba conocer las características del producto, entender el riesgo que asumía, y tener experiencia en la contratación de productos de la misma naturaleza. Ya hemos declarado en ocasiones anteriores (sentencias 244/2013, de 18 abril, 769/2014, de 12 de enero de 2015, 222/2015, de 29 de abril, 265/2015, de 22 de abril, 651/2015, de 20 de noviembre, entre otras) la ineficacia de las menciones predispuestas que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento o de fijación como ciertos de determinados hechos, que se revelan como fórmulas predispuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos. La normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si para cumplir con estas exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predispuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarara disponer de la información necesaria, tener experiencia y entender el riesgo. Tanto más si con ellas la empresa de servicios de inversión pretende eludir el cumplimiento de sus obligaciones, como son las de dar información imparcial, clara, no engañosa y con suficiente antelación a sus clientes cuando les ofrece contratar productos financieros complejos y de riesgo, como es el caso del swap", STS 1 de febrero de 2016 recurso 2791/2012 " Además, hemos advertido en numerosas resoluciones que este tipo de menciones predispuestas por la entidad bancaria,



Código Seguro de verificación: iGiz9ehnBDHTSRdkg08hjq==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	ANTONIO JOSE PUNTAS MATA 02/10/2017 13:53:15	FECHA	03/10/2017
	MARIA TIRADO JIMENEZ 03/10/2017 09:14:04		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	13/28



iGiz9ehnBDHTSRdkg08hjq==



consistentes en declaraciones, no de voluntad, sino de conocimiento, que se revelan como fórmulas preestablecidas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos, no pueden tener la trascendencia que pretende otorgarle el predisponente (sentencias 244/2013, de 18 de abril; 769/2014, de 12 de enero de 2015; 265/2015, de 22 de abril; 675/2015, de 25 de noviembre; y 742/2015, de 18 de diciembre ; entre otras muchas). La normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si, para cumplir con tales exigencias, bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predispuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declara haber sido informado adecuadamente".

En consecuencia, el documento reseñado como 18 no pueden implicar que a la entidad se le exonere de sus obligaciones, ni pueden suponer que por la misma se haya informado adecuadamente a los clientes sobre los productos contratados.

QUINTO.- De este modo, examinada la totalidad de la prueba practicada se ha de tener en el presente caso por acreditado el incumplimiento de la entidad bancaria demandada del deber de información, conforme a la legislación aplicable, que no puede ser suplida por la asunción del riesgo por parte de la actora, de conformidad al documento que hemos examinado, por lo que hemos de plantearnos la cuestión relativa a si por el cliente (a través de su administrador) tenía los conocimientos financieros necesarios para suplir la patente falta de información, o si se les dio con base a la documentación que obra en las actuaciones.

En el momento de suscribir los bonos subordinados necesariamente canjeables en acciones de Banco Popular Español SA, emisión 1/2009, la documentación se limitó a las órdenes de valores de fecha 13-10-2009 resumen explicativo de condiciones de la emisión de bonos subordinados necesariamente canjeables en acciones del Banco Popular Español, SA I/2009, y el documento 18, transcrito en el anterior fundamento, por los que los clientes asumen la decisión de suscribirlos pese a no haber sido posible evaluar la conveniencia del producto. En el canje de fecha 8-05-2012 se les entregó las órdenes de valores y, resumen explicativo de condiciones de la emisión de bonos subordinados obligatoriamente convertibles II/2012- Banco Popular Español, S.A.

Respecto a los documentos entregados antes de la suscripción de los bonos subordinados nada pueden aportar para derivar la información a los clientes que suscriben



Código Seguro de verificación: iGiz9ehnBDHTSRdGk08hJg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	ANTONIO JOSE PUNTAS MATA 02/10/2017 13:53:15	FECHA	03/10/2017
	MARIA TIRADO JIMENEZ 03/10/2017 09:14:04		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	14/28



iGiz9ehnBDHTSRdGk08hJg==



las órdenes de compra, al tratarse de información general, sin relación específica a los productos contratados.

Las órdenes de compra nada añaden, pues respecto de las suscritas el 13-10-2009 se limitan a la reseñas de la denominación del valor suscrito "BO POPULAR CAPITAL CONV. V. 2013", el número de valores y sus importes, la cuenta de cargo, la declaración de haberse entregado al cliente el tríptico de la emisión que el cliente ha firmado y de conocer el significado y trascendencia del producto. En definitiva, de los indicados documentos no puede derivarse información suficiente respecto de la naturaleza de los productos complejos adquiridos.

A tales efectos, como señala la STS 25 de febrero de 2016 recurso nº 2578/2013 *"y ni siquiera la información que aparecía en las órdenes de compra de los productos, prerredactadas por la entidad financiera, era adecuada, puesto que no se explicaba cuál era la naturaleza de los productos adquiridos"* y STS 3 de febrero de 2016 recurso 1454/2015 (Sentencia 21/2016) *"Dicho de otro modo, en el caso de un inversor no profesional, como eran los recurrentes (una cosa es que se haya concluido que hubieran tenido alguna experiencia previa en productos de riesgo, a los efectos de negar la excusabilidad del error, y otra muy distinta atribuirles la condición de inversor profesional), no basta con que la información aparezca en las cláusulas del contrato, y por lo tanto con la mera lectura del documento. Es preciso que se ilustre el funcionamiento del producto complejo con ejemplos que pongan en evidencia los concretos riesgos que asume el cliente (Sentencia 689/2012, de 16 de diciembre)"*.

El hecho de haber entregado el folleto informativo y tríptico resumen de la inversión no acredita el cumplimiento de los deberes que le corresponden a la entidad demandada, al tratarse de documentos estereotipados, o modelos genéricos no adaptados a las circunstancias concretas de cada cliente y operación, que han de considerarse insuficientes para evidenciar o demostrar que el administrador de la demandante era plenamente consciente y concedor del alcance y de los riesgos de las operaciones suscritas.

Los términos y conceptos utilizados son de difícil comprensión para personas sin conocimientos financieros acreditados. La firma por parte de éstos, no pasó de ser más que un mero trámite necesario para que se pudieran consumir las operaciones, pero absolutamente vacío de contenido y sin reflejar lo que aparentemente podría significar, máxime cuando la persona de confianza del Banco, en el año 2009 se puso en contacto con el administrador de la actor para ofrecerle un producto



Código Seguro de verificación: iGiz9ehnBDHTSRdgk08hjg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	ANTONIO JOSE PUNTAS MATA 02/10/2017 13:53:15	FECHA	03/10/2017
	MARIA TIRADO JIMENEZ 03/10/2017 09:14:04		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	15/28



iGiz9ehnBDHTSRdgk08hjg==



interesante y de mayor rentabilidad, en todo caso, en un supuesto similar, respecto del resumen explicativo, ya se pronunció la AP Madrid en Sentencia de 14 de julio de 2015 recurso 151/2015 *"El Resumen explicativo de condiciones de la emisión de bonos subordinados necesariamente canjeables en acciones de Banco Popular Español, S.A., I/2009, con la misma fecha 7 de Octubre de 2009, contiene un texto complejo y de comprensión difícil, a lo largo de seis folios, que precisaría en todo caso de una información verbal complementaria prestada por empleados de la entidad bancaria, en términos tales que permitiera su entendimiento a la cliente"*, y de igual modo respecto de la emisión de 2012.

No consta en las actuaciones que D. [REDACTED] tenga conocimientos financieros en el mercado de valores, ni puede derivarse que pudiera entender la complejidad de los productos adquiridos, con base a las órdenes de valores o por los resúmenes explicativos de las condiciones de las emisiones, pues la información contenida en los indicados documentos, cuando se trata de un producto complejo, no es suficiente.

De igual modo, valorando la testifical de don [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED], que como hemos reseñado en anteriores fundamentos es empleado de la demandada, de su testimonio, no nos puede llevar a conclusiones distintas, y como señala la STS 25 de febrero de 2016 recurso 2578/2013 *"En este caso, no consta que hubiera esa información previa, más allá de las afirmaciones interesadas de la empleada de la entidad, que no pueden suplir el rastro documental que exige la normativa expuesta y que en este caso brilla por su ausencia"*, en todo caso, ya hemos señalado que por la demandada se recomendó al administrador de la actora la suscripción por tratarse de un producto de mayor rentabilidad, reconociendo, a su vez, el Sr. [REDACTED] [REDACTED], que no le consta se le ofreciera a la actora una formación específica para este producto. No consta que el Sr. [REDACTED] se llevara a su domicilio el resumen de la emisión.

En conclusión, de los documentos examinados y testifical no puede derivarse se cumpliera el deber de información.

La condición de administrador del Sr. [REDACTED] [REDACTED] de la entidad que suscribió los bonos no puede suponer la existencia de prueba que acredite sus conocimientos financieros, y por lo tanto, que no fuera preciso dar la información.

A tales efectos, en productos similares al de las presentes actuaciones, hemos de traer a colación la



Código Seguro de verificación: iGiz9ehnBDHTSRdgk08hjg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	ANTONIO JOSE PUNTAS MATA 02/10/2017 13:53:15	FECHA	03/10/2017
	MARIA TIRADO JIMENEZ 03/10/2017 09:14:04		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	16/28
	iGiz9ehnBDHTSRdgk08hjg==		



iGiz9ehnBDHTSRdgk08hjg==



reiterada jurisprudencia, entre otras, STS 29 de marzo de 2016 recurso 3398/2012 "7.- El hecho de que los clientes sean sociedades mercantiles no supone que deban descuidarse los deberes de información de las entidades financieras, puesto que la formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un producto complejo y de riesgo como es el swap no es la del simple empresario sino la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos. Hemos afirmado en las sentencias 549/2015, de 22 de octubre, 633/2015, de 19 de noviembre, y 651/2015, de 20 de noviembre, entre otras, que no basta con los conocimientos usuales del mundo de la empresa, pues son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros para que pueda excluirse la existencia de error o considerar que el mismo fue inexcusable (recordemos que las mercantiles demandantes se dedican a ámbitos ajenos al mundo financiero como la hostelería, las pompas fúnebres, la imprenta o la edición de una publicación local), y «no por tratarse de una empresa debe presumirse en sus administradores o representantes unos específicos conocimientos en materia bancaria o financiera» (sentencia 676/2015, de 30 de noviembre)" , y, en el mismo sentido STS 4 de febrero de 2016 recurso 2862/2016. Doctrina que entiendo es aplicable al presente supuesto.

De igual modo, no puede presuponerse el conocimiento del producto financiero (bonos subordinados) por el hecho de haber realizado el Sr. [REDACTED] otras inversiones en productos financieros complejos, pues como señala la STS 25 de febrero de 2016 recurso 2578/2013 "9.- Que los clientes hubieran contratado anteriormente productos similares no conlleva que tuvieran experiencia inversora en productos financieros complejos, si en su contratación tampoco les fue suministrada la información legalmente exigida. Como ya declaramos en las sentencias núm. 244/2013, de 18 de abril , y 769/2014, de 12 de enero de 2015, 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. Como hemos afirmado en las sentencias núm. 244/2013, de 18 de abril,



Código Seguro de verificación: iGiz9ehnBDHTSRdGk08hjg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	ANTONIO JOSE PUNTAS MATA 02/10/2017 13:53:15	FECHA	03/10/2017
	MARIA TIRADO JIMENEZ 03/10/2017 09:14:04		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	17/28



iGiz9ehnBDHTSRdGk08hjg==



769/2014, de 12 de enero de 2015, y 489/2015, de 15 de septiembre, la actuación en el mercado de valores exige un conocimiento experto. El hecho de tener un patrimonio considerable, o que los clientes hubieran realizado algunas inversiones previas no los convierte tampoco en clientes expertos, puesto que no se ha probado que en esos casos se diera a los demandantes una información adecuada para contratar el producto con conocimiento y asunción de los riesgos de una inversión compleja y sin garantías. La contratación de algunos productos de inversión con el asesoramiento de Caixa Catalunya, sin que la entidad pruebe que la información que dio a los clientes fue mejor que la que suministró en el caso objeto del recurso, y en concreto, que fue la exigida por la normativa del mercado de valores, solo puede indicar la reiteración de la entidad financiera en su conducta incorrecta, no el carácter experto de los clientes".

Por último, el que se suscribieran las órdenes de valores de 8 de mayo de 2012 no puede implicar que el Sr. [REDACTED] [REDACTED] tuviera conocimientos financieros y que aceptara la suscripción, en primer lugar, pues hemos de tener en cuenta la doctrina de la propagación de los efectos de nulidad del contrato hacia los ulteriores conexos, que proclama la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentencias como la del 17 de junio de 2.010 recurso 1506/2006 , y a su vez, por cuanto el hecho de suscribirlos viene dado por las pérdidas respecto de la emisión de 2009 como, de manera clara, se recoge en el resumen explicativo II/2012 al señalarse "En consecuencia, el valor de mercado de los Bonos Subordinados Obligatoriamente convertibles II/2012 que se ofrecen, se encuentra por encima del valor del mercado de los Bonos Subordinados Necesariamente Canjeables 2009, objeto de recompra, pero por debajo del valor nominal desembolsado. Por lo tanto, si el aceptante quisiera vender inmediatamente en el mercado secundario los valores recibidos en contraprestación podrían perder aproximadamente un 58% de su inversión inicial. No obstante, esta pérdida sería previsiblemente superior si el aceptante no acudiera a la Oferta de Recompra y procediera a vender los Bonos Subordinados Necesariamente Canjeables 2009" (Doc. nº 19 de la demanda).

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

SEXTO.- De lo expuesto y de la acreditada relación de asesoramiento se sigue que el no haber realizado el test de idoneidad (artículo 79 bis. 6 de la LMV, entonces vigente) constituye incumplimiento por parte de la entidad demandada de norma imperativa, quien de esta forma no tuvo constancia



Código Seguro de verificación: iGiz9ehnBDHTSRdGk08hjg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	ANTONIO JOSE PUNTAS MATA 02/10/2017 13:53:15	FECHA	03/10/2017
	MARIA TIRADO JIMENEZ 03/10/2017 09:14:04		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	18/28



iGiz9ehnBDHTSRdGk08hjg==



de los datos fundamentales exigidos por la ley, como son la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente (tampoco de los conocimientos y experiencia del mismo en el ámbito de inversión de que se trate, aspecto éste común al test de conveniencia).

Ante tal incumplimiento, y como destaca la SAP Madrid, Sección 9ª, de 15 de enero de 2016 "el hecho de que la entidad bancaria suministrara a los clientes la información que se acompaña tanto con la demanda como con su contestación, así como las informaciones verbales que pudieran haberse transmitido a través de sus empleados, resultan irrelevantes".

Si ello ya es suficiente para afirmar que la entidad no adaptó su actuación al perfil inversor de la demandante, el contenido de los documentos aportados evidencia que la actuación de la demandada no respetó el estándar legal de protección, sin que la sola constancia en el contrato de los documento suscritos, aun firmados por el actor, no desplaza ni excluye la responsabilidad de la demandada pues como destaca la sentencia de Pleno del TS de 15 de enero de 2015: «Tampoco son relevantes las menciones predispuestas contenidas en el contrato firmado por la Sra... en el sentido de que "he sido informado de las características de la Unidad de Cuenta..." y "declaro tener los conocimientos necesarios para comprender las características del producto, entiendo que el contrato de seguro no otorga ninguna garantía sobre el valor y la rentabilidad del activo, y acepto expresamente el riesgo de la inversión realizada en el mismo". Se trata de menciones predispuestas por la entidad bancaria, que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento que se revelan como fórmulas predispuestas por el profesional, vacías de contenido real (...) La normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si para cumplir con estas exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predispuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarara haber sido informado adecuadamente. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2014, dictada en el asunto C-449/13, en relación a la Directiva de Crédito al Consumo, pero con argumentos cuya razón jurídica los hace aplicable a estos supuestos, rechaza que una cláusula tipo de esa clase pueda significar el reconocimiento por el consumidor del pleno y debido cumplimiento de las obligaciones precontractuales a cargo del prestamista».

Y así, con la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 24/2012, de 31 de agosto se introdujo en el art. 79 bis.7 LMV la necesidad de que se incluyera una expresión



Código Seguro de verificación: iGiz9ehnBDHTSRdGk08hJg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	ANTONIO JOSE PUNTAS MATA 02/10/2017 13:53:15	FECHA	03/10/2017
	MARIA TIRADO JIMENEZ 03/10/2017 09:14:04		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	19/28



iGiz9ehnBDHTSRdGk08hJg==



manuscrita en los siguientes términos: "En caso de que el servicio de inversión se preste en relación con un instrumento complejo según lo establecido en el apartado siguiente, se exigirá que el documento contractual incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita, en los términos que determine la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la que el inversor manifieste que ha sido advertido de que el producto no le resulta conveniente o de que no ha sido posible evaluarle en los términos de este artículo", determinándose por Circular CNMV 3/2013, de 12 de junio cómo debía ser el tenor literal de la misma, previsión que también se contempla en el art. 217.5 de la vigente Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores.

SEPTIMO.- Como puso de manifiesto la SAP de Madrid de 29 de noviembre de 2016 Recurso de Apelación 980/2016, citando la STS de 17 de junio de 2016, «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 sólo 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.»

Y que «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 otra».



Código Seguro de verificación: iGiz9ehnBDHTSRdGk08hjg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	ANTONIO JOSE PUNTAS MATA 02/10/2017 13:53:15	FECHA	03/10/2017
	MARIA TIRADO JIMENEZ 03/10/2017 09:14:04		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	20/28



iGiz9ehnBDHTSRdGk08hjg==



En consecuencia, la falta de diligencia e información por parte de la demandada, la entidad actora **S.L.** padeció un error que vició su consentimiento determinando la anulabilidad de las compras de los productos financieros objeto de la litis, cuyo carácter complejo y de alto riesgo no es cuestionado ni cuestionable.

Razona el Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, en Sentencia de 21 de Noviembre de 2012, rec. 1729/2010 que *"Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta - sentencias 114/1985, de 18 de febrero, 295/1994, de 29 de marzo, 756/1996, de 28 de septiembre, 434/1997, de 21 de mayo, 695/2010, de 12 de noviembre , entre muchas-. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea..."* .

Y como declaran las STS de 21 de noviembre de 2012, STS de 12 de noviembre de 2010, el error fue esencial, puesto que afectaron a las obligaciones principales del contrato y a la característica de alto riesgo del mismo; sustancial, pues afecta a un elemento nuclear del contrato, sobre la base, ya se ha razonado, de la falta de información concurrente e imputable a la entidad bancaria, que venía obligada a facilitar que los clientes adquirieran plena conciencia de lo que contrataban, y, sobre todo, del riesgo que asumían; y excusable, pues confió la actora en la palabra del empleado del banco sin ser consciente de los altos riesgos de un contrato complejo del que no recibió la necesaria información para ponderar sus riesgos y decantarse conscientemente sobre su contratación.

El deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues como razona la STS de pleno núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, *«si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente»*.

La diligencia exigible para eludir el error es menor cuando se trata de una persona inexperta que contrata con un experto (Sentencias de esta Sala de 4 de enero de 1982 y 30 de enero de 2003). Al experto (al profesional) en estos casos se le imponen, además, específicas obligaciones informativas tanto por la normativa general como por la del mercado financiero. Como declara la STS 110/2015, de 26 de febrero, cuando se trata de *"error heteroinducido"* por la



Código Seguro de verificación: iGiz9ehnBDHTSRdqk08hjg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	ANTONIO JOSE PUNTAS MATA 02/10/2017 13:53:15	FECHA	03/10/2017
	MARIA TIRADO JIMENEZ 03/10/2017 09:14:04		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	21/28
 iGiz9ehnBDHTSRdqk08hjg==			



omisión de informar al cliente del riesgo real de la operación, no puede hablarse del carácter inexcusable del error, pues como declaró la STS 244/2013, del Pleno, de 18 de abril de 2013, la obligación de información que establece la normativa legal es una obligación activa que obliga al banco, no de mera disponibilidad.

OCTAVO.- De lo desarrollado en los anteriores fundamentos se ha de derivar que en el consentimiento prestado al suscribir las órdenes de compra de valores (bonos subordinados) se ha de apreciar la existencia de error en el consentimiento.

A tales efectos, hemos de traer a colación la STS 25 de febrero de 2016 recurso 2578/2013 "B) Los deberes de información y el error vicio del consentimiento en los contratos de inversión.

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

2.- El art. 1266 CC dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer (además de sobre la persona, en determinados casos) sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261.2 del mismo Código Civil). La jurisprudencia ha exigido que el error sea esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones, respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa (sentencia núm. 215/2013, de 8 abril).

3.- El error invalidante del contrato ha de ser, además de esencial, excusable, esto es, no imputable a quien lo sufre. El Código Civil no menciona expresamente este requisito, pero se deduce de los principios de



Código Seguro de verificación: iGiz9ehnBDHTSRdGk08hjg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	ANTONIO JOSE PUNTAS MATA 02/10/2017 13:53:15	FECHA	03/10/2017
	MARIA TIRADO JIMENEZ 03/10/2017 09:14:04		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	22/28



iGiz9ehnBDHTSRdGk08hjg==



autorresponsabilidad y buena fe. La jurisprudencia niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que ignoraba al contratar. En tal caso, ante la alegación de error, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida.

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

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

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

5.- La normativa del mercado de valores, incluso la



Código Seguro de verificación: iGiz9ehnbDHTSRdgk08hjg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	ANTONIO JOSE PUNTAS MATA 02/10/2017 13:53:15	FECHA	03/10/2017
	MARIA TIRADO JIMENEZ 03/10/2017 09:14:04		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	23/28
 iGiz9ehnbDHTSRdgk08hjg==			



vigente antes de la transposición de la Directiva MiFID da una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza.

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

Si trasladamos esta doctrina al supuesto de autos, si tenemos en cuenta lo desarrollado en los anteriores fundamentos, en cuanto a la ausencia de información, sin que sean suficientes los documentos entregados al suscribir los bonos subordinados y la información verbal (de conformidad a la valoración de la prueba testifical), y sin que se acrediten los conocimientos financieros del administrador de la actora, la conclusión no puede ser otra que corroborar la existencia de error, pues hemos de reiterar la información dada al administrador de la demandante no puede calificarse como suficiente y no se ajusta a los parámetros exigidos por la normativa que entonces estaba vigente, por lo que el incumplimiento comporta que el error sea esencial y excusable, sin que pudiera ser salvado por el Sr. [REDACTED], máxime cuando en octubre de 2009, se le presentó como una recomendación.

De igual modo, el que acudiera a la emisión del 2012, por la evidente y constatable pérdida de la emisión del 2009, no puede ser óbice para apreciar el error, ni el que pudiera haber obtenido rendimientos, pues como señala la



Código Seguro de verificación: iGiz9ehnBDHTSRdGk08hJg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	ANTONIO JOSE PUNTAS MATA 02/10/2017 13:53:15	FECHA	03/10/2017
	MARIA TIRADO JIMENEZ 03/10/2017 09:14:04		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	24/28



iGiz9ehnBDHTSRdGk08hJg==



STS 16 de marzo de 2016 recurso 3271/2012 "Asimismo, la STS 741/2015, de 17 de diciembre, ha declarado que por el hecho de cancelar anticipadamente el producto ante el riesgo cierto de que tal situación se vaya agravando y suponga un importante quebranto económico, no se está realizando voluntariamente ningún acto volitivo que suponga indudable o inequívocamente la decisión de renunciar al ejercicio de la acción de nulidad, toda vez que para poder tener voluntad de renunciar a la acción de nulidad derivada de error consensual, es preciso tener conocimiento claro y preciso del alcance de dicho error, no resultando, así, de aplicación la doctrina de los actos propios y los artículos 7.1, 1.310, 1.311 y 1.313 del Código Civil ", y STS 9 de diciembre de 2015 recurso 1830/2012 "OCTAVO.- Decisión de la Sala. Inexistencia de confirmación tácita del contrato anulable o de contradicción con los actos propios. Esta Sala ha declarado que, como regla general, ni la percepción de liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato, ni la tardanza en reclamar, **ni incluso el encadenamiento de diversos contratos** [...], pueden ser considerados actos convalidantes del negocio genéricamente viciado por error en el consentimiento, ya que los mismos no constituyen actos inequívocos de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato. No se produce una contradicción con los actos propios que infrinja el art. 7.1 del Código Civil porque estos actos no tienen carácter inequívoco, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación, confirmando el negocio concertado por error y sorprendiendo a Banco Santander en su buena fe".

En conclusión, procede estimar en su integridad la demanda interpuesta [REDACTED] S.L., parte representada por la Procuradora de los Tribunales Sra. M^a. Trinidad Jiménez Écija, contra BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. parte representada por la Procuradora de los Tribunales Sra. M^a. Teresa Lobo Sánchez.

NOVENO.- Por último la entidad demandada alega como causa de oposición a la pretensión actora, la sanación del vicio del consentimiento derivada del canje de los bonos necesariamente canjeables por otro bonos convertibles (**folio 16 de la contestación**). Es decir, se refiere, a la sanación del vicio del consentimiento, cuando se exige que quien la padece, conocida la causa de nulidad y habiendo la misma cesado, ejecute un acto propio que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo lo que no acontece en el caso enjuiciado.

Como razona la sentencia Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015 «La confirmación del contrato anulable es la manifestación de voluntad de la parte a quien compete el



Código Seguro de verificación: iGiz9ehnBDHTSRdgk08hjg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	ANTONIO JOSE PUNTAS MATA 02/10/2017 13:53:15	FECHA	03/10/2017
	MARIA TIRADO JIMENEZ 03/10/2017 09:14:04		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	25/28
	iGiz9ehnBDHTSRdgk08hjg==		



iGiz9ehnBDHTSRdgk08hjg==



derecho a impugnar, hecha expresa o tácitamente después de cesada la causa que motiva la impugnabilidad y con conocimiento de ésta, por la cual se extingue aquel derecho purificándose el negocio anulable de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración ». Y en la sentencia núm. 573/2016, de 19 de julio el Tribunal Supremo resume su doctrina sobre actos posteriores efectuados por el cliente que no sanan el vicio del consentimiento ni se catalogan como actos propios con tal efecto sanador, recordando que «ni la percepción de liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato, ni incluso el encadenamiento de diversos contratos, deben ser necesariamente considerados actos convalidantes del negocio genéricamente viciado por error en el consentimiento, ya que, en las condiciones en que se realizaron, no constituyen actos inequívocos de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria».

Dicha doctrina es aplicable al caso presente pues la percepción de rendimientos o la conversión de las obligaciones por acciones, en las circunstancias ya expuestas, no depuran el vicio del error con que se emitió el consentimiento en la contratación del producto complejo y de alto riesgo.

Entre el contrato de suscripción de obligaciones subordinadas y el posterior canje existe una clara vinculación causal de modo que los efectos de la nulidad de aquellos deben extenderse a esta pues, desaparecida la causa del primer contrato en virtud de la nulidad, desaparecen los presupuestos sobre los que se funda la causa del contrato vinculado a él en aplicación de la doctrina de la propagación de la ineficacia del contrato.

Y a esta misma conclusión se llega por aplicación de lo establecido en el artículo 1.208 del Código Civil, al señalar que "la novación es nula si lo fuera también la obligación primitiva, salvo que la causa de nulidad sólo pueda ser invocada por el deudor, o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen". De tal manera que la relación que extingue, y la que nace por efecto de la novación extintiva están ligadas por una relación de causa a efecto.

En consecuencia, no existe solución de continuidad entre el originario vicio en el consentimiento determinante de la nulidad de la adquisición de las obligaciones subordinadas y el posterior canje, independientemente de la naturaleza y forma en que se produjeron, no pudiéndose por tanto deslindar o diferenciar los respectivos negocios



Código Seguro de verificación: iGiz9ehnBDHTSRdgk08hjg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	ANTONIO JOSE PUNTAS MATA 02/10/2017 13:53:15	FECHA	03/10/2017
	MARIA TIRADO JIMENEZ 03/10/2017 09:14:04		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	26/28
iGiz9ehnBDHTSRdgk08hjg==			



jurídicos.

DECIMO.- En aplicación del criterio objetivo o del vencimiento que en materia de costas procesales consagra el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, deben imponerse las mismas a la parte demandada BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A, al estimarse íntegramente la demanda.

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás de general y pertinente aplicación, y **en ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español me otorgan, y en nombre de S.M El Rey de España**

FALLO

QUE DEBO ESTIMAR Y ESTIMO la demanda interpuesta por [REDACTED], S.L., parte representada por la Procuradora de los Tribunales Sra. M^a. Trinidad Jiménez Écija, contra **BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.** parte representada por la Procuradora de los Tribunales Sra. M^a. Teresa Lobo Sánchez; **Y EN CONSECUENCIA:**

1º) DECLARO LA NULIDAD de la orden de 13 de octubre de 2009 para la adquisición de bonos subordinados necesariamente canajeables I/2009 y de la orden de canje por bonos obligatoriamente convertibles de 8 de mayo de 2012 S.A. II/2012.

2º) CONDENO a **BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.**, a estar y pasar por estas declaraciones, y a restituir a la demandante el total importe invertido con los intereses legales desde la inversión calculados hasta sentencia, menos el importe percibido en concepto rendimientos brutos, con sus respectivos intereses desde la fecha en que fueron percibidos y hasta sentencia, lo que se determinará en ejecución de esta; el importe así resultante devengará los intereses de mora procesal de la Ley de Enjuiciamiento Civil hasta el completo pago.

3º) CONDENO a **BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.**, al pago de las **COSTAS**.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que no es firme y que contra la misma cabe recurso de apelación que se interpondrá **en el plazo de VEINTE días** a contar del siguiente al de su notificación en este Juzgado, para ante la Ilma. Audiencia Provincial, de acuerdo con los artículos 458 y siguientes de la Ley 1/2000, de 7 de enero, en redacción dada a la misma por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal. Exigiéndose



Código Seguro de verificación: iGiz9ehnBDHTSRdgk08hjg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	ANTONIO JOSE PUNTAS MATA 02/10/2017 13:53:15	FECHA	03/10/2017
	MARIA TIRADO JIMENEZ 03/10/2017 09:14:04		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	27/28



iGiz9ehnBDHTSRdgk08hjg==



para la admisión a trámite del recurso la constitución del depósito previsto en la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, mediante la consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado de la cantidad pertinente, prevista en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Así, por esta mi Sentencia, cuyo original se llevará al Libro de Sentencias Civiles de este Juzgado, dejando en las actuaciones testimonio literal de la misma, definitivamente Juzgando en primera instancia, la pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia el día de su fecha por el Sr. Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública, por ante mí, la Sra. LETRADA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, de lo que doy fe.



Código Seguro de verificación: iGiz9ehnBDHTSRdgk08hjg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	ANTONIO JOSE PUNTAS MATA 02/10/2017 13:53:15	FECHA	03/10/2017
	MARIA TIRADO JIMENEZ 03/10/2017 09:14:04		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	28/28



iGiz9ehnBDHTSRdgk08hjg==