

**JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.8
PONFERRADA**

FECHA DE NOTIFICACIÓN

06/04/2021

SENTENCIA: 00037/2021

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

AV/ HUERTAS DEL SACRAMENTO 14, TEL: CIV.987451285 PENAL987451287
Teléfono: 987 45 12 87, Fax: .
Correo electrónico:

Equipo/usuario: MLC
Modelo: N04390

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000196 /2020

Procedimiento origen: 196 196 /2020

Sobre OTRAS MATERIAS

DEMANDANTE , DEMANDANTE D/ña.
Procurador/a Sr/a. ALEJANDRO TAHOCES BARBA, ALEJANDRO TAHOCES BARBA
Abogado/a Sr/a. RUBEN CUETO VALLVERDU, RUBEN CUETO VALLVERDU
DEMANDADO D/ña. BANCO SANTANDER SA
Procurador/a Sr/a. JUAN ALFONSO CONDE ALVAREZ
Abogado/a Sr/a.

S E N T E N C I A

JUEZ QUE LA DICTA: MARIA DEL PILAR DE LARA CIFUENTES.

Lugar: PONFERRADA.

Fecha: treinta y uno de marzo de dos mil veintiuno.

En Ponferrada, a 31 de marzo de 2021

Vistos por DÑA. M^a DEL PILAR DE LARA CIFUENTES, Magistrado, Juez Titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Número 8 de PONFERRADA , los presentes autos de **PROCESO DECLARATIVO ORDINARIO** que se han seguido ante este Juzgado con el número 196 / 2020 sobre ACCIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS Y SUBSIDIARIAMENTE NULIDAD CONTRACTUAL DEL CONTRATO DE ADQUISICIÓN DE BN BONOS SUBORDINADOS OBLIGATORIAMENTE CONVERTIBLES EN ACCIONES BANCO POPULAR I/12 VT°040418, en el que han sido partes :

1º) Como DEMANDANTE.- DON _____ Y DOÑA _____ , representados por el Procurador D _____

ALEJANDRO TAHOSES BARBAS, y asistidos por el Letrado RUBÉN CUETO VALLVERDÚ

2º) Y en calidad de DEMANDADA.- La entidad bancaria, BANCO SANTANDER, S.A. con CIF A-39000013 en la que actualmente está integrado BANCO POPULAR, S.A. representado por el Procurador de los tribunales D. JUAN ALFONSO CONDE ÁLVAREZ, y asistido por el Letrado D. AVARO ALARCÓN DÁVALOS

;de acuerdo con lo prevenido en el **artículo 117 de la Constitución Española**, ha pronunciado en nombre de S.M. El Rey, la siguiente:

SENTENCIA NUMERO

I.-ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el procurador de los tribunales , D ALEJANDRO TAHOSES BARBA, en nombre y representación de DON Y DOÑA se presentó escrito de demanda contra la ENTIDAD BANCARIA BANCO SANTANDER, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho considerados de aplicación, se terminó suplicando, que previos los trámites legales, se dicte sentencia por la que estimando íntegramente la demanda:

1.- Se declare que ha sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones de diligencia, lealtad e información en la comisión mercantil consistente en una venta asesorada del instrumento objeto de la presente demanda diligencia y, al amparo del **art. 1.101 del Código Civil**, se le condene a indemnizar a los actores por los daños y perjuicios causados, equivalentes a la pérdida de valor de sus inversiones, más los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda, minorado en las rentas recibidas por el actor más el interés legal desde su recepción. Esta pérdida de valor queda determinada por la diferencia entre el precio de adquisición del instrumento objeto de la presente demanda valorado en 28.000 €, minorada en las rentas recibidas más el interés legal desde su recepción.

2.- Subsidiariamente, se solicita que en caso de no considerarse lo anterior, se declare que BANCO SANTANDER, S.A. ha sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones de

seguimiento de la inversión e información permanente como comisionista, asesor de inversiones y custodio y, al amparo del **art. 1.101 del Código Civil**, se le condene a indemnizar a los actores por los daños y perjuicios causados por valor de 28.000 €, equivalentes a la pérdida de valor de sus inversiones, más los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda.

3.- Subsidiariamente, se decreten nulo de pleno derecho y sin efecto tanto el CONTRATO de ADQUISICIÓN DE BN BONOS SUBORDINADOS OBLIGATORIAMENTE CONVERTIBLES EN ACCIONES BANCO POPULAR I/12 VT°040418 por valor de 28.000 € DON

contra la entidad financiera BANCO SANTANDER, S.A y se condene la restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia del mismo, con sus frutos, sus gastos y el precio de sus intereses, conforme dispone el **Art. 1.303 del Código Civil**, de manera que las partes vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador.

4.-Se condene a la demandada a abonar las costas del procedimiento.

En síntesis, como fundamento factico de su pretensión, los actores alegan que en el año 2012, comerciales del Banco Popular les ofrecieron la adquisición de un producto que les publicitaron como muy bueno, sin riesgos, destinado a clientes excelentes del Banco, con una atractiva rentabilidad y con el capital asegurado al vencimiento, pero con la peculiaridad de que el cliente percibiría, en vez de dinero, títulos del Banco asegurándoles la ausencia de riesgos, aceptando la adquisición de los Bonos por valor de 28.000 €. En enero de 2014, empleados del Banco les comunican la amortización anticipada de los Bonos en acciones. En ningún momento, BANCO POPULAR, S.A. evaluó los conocimientos financieros ni la experiencia inversora en productos especulativos de los demandantes antes de la venta de los BONOS SUBORDINADOS OBLIGATORIAMENTE CONVERTIBLES, que les vendió como un valor fiable, sin riesgos, ni les proporcionó ningún tipo de información sobre la operación a realizar ni sobre los verdaderos riesgos que conllevaba el producto suscrito, ocultándoles la delicada situación financiera en la que se encontraba el Banco de la que se enterarían tiempo después por la prensa, ni de la intención de llevar a cabo movimientos societarios que repercutirían directamente sobre el valor de los BONOS actuando con una manifiesta deslealtad. Posteriormente, a medida que avanza el tiempo y a través de los medios de comunicación, los actores, se enteran de la preocupante situación del Banco Popular, con el que

mantenían una confianza inquebrantable , hasta que en fecha 7 de junio de 2017, fue intervenido y vendido al Banco Santander por 1€, enterándose entonces de la situación de quiebra en la que se encontraba y que conllevó que los actores perdieran todo su dinero, habiendo padecido un auténtico secuestro financiero por la suscripción de los BONOS SUBORDINADOS OBLIGATORIAMENTE CONVERTIBLES EN ACCIONES BANCO POPULAR I/12 VT°040418 . El resultado final fue que los demandantes contrataron un producto seguro según los empleados del BANCO POPULAR, S.A., con el capital invertido garantizado, pero que a la postre resultaría ser un producto altamente especulativo suponiéndoles una pérdida patrimonial del 100%. , siendo el único beneficiario de esta operación el BANCO POPULAR, S.A , que quebrantó los deberes de información y lealtad para con los clientes, lo que determina el nacimiento de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, por decreto de 29 de mayo de 2020, se emplazó a la demandada para que se personara en autos y la contestara, bajo apercibimiento, en otro caso, de ser declarada en situación de rebeldía procesal

TERCERO.- En plazo y forma se personó en autos la demandada, BANCO SANTANDER, presentando escrito de contestación, en el sentido de oponerse a la demanda interesando se dicte sentencia desestimatoria de la demanda, con imposición a la actora de las costas causadas.

Básicamente, alega los siguientes motivos de oposición:

1º) Con relación a la acción de responsabilidad por incumplimiento:

- prescripción de la acción de responsabilidad contractual y daños y perjuicios en virtud del art. 945 del C. de Comercio

- inexistencia de pérdidas y de nexo causal, toda vez que los demandantes firmaron una orden de suscripción de 28 títulos de Participaciones Preferentes por importe de 28.000 euros, que en abril de 2012, canjearon por "Bonos Subordinados Obligatoriamente Convertibles en acciones de Banco Popular Español, S.A. I/2012" por importe de 28.000 euros y que en fecha 27 de enero de 2014, se convirtieron en acciones de Banco Popular, sin que los demandantes, siendo libres para ello, decidieran vender los títulos en un mercado totalmente líquido como la Bolsa bajo el índice IBEX-35, sino que decidieron mantener los títulos en su cuenta de valores expuesta a las fluctuaciones de su cotización, que dependen del

mercado y no del banco demandado La operación cuestionada , lejos de provocar perdidas en los actores, les reportaron beneficios ya que en la operación de canje los actores recibieron acciones con un valor de cotización superior al de la inversión inicial, además de los rendimientos que la inversión en participaciones preferentes y bonos subordinados le fue reportando durante todos los años que duró la inversión. . Además, no se puede responsabilizar al Banco demandado de la decisión unilateral del cliente de mantener en cartera las acciones del Banco Popular percibidas, siendo fruto de esa decisión personal y exclusiva de la parte actora, el que las acciones fueron amortizadas, no por decisión del banco sino por decisión de la Junta Única de Resolución (JUR), y del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB), organismo encargado de implementar las decisiones adoptadas por la JUR (autoridad creada por el Real Decreto-Ley 9/2009).

-improcedencia de su ejercicio ante un supuesto incumplimiento de los deberes de información por parte de la entidad, que se niega , al haberse proporcionado a los clientes los folletos informativos necesarios, y haberles informado de la naturaleza de las obligaciones contratadas, puesto que dicha obligación debe prestarse en la fase precontractual ,tal y como ha establecido la doctrina del Tribunal Supremo

2º) Con relación a la Acción de nulidad absoluta , solo puede apreciarse cuando falta uno de los elementos esenciales del contrato (consentimiento, objeto y causa), estando todos los documentos debidamente firmados por la parte actora, por lo que resulta patente la existencia de consentimiento y sin que el invocado incumplimiento de los deberes de información , que la demandada niega, sea base para la prosperabilidad de una acción de nulidad absoluta

Finalmente, para el caso de que prosperara la estimación de la demanda, por un supuesto déficit informativo en la operación de canje de participaciones preferentes por Bonos I/2012, a fin de evitar la producción de una situación de enriquecimiento injusto tendría que tenerse en cuenta la vinculación con precedente operación de adquisición previa de participaciones preferentes que comportaría en el hipotético supuesto de que se declarase la nulidad de la orden de canje de los Bonos Subordinados, un claro perjuicio para la mercantil demandada , obligada a devolver el precio estipulado por las partes en el mencionado canje, debiéndose sólo descontar los rendimientos obtenidos desde su conversión en los Bonos V4-18, sin que pudiera la demandada solicitar la debida devolución de los rendimientos obtenidos con las

Participaciones Preferentes Serie . Además, teniendo en cuenta la particularidad de que en el momento del vencimiento los bonos subordinados se convirtieron en acciones, y que la parte actora pudo vender dichas acciones en ese mismo momento de finalización del contrato, la parte actora debe hacerse cargo de la bajada de la cotización de las acciones desde dicho momento hasta el momento de la presentación de la demanda. Consiguientemente, BANCO SANTANDER, devolvería a la parte actora la inversión, más los intereses legales, en tanto que la actora restituiría a BANCO SANTANDER las siguientes partidas:

- Los rendimientos BRUTOS percibidos por la parte demandante desde la fecha de suscripción de las participaciones preferentes hasta la conversión en acciones, más los intereses legales.

-El importe obtenido desde el canje en acciones en concepto de dividendos y los derivados de la venta de derechos de suscripción preferente, más los intereses legales.

-La diferencia entre el valor de las acciones en el momento de la finalización del contrato al momento de la presentación de la demanda

CUARTO.- En fecha 12 de agosto de 2020 se dictó diligencia de ordenación convocando a las partes para la celebración de la audiencia previa, señalando a tal fin el día 25 de noviembre de 2020

QUINTO.- En el día y a la hora señaladas se celebró el acto de audiencia previa, a la que comparecieron las partes debidamente representadas por sus procuradores y letrados.

Abierto el acto, se concedió la palabra a los respectivos letrados de las litigantes para que realizaran las alegaciones oportunas y se ratificaran en sus respectivos escritos de demanda y contestación , lo que así hicieron

Habiéndose objetado por la demandada , la excepción de prescripción , la actora se opuso, manifestando que dicha acción no ha prescrito, y que la demanda ha sido presentada antes de la fecha de prescripción

Su señoría acuerda que dicha excepción se resuelva en sentencia, al tratarse de una cuestión de fondo

Recibido el pleito a prueba por la parte actora se propuso los siguientes medios :

1.-documental por reproducida
2.-informe pericial de MANUEL JIMENEZ DIAZ, y ratificación de la pericial

Por la demandada, se propuso :

1.-documental por reproducida
2.-interrogatorio de los demandantes

Por S.S^a se admitió a tramite toda la prueba propuesta, señalándose como fecha para la celebración del juicio el día 8 de febrero de 2021 dándose por terminado el acto.

SEXTO.- En el día y a la hora señalados, se celebró el juicio al que asistieron las partes con sus respectivas representaciones procesales y direcciones técnico letrados

Abierto el acto se practicó la prueba admitida tras lo cual se concedió la palabra a las partes para que formularan sus conclusiones lo que así hicieron, declarándose los autos conclusos para dictar sentencia

SEPTIMO- En la tramitación del pleito se han observado las prescripciones legales .

II.-FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Acciones ejercitadas.Posición de las partes

Por la representación procesal de los demandantes se ejercitan, con fundamento en los **artículos 1.261, 6.3, 1.266, 1.300 y siguientes, y 1.101 del Código Civil**, distintas acciones articuladas de forma subsidiaria, por infracción de las normas imperativas recogidas en el **artículo 6.3 del Código Civil** y en la **Ley Nacional de Mercado de Valores**, de 28 de julio de 1988 , vigente hasta el 13 de noviembre de 2015, en que entró en vigor el **RD Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores**, afectante a la adquisición de bn bonos subordinados obligatoriamente convertibles en acciones del Banco Popular i/12 vt°040418 por valor de 28.000 € , así como a las operaciones posteriores de canje de tales títulos en acciones de la entidad. Primeramente, con carácter principal ,se interpone una acción de responsabilidad contractual por daños y perjuicios derivados de la negligencia de la entidad bancaria en el cumplimiento de sus obligaciones de diligencia , lealtad e información en la comisión mercantil, consistente en una venta asesorada del instrumento objeto de la demanda , al amparo de los **arts.1.089, 1.091,**

1.101, 1.124, 1.290 del Código Civil , y subsidiariamente a la anterior, una acción de indemnización por daños y perjuicios derivados de la negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones de seguimiento de la inversión e información permanente como comisionista, asesor de inversiones y custodio al amparo de **artículo 1101 del Código civil** . Y en defecto de las anteriores, se insta la declaración de nulidad de pleno derecho del contrato de adquisición de BN bonos subordinados obligatoriamente convertibles en acciones BANCO POPULAR I/12 VT°040418 por valor de 28.000 €, con los efectos del **Art. 1.303 del Código Civil**

Basa sus pretensiones la parte actora en los siguientes puntos:

- Que los actores son consumidores , clientes minoristas, con perfil ahorrador y tradicional , carentes de conocimientos en productos financieros o de inversión, que mantenían una relación muy estrecha de confianza tanto con la entidad BANCO POPULAR como con sus empleados y que bajo el asesoramiento de estos , en el año 2012 contrataron un producto que les fue ofrecido como la mejor inversión para sus ahorros, con una atractiva rentabilidad y con el capital asegurado al vencimiento , convirtiéndose en inversores agresivos sin conocerlo.

- Que en enero de 2014, empleados del Banco comunicaron a los demandantes que los Bonos se tenían que amortizar en acciones de forma anticipada y que el matrimonio mantuvo en su poder por la confianza depositada en el banco

- Que en fecha 7 de junio de 2017 , el Banco Popular fue intervenido y vendido al Banco Santander por 1 euro, tras lo cual comenzó la instrucción de Diligencias previas en la Sección 4ª de la Audiencia Nacional

La parte actora considera que en este proceso, el Banco incurrió en los siguientes incumplimientos contractuales:

1.-Incumplimiento de la obligación de información bancaria , prevista en los **artículos 208 y 209 de la Ley del Mercado de Valores** , que indujo a error en el consentimiento de los demandantes al no haber facilitado a los actores la necesaria información precontractual en la fase previa a la conclusión del contrato sobre las características del producto y la precisa información en la fase contractual mediante la documentación negocial exigible, por las siguientes razones:

- Con carácter previo a la venta de los BONOS SUBORDINADOS OBLIGATORIAMENTE CONVERTIBLES, la entidad BANCO POPULAR SA, no evaluó los conocimientos financieros ni la experiencia inversora en productos especulativos de los demandantes

- Tampoco se les facilitó información concreta y precisa sobre la operación a realizar ni sobre los verdaderos riesgos que conllevaba el producto suscrito

- Igualmente se les omitió la intención de llevar a cabo movimientos societarios que repercutirían directamente sobre el valor de los BONOS actuando con una manifiesta deslealtad

- Se ocultó a los actores, las dificultades económicas que ya entonces, atravesaba el banco, y de las que se enterarían tiempo después por la prensa, aparentando una situación de normalidad que en realidad no existía, hasta que finalmente estalló el escándalo el día 7 de junio de 2017, que conllevó a la amortización y pérdida de la inversión realizada, que los actores conocieron a través de los medios de comunicación

- El proceso de contratación no ofreció las garantías legales, puesto que no se facilitó información con la antelación suficiente, ni la claridad y transparencia exigibles en la contratación de un producto financiero de naturaleza compleja, teniendo en cuenta el perfil del cliente

-En el balance que se detalla en el resumen de la emisión no se describía la imagen fiel del banco

2.-Incumplimiento del deber de lealtad que se deriva del deber de buena fe contractual, consagrado en el artículo 7 del código civil, en los términos de los artículos 4.1, 5 y 7 de la Ley 29/2009 de 30 de diciembre de Competencia Desleal, cuando ha sido el propio banco el que tomó la iniciativa de la contratación y propuso el modelo de contrato, al haber omitido de forma intencionada la comunicación de los riesgos del producto financiero y la ocultación del carácter complejo, información sin ningún género de dudas, necesaria para adoptar una decisión en cuanto a la contratación del producto con el debido conocimiento de causa, no poder hacerlo líquido hasta su amortización, ofrecerlo como garantizado, generándole confusión y distorsionando su comportamiento económico a la hora de contratar los BONOS SUBORDINADOS NECESARIAMENTE CONVERTIBLES y al haberles ocultado información veraz sobre la realidad de la situación de insolvencia del banco

Tales incumplimientos llevaron a los actores al error de creer que adquirirían obligaciones de una empresa saneada incurriendo así en un error en el consentimiento, elemento esencial del contrato, suficiente para invalidarlo de acuerdo con los **artículos 1265 y 1266 del código civil**

Por su parte, la demandada, opone la prescripción de la acción de responsabilidad contractual y daños y perjuicios en virtud del art. 945 del C. de Comercio que establece un plazo de prescripción de la acción de TRES AÑOS, que habría transcurrido con creces, negando igualmente la existencia del nexo causal y la producción de perjuicios, toda vez que la operación ahora cuestionada, lejos de provocar pérdidas a los actores, les reportaron beneficios puesto que en la operación de canje llevada a cabo en 2014, los actores recibieron acciones con un valor de cotización superior al de la inversión inicial, además de los rendimientos que la inversión en participaciones preferentes y bonos subordinados les fue reportando durante todos los años que duró la inversión sin que se pueda responsabilizar al Banco de la decisión unilateral del cliente de mantener en cartera las acciones del Banco Popular percibidas, siendo fruto de esa decisión personal y exclusiva de la parte actora, el que las acciones fueron amortizadas, no por decisión del banco sino por decisión de la Junta Única de Resolución (JUR), y del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB), organismo encargado de implementar las decisiones adoptadas por la JUR (autoridad creada por el Real Decreto-Ley 9/2009).

Asimismo se niegan los incumplimientos denunciados, manifestando que los clientes recibieron información completa sobre la naturaleza de las obligaciones contratadas y sus riesgos, detallada en los folletos informativos, sin que por otra parte, la hipotética falta de cumplimiento de la obligación de información pueda provocar la declaración de nulidad absoluta

Finalmente, no puede perderse de vista que la operación litigiosa tiene su origen en la adquisición previa de Participaciones Preferentes, que en abril de 2012, fueron canjeadas por bonos por valor de 28.000 euros, a fin de evitar la producción de una situación de enriquecimiento injusto por lo que, BANCO SANTANDER, tendría que devolver a la parte actora la inversión, más los intereses legales, en tanto que la actora tendría que restituir a BANCO SANTANDER los rendimientos BRUTOS percibidos desde la fecha de suscripción de las participaciones preferentes hasta la conversión en acciones, así como el importe obtenido desde el canje en acciones en concepto de dividendos y los derivados de

la venta de derechos de suscripción preferente, en ambos casos con los intereses legales y la diferencia entre el valor de las acciones en el momento de la finalización del contrato al momento de la presentación de la demanda

SEGUNDO.- Naturaleza del producto contratado

A fin de resolver adecuadamente la presente litis, hemos de examinar con carácter previo el **tipo de producto** que en su día contrataron los litigantes con la demandada, su naturaleza y regulación legal, a fin de determinar si la información y explicaciones ofrecidas por la demandada en cuanto a sus características, funcionamiento y posibles riesgos fue adecuada, suficiente y diligente para que la parte actora emitiera o formara debidamente su consentimiento contractual y si, en su caso, se ha producido el incumplimiento contractual denunciado por los actores

En este sentido, recientes sentencias de la jurisprudencia menor y de nuestro Tribunal Supremo describen pormenorizadamente el producto contratado y sus características esenciales. Así, tal y como señala el **Tribunal Supremo**, en su **sentencia 54/2021 de fecha 5 de febrero de 2021**, con remisión a las **sentencias 337/2020, de 22 de junio y 411/2016, de 17 de junio**, "los bonos necesariamente convertibles son activos de inversión que se convierten en acciones automáticamente en una fecha determinada y, por tanto, el poseedor de estos bonos no tiene la opción, sino la seguridad, de que recibirá acciones en la fecha de intercambio. A su vencimiento, el inversor recibe un número prefijado de acciones, con el valor que tienen en esa fecha, por lo que no tiene la protección contra bajadas del precio de la acción que ofrecen los convertibles tradicionales. "

"Los bonos necesariamente convertibles ofrecen al inversor sólo una parte de la futura subida potencial de la acción a cambio de un cupón prefijado, y exponen al inversor a parte o a toda la bajada de la acción. Por ello, estos instrumentos están más cercanos al capital que a la deuda del emisor; y suelen tener, como ocurría en el caso resuelto por dicha sentencia y sucede también en éste, carácter subordinado."

"El **art. 79 bis 8 a) LMV** (actual art. 217 del Texto refundido de la Ley del Mercado de Valores aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre) considera los bonos necesariamente convertibles en acciones como **productos complejos**, por no estar incluidos en las excepciones previstas en el mismo precepto (así lo estima también la CNMV

en la Guía sobre catalogación de los instrumentos financieros como complejos o no complejos).

En efecto, el citado **art. 79 bis 8 a) LMV**, establecía que serían **PRODUCTOS NO COMPLEJOS**, los que cumplan todas y cada una de las siguientes cuatro características: a) que sean reembolsables en cualquier momento a precios conocidos por el público; b) que el inversor no pueda perder un importe superior a su coste de adquisición, es decir, a lo que invirtió inicialmente; c) que exista información pública, completa y comprensible para el inversor minorista, sobre las características del producto; y d) que no sean productos derivados. A sensu contrario, son **PRODUCTOS O INSTRUMENTOS FINANCIEROS COMPLEJOS** los que no cumplen con todas o alguna de las características anteriores. Los productos complejos pueden suponer mayor riesgo para el inversor, suelen tener menor liquidez (en ocasiones no es posible conocer su valor en un momento determinado) y, en definitiva, es más difícil entender tanto sus características como el riesgo que llevan asociado.

*"Además, si tenemos en cuenta que los bonos necesariamente convertibles en acciones del Banco Popular eran un producto financiero mediante el cual y, a través de distintas etapas, hasta llegar a la conversión en acciones ordinarias de esa misma entidad, el banco se recapitalizaba, siendo su principal característica que al inicio otorgaban un interés fijo, mientras duraba el bono, pero después, cuando el inversor se convertía en accionista del banco, la aportación adquiría las características de una inversión de renta variable, con el consiguiente riesgo de pérdida del capital invertido; **es claro que se trataba de un producto no solo complejo, sino también arriesgado**"*

Asimismo, *"Dado que, como consecuencia del canje, el inversor en obligaciones convertibles obtendrá acciones, podrá ser consciente, con independencia de su perfil o de su experiencia, de que, a partir de dicho canje, su inversión conlleva un riesgo de pérdidas, en función de la fluctuación de la cotización de tales acciones. Desde ese punto de vista, no resultaría relevante el error que haya consistido en una frustración de las expectativas del inversor sobre la evolución posterior del precio de las acciones recibidas. **Sino que el error relevante ha de consistir en el desconocimiento de la dinámica o desenvolvimiento del producto ofrecido, tal y como ha sido diseñado en las condiciones de la emisión y, en particular, en el desconocimiento de las condiciones de la determinación del precio por el que se valorarán las acciones que se cambiarán, puesto que, según cual sea este precio, se recibirá más o menos capital en acciones.**"*

En resumen, los bonos necesariamente convertibles en acciones son un producto complejo en atención a sus características especiales en la forma de canje, ecuación de conversión y obligación de canje anticipada para el adquirente, de modo que el producto contratado por los actores desborda el ámbito de la contratación bancaria tradicional, tratándose de un complejo producto financiero, no apto para cualquier contratante bancario, y cuya contratación requiere que la entidad bancaria despliegue una labor informativa pormenorizada, detallada, cabal y adecuada al perfil del contratante 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.

Como tal producto complejo y de alto riesgo, aparece calificado en el tríptico informativo de la entidad bancaria

TERCERO.- Prescripción

Con carácter previo al examen del fondo del asunto, hemos de examinar la excepción de prescripción de la acción de indemnización de daños y perjuicios, invocada por la demandada, que considera de aplicación el plazo de prescripción de tres años que establece el **artículo 945 del Código de comercio** que dispone que: "La responsabilidad de los agentes de Bolsa, corredores de comercio o intérpretes de buques, en las obligaciones que intervengan por razón de su oficio, prescribirá a los tres años".

Sin embargo, tal y como defienden los actores, esta norma no resulta de aplicación al caso de autos, por varias razones:

1.- En primer término, porque el contrato de asesoramiento financiero en el que nos encontramos es esencialmente diferente del de comisión o corretaje, por lo que la responsabilidad contractual derivada del mismo no está sometida al plazo prescriptivo del **artículo 945 del Código de Comercio** que se refiere a la responsabilidad de agentes de bolsa, corredores de comercio o intérpretes de buques.

2.-En segundo lugar porque no se está ejercitando las acciones a las que se refiere el **artículo 945 del Código de Comercio**, esto es, acciones directas de responsabilidad contra las sociedades de inversión y demás profesionales que operan en el mercado de valores en sustitución de los agentes de cambio y bolsa, sino que lo que se está ejercitando es

una acción de indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad contractual derivada de una deficiente información bancaria, que no está sujeta a ningún plazo de prescripción específico por lo que procede aplicar el plazo general previsto para las acciones personales del **art. 1964 CC**.

En efecto, el **Tribunal Supremo** ha diferenciado nítidamente en sus resoluciones los diversos plazos aplicables en este tipo de procedimientos sobre productos financieros complejos:

a) el plazo de prescripción de tres años del **artículo 945 CCom** para las acciones de responsabilidad de las sociedades de inversión

b) el plazo de cuatro años de caducidad, del **artículo 1301 CC** para las acciones de anulación del contrato por vicios del consentimiento

y c) el plazo de quince años, de prescripción, del **artículo 1964 CC** para el resto de las acciones (ahora reducido a un plazo de cinco años a partir de la **Ley 42/2015**).

Por ello, la solución a la cuestión planteada pasa por determinar qué acción se ejercita, y seguidamente aplicar el régimen legal correspondiente. En este caso los compradores ejercitan una acción de indemnización de daños y perjuicios derivada del incorrecto asesoramiento prestado por la demandada para la adquisición de un producto de su propiedad, que ella misma había emitido y comercializado, por lo que es patente que no estamos ante una acción de responsabilidad de una sociedad de inversión (cuya función, como la de los corredores y agentes, es esencialmente de intermediación), sino en la más amplia de daños y perjuicios en el ámbito contractual prevista en el **art. 1101 CC**, no resultando en consecuencia justificada la pretendida aplicación del artículo 945 CCom, siendo por tanto aplicable el plazo general de prescripción vigente en la fecha del contrato, que era de quince años (**art. 1964 CC**), reducido tras la reforma de 2015 a cinco años y conforme al cual no hay duda alguna de que la acción no estaba prescrita a la fecha de interposición de la demanda, si tenemos en cuenta lo estipulado en la **Disposición Transitoria Quinta de dicha Ley**: "Régimen de prescripción aplicable a las relaciones ya existentes. El tiempo de prescripción de las acciones personales que no tengan señalado término especial de prescripción, nacidas antes de la fecha de entrada en vigor de esta Ley, se regirá por lo dispuesto en el **artículo 1939 del Código Civil** ." y el

artículo 1.939 del CC , al que la misma se remite, dispone:
"La prescripción comenzada antes de la publicación de este Código se regirá por las leyes anteriores al mismo; pero si desde que fuere puesto en observancia transcurriese todo el tiempo en él exigido para la prescripción, surtirá ésta su efecto, aunque por dichas leyes anteriores se requiriese mayor lapso de tiempo."

CUARTO .- Acción principal ejercitada . Indemnización de daños y perjuicios

La acción principal ejercitada por la parte actora, es una acción de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento de los deberes de información en el marco de la relación de asesoramiento que propició la contratación del producto financiero, acción de responsabilidad con fundamento en el **artículo 1101 del Código Civil**, por haber incurrido la entidad en dolo o negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones por la defectuosa información prestada en el momento de la comercialización del producto.

Como pone de relieve la **Audiencia Provincial de León en su sentencia de fecha 25 de marzo de 2020**, es cierto que la posibilidad de estimar en estos supuestos la acción de indemnización de daños, **art. 1101 CC**, no era pacífica en las resoluciones de las Audiencias Provinciales, manteniendo algunas que la infracción del deber de información en cuanto que afecta a la formación del consentimiento no puede fundamentar una acción de reclamación de perjuicios por incumplimiento contractual, aunque también se admitía su ejercicio por otros Tribunales de Apelación. En esta polémica el **Tribunal Supremo en su Sentencia de fecha 15 de junio de 2015** , con remisión a la **sentencia 754/2014, de 30 de diciembre** , advierte que no cabía descartar que el incumplimiento grave de aquellos deberes y obligaciones contractuales de información al cliente y diligencia y lealtad respecto del asesoramiento financiero pueda constituir el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por los clientes como consecuencia de la pérdida, prácticamente total, del valor de las participaciones preferentes, aunque lógicamente es preciso justificar en qué consiste la relación de causalidad

La **Sentencia del TS de 11 de marzo de 2020** recuerda que sí cabe, y cita la **sentencia 677/2016, de 16 de noviembre** y otras anteriores, que, en el marco de una relación de asesoramiento prestado por una entidad de servicios financieros y a la vista del perfil e intereses de inversión

del cliente, pueda surgir una responsabilidad civil al amparo del art. 1101 CC, por el incumplimiento o cumplimiento negligente de las obligaciones surgidas de esa relación de asesoramiento financiero, que causa al inversor un perjuicio consistente en la pérdida total o parcial de su inversión, siempre y cuando exista una relación de causalidad entre el incumplimiento o cumplimiento negligente y el daño indemnizable. Esta doctrina fue ya acogida por las **sentencias 62/2019, de 31 de enero, y 303/2019, de 28 de mayo**. También la **sentencia de 20 de julio de 2017, número 472/2017**, en una pretensión fundamentada en el art 1.101 CC y en una relación de asesoramiento al cliente, declaró la obligación de resarcir los daños y perjuicios sufridos por la negligencia de la entidad en el cumplimiento de los deberes de información. Y la de **13 de septiembre de 2017, n.º 491/2017**, en un supuesto de vinculación de las partes por un contrato depósito y administración de valores, indicó en su parte final que el incumplimiento del deber de información al cliente puede dar lugar a la anulabilidad del contrato por error en el consentimiento o a una acción de indemnización por infracción de ese deber de informar que conecta a la fase precontractual de formación de voluntad previa a la celebración de contrato, pero que no puede dar lugar a una acción de resolución del contrato por incumplimiento porque este se refiere a la obligación contractual. Si bien **esta Sentencia del TS de 13-9-2017** también recuerda las **STS de 30-12-2014, 13-7-2015 y 10-7-2015** en las que no se descartó que el incumplimiento del deber de información y obligaciones contractuales y de la diligencia y lealtad en el asesoramiento financiero pueda constituir título jurídico de imputación de la responsabilidad por el daño causado al cliente, siempre que se justifique la relación causal. En idénticos términos, se pronuncia la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12ª, de 09 de julio de 2018** Y en la anterior **Sentencia 244/2013, de 18 de abril**, en la que se recoge que "el incumplimiento por el banco del incumplimiento grave de los deberes de información exigibles al profesional que opera en el mercado de valores en su relación con clientes potenciales o actuales "constituye el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por tales clientes como consecuencia de la pérdida casi absoluta de valor de las participaciones preferentes de Lehman Brothers adquiridas". Aunque esta sentencia se refiere a la responsabilidad por la actuación de la entidad prestadora de servicios financieros en el marco de un contrato de gestión discrecional de carteras de valores, tal responsabilidad se ha admitido no solo en el marco de un contrato de gestión discrecional de carteras de valores, sino con carácter general, de modo que la doctrina sobre las consecuencias del incumplimiento del estándar de

diligencia, resulta aplicable, en lo fundamental, respecto de las exigencias que el art. 79 bis 6 LMV (entonces vigente) impone a quien presta un servicio de asesoramiento financiero. En consecuencia, conforme a esta jurisprudencia, cabe ejercitar una acción de indemnización de daños y perjuicios basada en el incumplimiento de los deberes inherentes al test de idoneidad y a la consiguiente información a prestar al cliente minorista , siempre que de dicho incumplimiento se hubiera derivado el perjuicio que se pretende sea indemnizado.

En esta misma línea, la **Audiencia Provincial de Badajoz, en Sentencia de 20 de marzo de 2018** señala que: " La indemnización por responsabilidad contractual por defectuoso asesoramiento en la comercialización de productos financieros complejos está ya aceptada de modo pacífico por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. (entre otras, sentencia 81/2018, de 14 de febrero) de la que se desprende la aceptación de que el incumplimiento de los deberes de información por la entidad financiera puede dar lugar no solo a la anulabilidad del contrato por error vicio en el consentimiento, sino también a una indemnización por incumplimiento contractual, con fundamento en los **artículos 1101 y 1106 del Código Civil** por los daños provocados al cliente por la contratación del producto a consecuencia de una incorrecta información precontractual o un indebido asesoramiento.

Para el éxito de dicha pretensión, corresponderá a la parte actora -en virtud de las reglas que sobre la carga de la prueba se infieren de lo establecido por el **artículo 217 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil** - justificar, cumplida y suficientemente, el cumplimiento de los siguientes presupuestos fácticos :

1º)La conclusión entre las partes del contrato constitutivo de la relación jurídica que vinculaba a las mismas, y el contenido obligacional de dicho contrato.

2º)El presupuesto fáctico de la responsabilidad contractual atribuida -dolo, negligencia, morosidad, incumplimiento o contravención del tenor de la obligación

3º) La base fáctica de la realidad de los daños y perjuicios sufridos, esto es, la real existencia de los mismos.

4º)El nexo causal eficiente entre la conducta generadora de responsabilidad contractual y los daños y perjuicios producidos.

Descendiendo al caso concreto, no se cuestiona la vinculación contractual de las partes, reconocida por ambos litigantes, manifestando los demandantes, particularmente D JUAN RODRIGUEZ ,en su interrogatorio, que efectivamente contrató el producto ofrecido por el banco prestando su consentimiento a la realización de la operación cuestionada.

Tampoco se discrepa acerca de la cualidad de los actores como clientes minoristas ,lo que tendrá importantes repercusiones jurídicas derivadas de tal valoración .

Como dice la **STS de 30 de junio de 2015** , "ser cliente minorista implica una presunción de falta de conocimiento de los instrumentos financieros complejos y, consecuentemente, la existencia de una asimetría informativa que justifica la existencia de rigurosos deberes de información por parte de las empresas de inversión. Pero no significa que el cliente tenga que ser necesariamente un "ignorante financiero", pues puede ocurrir que clientes que no reúnan los rigurosos requisitos que la normativa MiFID exige para ser considerado como cliente profesional tengan, por su profesión o experiencia, conocimientos profundos de estos instrumentos financieros complejos que les permitan conocer la naturaleza del producto que contratan y los riesgos asociados a él, incluso en el caso de no recibir la información a que la normativa MiFID obliga .

En el supuesto de autos, tanto de la documental aportada como del interrogatorio de los demandantes, se infiere que estos son consumidores , con perfil ahorrador y tradicional que ni por su formación, ni por su condición profesional poseen conocimientos jurídicos ni financieros.

Por tanto, en el plano normativo les será de aplicación el **artículo 78 bis.1 de LMV y artículo 61 del RD 217/2008** (entonces vigentes) por lo que no se les presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos y, por tanto, son merecedores de la protección máxima.

Otro elemento relevante es que los productos suscritos no fueron solicitados por los de la entidad bancaria sino que fue ésta la que capta , busca y ofrece el producto a la parte actora , que terminó aceptando por la relación de confianza que existía con sus empleados, lo que supone claramente un servicio de asesoramiento, sin que sea necesario para entenderlo así que no llegara a formalizarse un contrato



formal o escrito , como tal , de asesoramiento entre las partes para que surja la obligación de diligencia y lealtad derivada de la naturaleza de tal contrato de asesoramiento, de la entidad bancaria, puesto que los contratos son lo que son independientemente de su denominación , en función de su contenido. Como señala la **sentencia del Tribunal Supremo núm. 102/2016, de 25 de febrero** , 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 .

En consecuencia, la actuación del Banco excede de una pura recomendación comercial y se convierte en una relación de asesoramiento, en la que durante todo el periodo de vigencia de la relación, el gestor tiene que explicar y asesorar al adquirente sobre la rentabilidad, los pros y contras de la inversión.

Es igualmente determinante que en esta relación, los consumidores no puedan negociar las cláusulas del contrato de adhesión que tienen que suscribir íntegramente y en el que no intervienen los comerciales del banco que atienden a los actores .

Es la confianza depositada en tales empleados que asesoran y venden ,la que motiva que los actores, firmen la operación, ya que se fían plenamente y a ciegas de lo que les dicen sobre la bondad del producto, sin siquiera acudir a asesoramiento de terceros

En este sentido, la **STS de 20 de enero 2014** , dice que se presta un servicio de asesoramiento cuando se efectúa "una recomendación personalizada a un inversor que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público".

De tal relación jurídica comercial surge la obligación de asesorar o informar convenientemente acerca de las características y riesgos de los productos contratados

Luego lo que resta, es determinar si en el caso presente, dicho asesoramiento se realizó de manera adecuada dando información completa y suficiente a los actores, clientes minoristas de los productos que se les ofrecían, antes de su contratación, de su naturaleza y de los riesgos que entrañaba su contratación

La **sentencia del Pleno de nuestro Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014**, (referida a otro producto complejo y de riesgo) dispone en su fundamento de derecho sexto relativo al alcance de los deberes de información: **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.**

Para entender bien el alcance de la normativa específica, denominada MiFID por ser las siglas del nombre en inglés de la Directiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instrumentos financieros (Markets in Financial Instruments Directive), de la que se desprenden específicos deberes de información por parte de la entidad financiera, debemos partir de la consideración de que estos deberes responden 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 (The Principles of European Contract Law-PECL-cuyo art. 1:201 bajo la rúbrica "Good faith and Fair dealing" ("Buena fe contractual"), dispone como deber general: "Each party must act in accordance with good faith and fair dealing" ("Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe"). Este genérico 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 en este caso los concretos riesgos que comporta el producto financiero que se pretende contratar.

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

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

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

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

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

La **sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 2 de marzo de 2018** señala que : Partiendo de la base de que los Bonos del Banco Popular Obligatoriamente convertibles y canjeables en acciones del propio Banco son un producto financiero complejo, lo que nadie discute, a modo de síntesis de la jurisprudencia de aplicación a la resolución del caso podemos señalar que:

1.-Tanto bajo la normativa MiFID, como bajo la PRE MiFID, en la comercialización de productos complejos por las entidades prestadoras de servicios financieros a inversores no profesionales existe una asimetría informativa, que impone el deber de suministrar al cliente una información comprensible y adecuada a las características del producto y de los concretos riesgos que puede comportar su contratación (STS 21/2016, de 3 de febrero , que cita la 588/2015, de 10 de noviembre y ésta, a su vez, la nº 840/2013, de 20 de enero de 2014 y la nº 742/2015, de 18 de diciembre).

2.-Cuando el ordenamiento jurídico impone un deber de informar detallada y claramente a la contraparte sobre las presuposiciones que constituyen la causa del contrato, como es el caso de los riesgos en la contratación de productos y servicios de inversión, y le impone esa obligación con carácter previo a la celebración del contrato y con suficiente antelación, lo que implica que debe facilitar la información correcta en la promoción y oferta de sus productos y servicios y no solamente en la documentación de formalización del contrato mediante condiciones generales, para que el potencial cliente pueda adoptar una inversión reflexiva y fundada, en tal caso, la omisión de esa información o la facilitación de una información inexacta, incompleta, poco clara o sin la antelación suficiente, determina que el error de la

contraparte haya de considerarse excusable (STS del pleno nº 840/2013, de 20 de enero de 2014).

3.-No basta con que la información aparezca en las cláusulas del contrato, sino que es preciso que se ilustre el funcionamiento del producto con ejemplos que pongan en evidencia los concretos riesgos (STS 689/2015, de 16 de diciembre , que aparece citada en la 21/2016, de 3 de febrero).

4.-Si no se acredita la entrega del folleto informativo ni la del documento de la orden de compra, no puede considerarse que la entidad bancaria cumpliera los especiales deberes de información que deberán proyectarse a la comercialización de estos productos complejos (STS nº 379/2015, de 7 de julio).

5.-La entidad financiera debe realizar al cliente un test de conveniencia, conforme a lo previsto en el art. 79 bis.7 LMV (art. 19.5 Directiva 2004/39/CE), cuando se prestan servicios que no conllevan asesoramiento. Se entiende por tales, los casos en que el prestatario del servicio opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada. Este test valora los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente, con la finalidad que la entidad pueda hacerse una idea de sus competencias en materia financiera. Esta evaluación debe determinar si el cliente es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión ofertado o demandado, para ser capaz de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa (STS de 20 de enero de 2014). Estas exigencias propias del test de conveniencia son menores que cuando debe valorarse la idoneidad del producto conforme al art. 79 bis.6 LMV (art. 19.4 Directiva 2004/39/CE). El test de idoneidad opera en caso de que se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras mediante la realización de una recomendación personalizada. La entidad financiera que preste estos servicios debe realizar un examen completo del cliente, mediante el denominado test de idoneidad, que suma el test de conveniencia (conocimientos y experiencias) a un informe sobre la situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y los objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del cliente, para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan (STS que se acaba de citar, de 20 de enero de 2014). La cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de

la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente (STS de 20.01.14 , que cita la STJUE de 30.05.13)

6.-La omisión en el cumplimiento de los deberes de información permite presumir la falta de conocimiento suficiente sobre el producto y los riesgos, pero tal presunción puede ser desvirtuada por la prueba de que el cliente tiene los conocimientos adecuados para entender la naturaleza del producto que contrata y los riesgos asociados (S.T.S. de 30 de noviembre de 2016).

7.-Lo que determina la nulidad del contrato no es el incumplimiento de las normas que regulan el mercado de valores y que obligan a la entidad financiera a suministrar una información clara, imparcial y con antelación suficiente al cliente sobre la naturaleza y riesgos del producto, sino el error vicio que esa falta de información provoca al cliente. Por eso el Tribunal supremo ha considerado correcta la desestimación de la demanda cuando estaba probado que se trataba de un cliente experto (STS de 30 de noviembre de 2016)

8.-La actuación en el mercado de valores exige un conocimiento experto, que no lo da la actuación empresarial en otros campos (STS nº 244/2013, de 18 de abril , citada en Sentencia del pleno nº 840/2013, de 20 de enero de 2014).

9.-Tampoco el hecho de tener un patrimonio considerable, lo que determina su calificación como cliente de banca privada (que es una calificación hecha por el Banco), determina por si solo que se trate de un cliente experto en inversiones. Tampoco que hubiera hecho algunas inversiones le convierte en cliente experto, a efectos de descartar el error y considerar correcta la desestimación de la demanda, si no se prueba que el Banco proporcionó al demandante una información adecuada para contratar el producto conociendo y asumiendo los riesgos de una inversión compleja y sin garantías (STS nº 244/2013, de 18 de abril , citada en sentencia del Pleno nº 840/2013, de 20 de enero de 2014).

10.-La contratación de algunos productos de inversión con el asesoramiento del Banco, sin que éste pruebe que la información que proporcionó fue la exigida por la normativa del mercado de valores, solo puede indicar la reiteración del Banco en su conducta incorrecta, no el carácter experto del cliente (STS nº 244/2013, de 18 de abril , citada en Sentencia del Pleno nº 840/2013, de 20 de enero de 2014).

En relación a la carga de la prueba sobre el correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, y sobre todo en el caso de productos de inversión complejos, como es el caso que nos ocupa, debe tenerse presente la **STS de 14 de noviembre de 2005** en la que se afirma que "la diligencia en el asesoramiento no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes" y en segundo lugar la carga probatoria acerca de tal extremo debe pesar sobre el profesional financiero, lo que resulta lógico desde la perspectiva de los clientes en tanto que para ellos se trataría de probar un hecho negativo como es probar la ausencia de dicha información.

En el supuesto de autos, tal y como resulta de la documental aportada, y del interrogatorio de los demandantes, única prueba desplegada, es obvio que los actores no fueron suficientemente informados con carácter previo a la contratación, de la naturaleza de los productos que adquirirían ni de los riesgos que asumían .

En el caso de . tan siquiera recuerda la venta , ni las operaciones litigiosas ya que es su marido el que se encargaba de las gestiones bancarias . Por su parte, niega que le explicaran nada ni tampoco preguntó mucho, añadiendo de forma bastante gráfica : " ... porque de esto no entiende , lo suyo era colocar cuatro ladrillos y lo que sabia hacer, de eso no preguntó" , dada la confianza que tenía depositada en el banco . En todo caso no le facilitaron documentación alguna ni le informaron de que el producto contratado, los bonos, se iban a convertir forzosamente en acciones, de cuya posesión se enteró con el traspaso del banco explicando que ulteriormente no vendió las acciones porque desconocía la operativa, ya que nadie le informo ni asesoró y cuando el banco pasó " del popular al Santander, le dijeron que eso había desaparecido"

Por tanto, se ha producido un Incumplimiento de la obligación de información bancaria , prevista en los artículos 208 y 209 de la Ley del Mercado de Valores , que indujo a error en el consentimiento de los demandantes al no haberseles facilitado la necesaria información precontractual en la fase previa a la conclusión del contrato sobre las características del producto y la precisa información en la fase contractual mediante la documentación negocial exigible , tal y como se infiere de los siguientes hechos :

- Con carácter previo a la venta de los BONOS SUBORDINADOS OBLIGATORIAMENTE CONVERTIBLES, la entidad BANCO POPULAR SA, no

evaluó los conocimientos financieros ni la experiencia inversora en productos especulativos de los demandantes, al no realizarles ni el test de conveniencia ni el test de idoneidad, con relación al cual, **la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de fecha 20 de enero de 2014** apunta: El test de idoneidad opera en caso de que se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras mediante la realización de una recomendación personalizada. La entidad financiera que preste estos servicios debe realizar un examen completo del cliente, mediante el denominado test de idoneidad, que suma el test de conveniencia (conocimientos y experiencia) a un informe sobre la situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y los objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del cliente, para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan. Para ello, especifica el art. 72 RD 217/2008, de 15 de febrero, las entidades financieras "deberán obtener de sus clientes(...) la información necesaria para que puedan comprender los datos esenciales de sus clientes y para que puedan disponer de una base razonable para pensar, teniendo en cuenta debidamente la naturaleza y el alcance del servicio prestado, que la transacción específica que debe recomendarse(...) cumple las siguientes condiciones: a) Responde a los objetivos de inversión del cliente. En este sentido, se incluirá, cuando proceda, información sobre el horizonte temporal deseado para la inversión, sus preferencias en relación a la asunción de riesgos, su perfil de riesgos, y las finalidades de la inversión. b) Es de tal naturaleza que el cliente puede, desde el punto de vista financiero, asumir cualquier riesgo de inversión que sea coherente con sus objetivos de inversión(...).c) Es de tal naturaleza que el cliente cuenta con la experiencia y los conocimientos necesarios para comprender los riesgos que implica la transacción(...).

- Tampoco se les facilitó información, ni verbal ni escrita, concreta, precisa y entendible, sobre la operación a realizar ni sobre los riesgos del producto financiero suscrito.

en el acto de su interrogatorio, no controvertido por ningún otro medio probatorio, manifiesta que tan siquiera conocía que con el tiempo, los bonos se habrían de transformar en acciones, y lo que de por sí implicaba un riesgo o posibilidad de pérdida de la inversión, dando a entender que contrató lo que le dijeron que tenían que contratar porque ajeno a la materia de financiación, se fió a ciegas de los empleados del banco donde siempre tuvo depositado su dinero

No consta tan siquiera que el banco hiciera entrega a los actores del folleto explicativo ni del tríptico que acompaña a su escrito de contestación. Pero incluso aún en el supuesto de que los actores hubieran recibido dicha documentación, tampoco se daría por válida y por cumplida la obligación que tiene la entidad bancaria de haberles ofrecido información sobre las características y riesgos de dicho producto financiero, por mucho que determinados aspectos, párrafos, palabras o frases se pudieran haber resaltado en mayúsculas, con letras en negrita o subrayados, tal y como se deriva de la **STS de 17 de junio de 2016** que establece que "el mero hecho de entregar un tríptico resumen del producto en el que se haga referencia a la fecha de valoración de las acciones no basta por sí mismo para dar por cumplida esta obligación de informar sobre el riesgo de pérdidas".

Tampoco existe ningún documento firmado por los clientes donde conste que estos declaran haber recibido información suficiente por parte de aquél sobre el producto contratado, que tampoco sería relevante, puesto que la **STS de 5 de octubre de 2016**, ha declarado, respecto a este tipo de documentos, que "las menciones predispuestas en los contratos, conforme a las cuales el cliente tenía capacidad para evaluar y entender (independientemente o a través de asesoramiento profesional) y había entendido los términos, condiciones y riesgos del contrato y de las operaciones a que el mismo se refería, carecen de trascendencia.

Podría haber aportado la demandada, de haber existido, la documentación precontractual con tal información firmada por los actores o haber llamado a prestar declaración testifical a los empleados del banco, gestores o comerciales, que se hubieran encargado de gestionar tales productos para declarar sobre la información que facilitaron a los demandantes antes de contratar sus productos. Pero no lo ha hecho y los efectos negativos de tal vacío probatorio han de soportarlos el banco, de conformidad con la norma contenida en el **artículo 217 LEC**, al corresponderle la carga de acreditar que proporcionó al cliente, a través de su representante legal, la información necesaria para comprender el alcance del producto financiero contratado, para que pudieran prestar un consentimiento cabal e informado sobre el mismo.

-Por otra parte, no consta que posteriormente a la suscripción, la entidad bancaria haya remitido información de la marcha del producto contratado. El actora lo ha negado tajantemente en su interrogatorio. Así al ser preguntado por

su letrado, rodriguez, SU LETRADO. El banco le llamaba para llamarle como iba el tema dice que no, nunca le llamaron

- Igualmente , se ocultó a los actores, la situación de dificultad económica que atravesaba el banco, simulando una inexistente situación de solvencia . La tergiversación de la situación financiera se acredita mediante el informe pericial elaborado por el Perito D Manuel Fernandez Aviar (economista y auditor) , suficientemente aclarado en el acto de la vista , llegando a concluir , entre otras cosas, que el Banco Popular desde el año 2007 ha venido enmascarando su situación financiera mediante la renovación de préstamos y créditos que no podían ser atendidos por las empresas del Sector Inmobiliario y PYMES. El Banco en vez de provisionar dichos prestamos, lo que hacía era renovarlos y cobrar nominalmente los intereses devengados y no pagados por los clientes, incluyéndolos en los nuevos préstamos en muchos casos. Esta situación que se detalla a lo largo de su extenso dictamen ha sido profusamente documentada en los diferentes informes analizados , tanto por el Banco de España, Banco Central Europeo, CNMV, el informe de Deloitte encargado por la JUR, Agencia Tributaria y Peritos del Banco de España en el informe presentado a la Audiencia Nacional" señalando que " El Banco Popular, estaba clasificado por el Banco de España desde el año 2008, como una entidad de riesgo alto, ya que desde el año 2007 ha venido enmascarando su situación financiera dilatando el reconocimiento de los deterioros de créditos a las empresas del sector Inmobiliario y Pymes basándose en la subjetividad de estimación de los deterioros en caso de estimación por parte de la entidad (política interna de estimación), y mediante la refinanciación de los créditos morosos transformándolo en nuevos créditos, estimando el Banco que tenían capacidad de devolución futura del crédito. "Señala igualmente que cuando en fecha 28 de septiembre de 2012 se hizo público el informe de OLIVER WYMAN, que estimaba que las necesidades de capital del sistema bancario español se acercan a 60.000 millones de euros, el Banco Popular salió muy mal parado del informe, ya que, Oliver Wyman aseguraba que el Popular tenía unas pérdidas latentes por su cartera de créditos de entre 15.078 y 22.374 millones. De ese rango, entre 9.500 y 13.000 son consecuencia de su exposición al sector promotor. Todas estas situaciones propiciaron que el Banco Popular tuviese que suspender la cotización de sus acciones en el mercado bursátil el 1/10/2012, el pago de dividendos y a anunciar una ampliación de capital de 2.500 millones de euros (14/11/2012) supuestamente para elevar las dotaciones por insolvencias hasta los 9.300 millones €, para cubrir las nuevas exigencias regulatorias mandados por los Reales Decretos ley RDL 2/2012 y

RD 18/2012 y aumentar al máximo las dotaciones para insolvencias estimadas para el escenario más adverso del sector inmobiliario, asumiendo pérdidas contables en 2.012 y poder volver a los niveles históricos de rentabilidad en 2.013 y 20014. La ampliación de capital del año 2012 no sirvió nada más que para cubrir unas pérdidas antes de impuestos de 2.939 Millones de Euros, pero sin que atajase los verdaderos problemas de solvencia que venía arrastrando desde el año 2007, como se puso de manifiesto en los siguientes años. Con mayor precisión, en el acto de la vista, el perito concluye que desde el año 2008, el Banco no reflejaba su imagen fiel. Los demandantes en todo momento, como miles de clientes, no tuvieron conocimiento real de la situación de insolvencia del banco, mas que por las noticias que se fueron publicando, sobre todo a raíz de la intervención de la entidad bancaria

Por todo ello, es claro que el banco no cumplió el estándar de diligencia, buena fe, e información completa, clara y precisa que le era exigible al proponer a la actora la adquisición de los bonos de BP que resultaron ser valores complejos y de alto riesgo Este incumplimiento grave de los deberes exigibles al profesional unido a la falta de conocimientos y experiencia suficiente del inversor para conocer el funcionamiento del producto, su alcance y riesgos, permite concluir que la prestación del consentimiento estaba viciada de error, al recaer sobre la esencia del producto financiero, (naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero) y excusable, en tanto el mismo habría estado provocado por el incumplimiento por parte de la entidad bancaria de su obligación de información, provocando los perjuicios económicos sufridos por los demandantes, cumpliéndose así el nexo causal, de donde se deriva la responsabilidad por incumplimiento contractual ex art. 1101 CC de los daños sufridos por los actores por parte del banco demandado

Por tanto procede estimar la demanda en su pretensión principal y, teniendo en cuenta que a la hora de liquidar los daños hay que detraer las ventajas obtenidas, condenar a la demandada a indemnizar a los actores por los daños y perjuicios causados, equivalentes a la pérdida de valor de sus inversiones, cuantificada en 28.000 euros, minorada en las rentas recibidas con sus intereses legales desde la fecha de la recepción

SEXTO-. Intereses

De conformidad con los la demandada habrá de abonar los intereses legales desde la fecha de la demanda

SEPTIMO. -Costas

De conformidad con lo previsto en el artículo 394 de la LEC, al haberse estimado íntegramente la demanda procede imponer las costas procesales causadas a la entidad bancaria demandada.

En atención a lo expuesto y vistos los preceptos legales citados , y demás de general y pertinente aplicación:

FALLO

Que **ESTIMANDO INTEGRAMENTE** la demanda interpuesta por DON .
representados por el Procurador de los Tribunales D. Alejandro Tahoces Barba contra BANCO SANTANDER, S.A , representada por el Procurador de los Tribunales D ALFONSO CONDE:

1.- DEBO DECLARAR Y DECLARO QUE BANCO SANTANDER, ha sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones de diligencia, lealtad e información en la comisión mercantil consistente en una venta asesorada del instrumento objeto de la presente demanda

2.-Y en su consecuencia, DEBO CONDENAR Y CONDENO a BANCO SANTANDER, a indemnizar a los actores por los daños y perjuicios causados, equivalentes a la pérdida de valor de sus inversiones, que quedará determinada por la diferencia entre el precio de adquisición del instrumento objeto de la presente demanda valorado en 28.000 €, minorada en las rentas recibidas más el interés legal desde su recepción, y todo ello con los intereses legales desde la fecha de la demanda

3.- DEBO CONDENAR A BANCO SANNTADER al pago de las costas procesales ocasionadas

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que la misma no es firme y que contra ella podrán interponer recurso de apelación, para su conocimiento por la Ilma. Audiencia Provincial de León

Así, por esta su sentencia, juzgando definitivamente en esta instancia, lo acuerda, manda y firma, María del Pilar De



Lara Cifuentes; magistrado Juez titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción 8 de Ponferrada; doy fe

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

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