

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA
SECCIÓN CUARTA**

PRESIDENTE ILMO. SR.

MAGISTRADOS, ILMOS. SRES.

**PROCEDENCIA: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO 10
DE MÁLAGA
JUICIO ORDINARIO [REDACTED]/2016
RECURSO DE APELACIÓN [REDACTED] 2021**

SENTENCIA N° 366/2022

En la ciudad de Málaga a siete de junio de dos mil veintidós.

Visto, por la sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Málaga, integrada por los Magistrados indicados al margen, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en el procedimiento de Juicio Ordinario [REDACTED] 2016 procedente del juzgado de Primera Instancia número 10 de Málaga, por la entidad BANCO SANTANDER, S.A. como sucesor de BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. tras la fusión por absorción de la entidad, parte demandada en la instancia, que comparece en esta alzada representada por el procurador Sr. [REDACTED] y defendida por la letrada Sra. [REDACTED]. Es parte recurrida [REDACTED] parte actora en la instancia, que comparece en esta alzada representada por la procuradora Sra. [REDACTED] y defendida por la letrada Sra. Rincón Pérez.





ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Magistrada del Juzgado de Primera Instancia número 10 de Málaga dictó sentencia el día 15 de febrero de 2019 en el procedimiento de Juicio Ordinario [REDACTED] /2016 cuyo fallo era del tenor literal siguiente:

“Que desestimando la excepción de caducidad de la acción, formulada por el Procurador [REDACTED] en nombre y representación de la entidad mercantil BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A (ahora BANCO SANTANDER, S.A), bajo la dirección Letrada de [REDACTED] y estimando la demanda de JUICIO ORDINARIO interpuesta por la Procuradora [REDACTED] en nombre y representación de [REDACTED] bajo la dirección Letrada de Doña Belén Rincón Pérez, frente a la entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL (ahora BANCO SANTANDER, S.A), DEBO DECLARAR Y DECLARO la nulidad de las órdenes de suscripción de los siguientes productos: a.- P.A.BPE. PREF.INTNAL.LTD “B”, ISIN KYG717151172, por importe de 12.000 euros (Documento número 1); b.- BONOS SUBORDINADOS DE BANCO POPULAR, S.A. I/2009, ISIN ES0370412001, importe 150.000 euros; c. PA. PREF.POPULAR CAPITAL S-D, ISIN ES1070412003, importe 15.000 euros; d.- BO.SUB.OB.CONV.B. POPULAR V4-18, ISIN ES0213790035, importe 15.000 euros ; e.- BO.SUB.OB.CONV.B. POPULAR V4-18, ISIN ES0213790035, importe 12.000 euros; f.- BO.SUB.OB.CONV.B. POPULAR V11-15, importes 75.000 euros y 75.000 euros, por inexistencia de consentimiento, DEBO CONDENAR Y CONDENO a BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A (ahora BANCO SANTANDER, S.A) a la devolución de los Ciento Setenta y Siete Mil euros (177.000 euros) invertidos, más el interés legal devengado a partir de la fecha de las respectivas suscripciones; interés que deberá incrementarse en dos puntos desde la fecha de dictado de la presente resolución hasta su completo pago, y DEBO CONDENAR Y CONDENO a los actores a devolver a favor de la entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A (ahora BANCO SANTANDER, S.A) 8.516 acciones recibidas por canje del producto BONO B SUB.OB. CONV. POPULAR V.11-15 y 6.137 acciones recibidas por canje del producto BO.SUB.OB.CONV.B. POPULAR V4-





18, ISIN ES0213790035, así como rendimientos derivados de las suscripciones que se anulan.

Todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada”.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la parte demandada y admitido a trámite, el juzgado realizó los preceptivos traslados y transcurrido el plazo elevó los autos a esta Sección de la Audiencia, donde se formó rollo y se ha turnado de ponencia. La votación y fallo ha tenido lugar el día 31 de mayo de 2022, quedando visto para sentencia.

TERCERO.- En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales en vigor.

Es ponente la Ilma. Sra. Magistrada D^a [REDACTED] quien expresa el parecer del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Interpone la representación procesal de la entidad BANCO SANTANDER, S.A. -como sucesor de BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.- recurso de apelación frente a la sentencia dictada en la instancia que estima la demanda interpuesta por [REDACTED] y declara la nulidad de los productos: a.- PA.BPE. PREF.INTNAL.LTD “B”, ISIN KYG717151172, por importe de 12.000 euros; b.- BONOS SUBORDINADOS DE BANCO POPULAR, S.A. I/2009, ISIN ES0370412001, importe 150.000 euros; c.- PA. PREF.POPULAR CAPITAL S-D, ISIN ES1070412003, importe 15.000 euros; d.- BO.SUB.OB.CONV.B. POPULAR V4-18, ISIN ES0213790035, importe 15.000 euros; e.- BO.SUB.OB.CONV.B. POPULAR V4-18, ISIN ES0213790035, importe 12.000 euros; y f.- BO.SUB.OB.CONV.B. POPULAR V11-15, importes 75.000 euros y 75.000 euros, y condena a la entidad bancaria a abonar la cantidad de 177.000 euros más intereses legales, debiendo los actores devolver a la entidad bancaria las acciones recibidas por canje de los productos así como los rendimientos obtenidos, imponiendo asimismo a la entidad bancaria las costas procesales.





Alega la parte recurrente como motivos de apelación: 1º) infracción del artículo 1.301 del Código Civil al no estimarse la caducidad de la acción de anulabilidad (motivo primero del recurso); y 2º) error en la valoración de la prueba que lleva a la Magistrada de Instancia a la estimación de la acción de anulabilidad sin que se hayan dado los requisitos necesarios para la prosperabilidad de la acción prevista en el art. 1.300 del CC (motivo segundo del recurso). Dedicó la parte el motivo tercero del recurso a efectuar una valoración de naturaleza del servicio prestado por Banco Popular, manteniendo la inexistencia de asesoramiento. Ad cautelam, la parte apelante alega en el motivo cuarto del recurso la extemporaneidad e improcedencia de la acción de incumplimiento contractual ex artículo 1.101 CC. Y finalmente dedica el motivo quinto (aunque por error se vuelve a enumerar como cuarto) a pronunciarse sobre las consecuencias de la estimación de la acción de nulidad o de la pretensión indemnizatoria solicitada al amparo del art. 1101 CC.

La parte apelada se opuso al recurso solicitando la confirmación de la sentencia dictada en la instancia.

SEGUNDO.- Realmente, de los términos del recurso se constata que el único motivo de apelación que invoca la parte es el error en la valoración de la prueba si bien circunscrito a distintos aspectos. Así considera que la Magistrada yerra al considerar que la acción de nulidad no está caducada y que asimismo incurre en error al valorar la prueba y concluir en que los contratos celebrados son nulos por vicio del consentimiento, así como que la actuación del banco fue una labor de asesoramiento. El resto del recurso se refiere a la acción de incumplimiento contractual para el caso de que en esta alzada no se confirme la nulidad acordada en la instancia y a las consecuencias económicas de cualquiera de dichas acciones.

En cuanto al error en la valoración de la prueba se refiere, esta Sala ha indicado en reiteradas ocasiones que el recurso ordinario de apelación es concebido como una simple revisión del procedimiento anterior seguido en la primera instancia, permitiendo al órgano "ad quem" conocer y resolver todas las cuestiones planteadas en el pleito -T.S. 1ª SS. de 6 de julio de 1962 y 13 de mayo





de 1992-. Por lo tanto, la Sala, en cuanto órgano "ad quem", tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el Juzgador de instancia, tanto en lo que afecta a los hechos ("quaestio facti") como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas por las partes ("quaestio iuris") para comprobar si la resolución recurrida se ajusta o no a las normas procesales y substantivas de aplicación al caso (SSTS. 21/abr/93 [RJ 1993, 3111], 18/feb/97 [RJ 1997, 1427], 5/may/97 [RJ 1997, 3669], 31/mar/98 [RJ 1998, 2038], y STC 15/ene/96 [RTC 1996, 3]. Ahora bien; resulta impensable que el proceso valorativo de las pruebas realizado por Jueces y Tribunales de instancia pueda ser sustituido por el practicado por uno de los litigantes contendientes, habida cuenta que la jurisprudencia viene estableciendo al respecto como a las partes les queda vetada la posibilidad de sustituir el criterio objetivo e imparcial de los Jueces por el suyo propio, debiendo prevalecer el practicado por éstos al contar con mayor objetividad que el parcial y subjetivo llevado a cabo por las partes en defensa de sus particulares intereses - T.S. 1ª SS. de 16 de junio de 1970, 14 de mayo de 1981, 22 de enero de 1986, 18 de noviembre de 1987, 30 de marzo de 1988, 18 de febrero de 1992, 1 de marzo y 28 de octubre de 1994, 3 y 20 de julio y 7 de octubre de 1995, 23 de noviembre de 1996, 29 de julio de 1998, 24 de julio de 2001, 20 de noviembre de 2002 y 3 de abril de 2003-, debiendo, por tanto, ser respetada la valoración probatoria de los órganos enjuiciadores en tanto no se demuestre que el juzgador incurrió en error de hecho, o que sus valoraciones resultan ilógicas, opuestas a las máximas de la experiencia o de las reglas de la sana crítica -T.S. 1ª SS. de 18 de abril de 1992, 15 de noviembre de 1997 y 9 de febrero de 1998, entre otras-.

Y extrapolada dicha jurisprudencia al caso de autos, tras un nuevo estudio de la prueba documental aportada a las actuaciones y el visionado de la grabación de la Audiencia Previa y Juicio Ordinario, la Sala alcanza las siguientes conclusiones.

TERCERO.- Para dotar de claridad la resolución del recurso se van a diferenciar los distintos productos contratados y resolver en atención a cada uno de ellos.





Así, no se discute que los productos contratados por [REDACTED]

fueron los siguientes:

1º) En fecha 10/07/2009 suscriben PARTICIPACIONES PREFERENTES INTNAL LTD "B" por un importe de 12.000 euros (doc. nº 1 de la demanda) que posteriormente en fecha 20/03/2012 son canjeadas por BONOS SUBORDINADOS OBLIGATORIAMENTE CONVERTIBLES POPULAR V 4-18 (doc. nº 3 de la contestación) que se convierten en acciones en fecha 06/01/2014 (doc. nº 22 de la demanda).

2º) En fecha 05/10/2009 D. [REDACTED] firma la orden de suscripción de BO POPULAR CAPITAL CONV. V 2013 ISIN ES0370412001 por importe de 75.000 euros (doc. nº 3 de la demanda). Este producto es canjeado en fecha 03/05/2012 por BO. SUB. OB. COV. POPULAR V.11-15 ISIN ES0313790059 (doc. nº 1 de la contestación a la demanda) que, a la fecha de su vencimiento, se convirtió en acciones de Banco Popular (doc. nº 27 de la demanda).

3º) En la misma fecha, 05/10/2009, Dª [REDACTED] suscribe asimismo BO POPULAR CAPITAL CONV. V 2013 ISIN ES0370412001 por importe de 75.000 euros (doc. nº 4 de la demanda) que es canjeado en fecha 07/05/2012 por el producto BO. SUB. OB. COV. POPULAR V.11-15 ISIN ES0313790059 (doc. nº 2 de la contestación a la demanda) que, a la fecha de su vencimiento, se convirtió en acciones de Banco Popular (doc. nº 28 de la demanda).

4º) En fecha 04/08/2010 suscriben PA PREF.POPULAR CAPITAL S-D con ISIN ES0170412003 por un nominal de 15.000 euros (doc. nº 5 de la demanda) que posteriormente son canjeadas en fecha 20/03/2012 por BONOS SUBORDINADOS OBLIGATORIAMENTE CONVERTIBLES POPULAR V 4-18 (doc. nº 4 de la contestación) que se convierten en acciones en fecha 06/01/2014 (doc. nº 22 de la demanda).

CUARTO.- Teniendo en cuenta lo expuesto, lo primero que cabe resolver es si la acción de anulabilidad por vicio en el consentimiento está o no caducada.

La Magistrada de Instancia rechaza la caducidad en el Fundamento de Derecho III de la sentencia, con cita de las sentencias del TS de fecha 12/01/2015, 19/02/2018 y 21/03/2018, entre otras, concluyendo que "*Con arreglo*





a la doctrina jurisprudencial expuesta, se estima que no es hasta el momento en que se produjo el canje de los bonos y participaciones en acciones del Banco Popular cuando se produce el cumplimiento de las prestaciones y además cuando los actores pudieron conocer los riesgos y el alcance económico de lo que habían contratado. De esta doctrina sentada por la sala resulta que a efectos del cómputo del dies a quo de la acción de nulidad del art. 1301 CC en el ámbito de contratos como el litigioso habrá que estar en las fechas en las que los actores pueden tener conocimiento del resigo que implicó la suscripción de estos productos bancarios, que se produce en el momento de la conversión, de modo que las participaciones preferentes se sitúa en el mes de diciembre de 2013 conforme al documento número 21 de los acompañados a la demanda y en el caso de los bonos en el mes de julio de 2015, a tenor del documento número 24 de la demanda. Por ello interpuesta la demanda a fecha de 29 de mayo de 2016 se entiende ejercitada dentro del plazo de cuatro años sin que se considere caducada la acción”.

Y ello es compartido por esta Sala. Así, esta Sala se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre la caducidad de la acción de anulabilidad en productos idénticos o similares al de autos (entre otros Rollo de Apelación 1008/2017) diciendo que el Tribunal Supremo, ya desde la sentencia 769/2014 de 12 de enero de 2015, venía sosteniendo que en los casos de contratos financieros complejos el día inicial para el cómputo del plazo de caducidad de la acción de anulabilidad por error vicio del consentimiento no puede quedar fijado antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error. Así se dijo en aquella sentencia y se ha venido reproduciendo en muchas posteriores, entre ellas la sentencia de fecha 20 de diciembre de 2016 y posteriormente en la sentencia de fecha 25 de octubre de 2017 donde se volvía a decir que *“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”*.

Y con posterioridad, y referida a las operaciones de canje de Preferentes por Bonos Subordinados, la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de marzo de





2018, también citada por la Magistrada de Instancia, mantuvo dicha doctrina diciendo que no puede identificarse la consumación del contrato con su perfección, haciendo referencia a la anterior sentencia de 12 de enero de 2015 y a la de 19 de febrero de 2018 y concluyendo que *“...a efectos del cómputo del dies a quo de la acción de nulidad del art. 1301 CC en el ámbito de contratos como el litigioso habrá que estar a la fecha del cumplimiento de las prestaciones de las partes, puesto que las liquidaciones que en este caso se producen a favor del cliente dependen de manera variable del valor de unos valores subyacentes”*.

Aplicando lo expuesto al caso de autos tenemos que: las PARTICIPACIONES PREFERENTES INTNAL LTD “B” por un importe de 12.000 euros (doc. nº 1 de la demanda) fueron canjeadas en fecha 20/03/2012 por BONOS SUBORDINADOS OBLIGATORIAMENTE CONVERTIBLES POPULAR V 4-18 (doc. nº 12 de la contestación) que se convierten en acciones en fecha 06/01/2014; y las participaciones PA PREF.POPULAR CAPITAL S-D con ISIN ES0170412003 fueron canjeadas en fecha 20/03/2012 por BONOS SUBORDINADOS OBLIGATORIAMENTE CONVERTIBLES POPULAR V 4-18 (doc. nº 13 de la contestación) que se convierten en acciones en fecha 06/01/2014. En cuanto a los BO POPULAR CAPITAL CONV. V 2013 ISIN ES0370412001 fueron canjeados en fecha 03/05/2012 por BO. SUB. OB. COV. POPULAR V.11-15 ISIN ES0313790059 (doc. nº 1 y 2 de la contestación a la demanda) que, a la fecha de su vencimiento, en el año 2015, se convirtieron en acciones de Banco Popular. Las operaciones de recompra del año 2012 fueron a instancias de la entidad bancaria, los únicos destinatarios eran los titulares de participaciones preferentes y la finalidad no era otra que fortalecer los recursos propios del banco. Además la recompra fue por el mismo valor nominal lo que impidió que el cliente pudiera ser consciente de los riesgos. Ahora bien; en fecha 06/01/2014 los valores denominados BO. SUB.OB.CONV.B.POPULAR V4-18 se canjean por ACCIONES BANCO POPULAR NUEVAS y en el año 2015 los BO. SUB. OB. COV. POPULAR V.11-15 ISIN ES0313790059 se convirtieron en acciones de Banco Popular. Es por tanto en ese momento cuando los actores apelados ya sí tienen conocimiento de las características y riesgos del producto pues al convertirse en accionistas del banco su inversión depende de la fluctuación de la cotización de las acciones. Y si partimos de dichas fechas -2014





y 2015- teniendo en cuenta que la demanda se interpone el día 29/05/2016, la acción no está caducada.

QUINTO.- Rechazada la caducidad de la acción de anulabilidad ejercitada, procede ahora analizar la alegación que realiza la parte apelante de que la Magistrada incurre en error en la valoración de la prueba que le lleva a declarar la nulidad de tales contratos por vicio en el consentimiento. En tal sentido mantiene la parte apelante que no se cumplen los requisitos para que prospere la acción de anulabilidad ya que es necesario que el error recaiga sobre la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración, de modo que se revele paladinamente su esencialidad; que debe existir un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado; y que debe ser excusable, en el sentido de que sea inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular.

El motivo también es desestimado.

La Magistrada de Instancia dedica el Fundamento de Derecho IV a valorar la naturaleza del producto contratado y la prueba aportada en orden a determinar si la información proporcionada fue suficiente. Y el FD V de la sentencia a analizar el error como vicio del consentimiento, concluyendo que *“En el caso que nos ocupa, ha de declararse la nulidad del contrato celebrado atendiendo a la deficiente y difícilmente comprensible información proporcionada por la entidad demandada acerca de los productos contratados, su objeto, contenido, alcance y riesgos, la carencia de conocimientos financieros especializados en este tipo de productos financieros complejo y en el comportamiento del mercado, estando la parte demandada, obligada legalmente a suministrar una determinada y adecuada información, de tal forma que si no lo hace ello determina que se impute el error a quien hubiera tenido posibilidad de eliminarlo al menor coste (excusabilidad del error). Este proceder del banco, redactor de los contratos y conminado en nuestro Ordenamiento Jurídico a proporcionar una información adecuada al cliente, determina que nos hallemos ante un error esencial e invalidante del consentimiento de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1.265 C.C. pues, a consecuencia de lo anterior, Don [REDACTED] y*





██████████ desconocían qué contrataba realmente y ni siquiera tomó conocimiento sobre el verdadero riesgo que asumía y sobre el coste que le supondría cancelar anticipadamente el contrato”.

Y ello es también compartido por esta Sala.

Así, por lo que respecta al error vicio del consentimiento, la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 11 de enero de 2019, rec. 651/2016 establece:

“En cuanto al error vicio del consentimiento, hemos dicho en múltiples resoluciones, que por reiteradas y conocidas es ocioso citar, 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. La normativa del mercado de valores, incluida la 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. (...) Por último, conforme a la doctrina reiterada de esta sala, entre otras la contenida en la sentencia 244/2013, de 18 de abril, debe destacarse que la obligación de información que establece la normativa legal es una obligación





activa que obliga al banco, no una obligación de mera disponibilidad; por lo que el cumplimiento de dicha obligación no puede dejarse a las iniciativas que presenten los propios clientes, pues sin conocimientos expertos en el mercado de valores, los clientes no pueden saber qué información concreta deben buscar ellos mismos, o requerir al profesional”.

El deber de información viene impuesto a las entidades bancarias tanto por el principio general de buena fe como por la normativa específica relativa a los servicios financieros. La obligación de información de la entidad bancaria es incuestionable, tanto si se considera que existía una labor de asesoramiento -lo que se analizará en líneas posteriores- como si se considera una mera intermediadora o comercializadora. Por lo tanto se analizará la prueba practicada para determinar si la información proporcionada en el caso de autos fue la correcta.

La entidad bancaria mantuvo en su contestación a la demanda que se limitó a ejecutar la orden de valores y que su deber no era el de prestar asesoramiento financiero sobre el producto (lo que se analizará posteriormente). En cualquier caso mantuvo que se proporcionó al cliente toda la información necesaria. Ahora bien; de la documentación aportada se constata lo siguiente. Con respecto a la suscripción de las participaciones preferentes por importe de 12.000€ el 10 de julio de 2009 y por importe de 15.000€ el 4 de agosto de 2010 no consta que fuese entregada información alguna antes de su contratación. Únicamente obra en autos la contratación y el canje. No consta que fuese realizado test de conveniencia ni que se entregase al cliente folleto informativo alguno. Con respecto a la suscripción de los Bonos convertibles por importe total de de 150.000€ (75.000 euros suscritos por cada uno de los actores apelados), consta aportada la última hoja del resumen explicativo con sello de la entidad de 5 de noviembre de 2009, esto es, después de la contratación que se hace en fecha 03/10/2009. Y con respecto a la suscripción por canje de los Bonos convertibles V 4-18 y de los Bonos Convertibles V 11-15, sí consta que se entregó mayor documentación pero no que la misma fuese convenientemente explicada a los clientes, siendo que el test de conveniencia únicamente fue realizado a D^a [REDACTED]. Como dice la sentencia del TS de 17 de junio de 2016 “...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...” siendo la obligación de información una obligación activa y no de mera disponibilidad.

En definitiva, de la prueba obrante en autos no puede concluirse que se informase convenientemente a los actores apelados del riesgo de los distintos productos que se suscribían y sobre todo de las consecuencias de la operación de canje y la forma de producirse dicho canje. Consta que la profesión del Sr. [REDACTED] era la de agricultor y que la [REDACTED] era ama de casa y, efectivamente, habían suscrito productos anteriores, Participaciones de Unión Fenosa Financial Service y Fondo de Inversión EUROVALOR BOLSA ESPAÑOLA, pero no de las características de los que son objeto de autos, sin que ello pueda llevar a concluir que los mismos tuvieran conocimientos financieros suficientes para conocer la operativa de los productos cuestionados, resultando insuficiente la documentación que les fue entregada y que fue aportada por la entidad bancaria en su contestación a la demanda.

La sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17 de junio de 2016, dictada sobre bonos subordinados convertibles en acciones del Banco Popular Español, S.A., se refiere en el Fundamento de Derecho VI a los deberes de información y el error del consentimiento en los contratos de inversión en el siguiente sentido:

“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 las sentencias 489/2015, de 16 de septiembre, y 102/2016, de 25 de febrero, 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 (RJ 2013, 4938).*

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 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”.

Y en el Fundamento de Derecho VII se refiere a la información sobre los riesgos y establece:

“1.- La normativa del mercado de valores -básicamente el art. 11 de la Directiva 1993/22/CEE, de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, el art. 79 bis LMV y el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero- 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.

2.- En el caso concreto de los bonos necesariamente convertibles en acciones, el riesgo no deriva de la falta de liquidez, puesto que al vencimiento el inversor recibirá unas acciones que cotizan en un mercado secundario; sino que dependerá de que las acciones recibidas tengan o no un valor de cotización bursátil equivalente al capital invertido. En consecuencia, para que el inversor pueda valorar correctamente el riesgo de su inversión, deberá ser informado del procedimiento que se va a seguir para calcular el número de acciones que recibirá en la fecha estipulada para la conversión y si este número de acciones se calculase con arreglo a su precio de cotización bursátil, el momento que servirá de referencia para fijar su valor, si es que éste no coincide con el momento de la conversión. Cuando con arreglo a las condiciones de una emisión de obligaciones necesariamente convertibles en acciones, no coincida el momento de la conversión en acciones con el momento en que han de ser valoradas éstas para determinar el número de las que se entregarán a cada inversor, recae sobre los inversores el riesgo de depreciación de las acciones de la entidad entre ambos momentos.

3.- El quid de la información no está en lo que suceda a partir del canje, puesto que cualquier inversor conoce que el valor de las acciones que cotizan en bolsa puede oscilar al alza o a la baja. Sino en lo que sucede antes del canje, es decir, que al inversor le quede claro que las acciones que va a recibir no tienen





por qué tener un valor necesariamente equivalente al precio al que compró los bonos, sino que pueden tener un valor bursátil inferior, en cuyo caso habrá perdido, ya en la fecha del canje, todo o parte de la inversión.

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

Es decir, la empresa que presta el servicio de inversión debe informar al cliente de las condiciones de la conversión en acciones de las que deriva el riesgo de pérdidas al realizarse el canje. El mero hecho de entregar un tríptico resumen del producto en el que se haga referencia a la fecha de valoración de las acciones no basta por sí mismo para dar por cumplida esta obligación de informar sobre el riesgo de pérdidas.

4.- Las sentencias de esta Sala núm. 460/2014, de 10 de septiembre, y núm. 769/2014, de 12 de enero de 2015, declararon que, en este tipo de contratos, la empresa que presta servicios de inversión tiene el deber de informar, y de hacerlo con suficiente antelación, conforme al art. 11 de la Directiva 1993/22/CEE, de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, el art. 79 bis LMV y el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero. No se cumple este requisito cuando tal información se ha omitido en la oferta o asesoramiento al cliente en relación a tal servicio o producto, y en este caso hubo asesoramiento, en tanto que el cliente adquirió los bonos u obligaciones convertibles porque les fueron ofrecidos por empleados del Banco Popular. Como dijimos en la sentencia 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.

5.- En este caso, conforme a lo declarado probado por la sentencia recurrida, no consta que hubiera esa información previa, y ni siquiera la información que aparecía en la orden de compra del producto, prerredactada por la entidad financiera, era adecuada, puesto que no se explicaba cuál era su naturaleza, ni los riesgos que se asumían en función de la fecha de conversión. Según dijimos en las ya citadas sentencias de Pleno núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, 460/2014, de 10 de septiembre, y 769/2014 de 12 enero de 2015, el incumplimiento por las empresas que operan en los mercados de valores de los deberes de información, por sí mismo, no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes puede incidir en la apreciación del error, y más concretamente en su carácter excusable.

En consecuencia, el incumplimiento por la recurrente del estándar de información sobre las características de la inversión que ofrecía a su cliente, y en concreto sobre las circunstancias determinantes del riesgo, comporta que el error de la demandante sea excusable. Quien ha sufrido el error merece en este caso la protección del ordenamiento jurídico puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba y asesoraba.

Además, como también hemos declarado en las sentencias antes citadas, para la entidad de servicios de inversión la obligación de información que establece la normativa legal del mercado de valores es una obligación activa, no de mera disponibilidad. Es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, no sus clientes, inversores no profesionales, quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión y formular las correspondientes preguntas. Sin





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

Aplicando dicha doctrina al caso de autos y atendiendo a la documentación ya analizada hemos de concluir, al igual que la Magistrada de Instancia, que no se cumplió debidamente con el deber de información. Y esa falta de información es lo que dio lugar al vicio en el consentimiento que se alega, confirmando la sentencia de instancia en cuanto a la declaración de nulidad por vicio en el consentimiento.

SEXTO.- Pero cabe también analizar la alegación que hace la parte apelante en orden a la naturaleza del servicio prestado por Banco Popular y la inexistencia de asesoramiento.

La Magistrada de Instancia se refiere a ello en el Fundamento de Derecho IV.

En el caso de autos los actores fueron claros tanto en su demanda como en su declaración prestada en el acto de juicio, manifestando que eran clientes de Banco Popular “de toda la vida” y que se dejaban aconsejar por los empleados del banco, en concreto por el empleado de la entidad bancaria de la oficina ██████ de ██████ a la hora de contratar los productos. Ninguna prueba ha practicado la contraparte que indique lo contrario. No se trataba de una mera comercialización ya que la iniciativa partía de la entidad. En tal sentido el Tribunal Supremo en la sentencia de fecha 17 de junio de 2016 ya dijo que “...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 hallándonos ante la prestación de un servicio de asesoramiento en materia de inversiones mediante la realización de una recomendación personalizada, ha quedado cumplidamente acreditado que la entidad financiera no efectuó un examen completo del cliente, sus conocimientos y experiencia, situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y los objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad), para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convenían.

SÉPTIMO.- Confirmada la sentencia de instancia en cuanto a la nulidad de los contratos resulta innecesario entrar a analizar el motivo cuarto del recurso formulado ad cautelam y que se refería a la extemporaneidad e improcedente ejercicio subsidiario de la acción de incumplimiento contractual.

Pero sí debemos hacer referencia a la alegación quinta que se refería a las consecuencias de la estimación de la acción de nulidad (o de la pretensión indemnizatoria) solicitada al amparo del art. 1101 CC. Expone la parte apelante que la consecuencia jurídica de dicha declaración de nulidad es la obligación de restitución y de forma recíproca de todas las prestaciones efectuadas (art. 1303 del CC) pero que, en el supuesto de autos, las acciones que los actores apelados deberían devolver ya no existen como consecuencia de la decisión adoptada por la Junta Única de Resolución (JUR) y por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB) en el mes de junio de 2017 por lo que no se puede hacer a la entidad responsable de la fluctuación negativa de las acciones desde la fecha de vencimiento hasta la interposición de la demanda, dado que los clientes pudieron vender sus acciones en dicho momento pero decidieron voluntariamente mantener su inversión debiendo ser los clientes los que asuman el riesgo de depreciación que haya podido producirse desde el canje de los bonos por acciones hasta la presentación de la demanda. Por lo tanto, respecto de la restitución de las prestaciones como consecuencia de la estimación de la acción de nulidad, la apelante mantiene que debe reconocerse el valor de las acciones al momento en el que éstas pudieron ser vendidas por su titular, más los rendimientos brutos generados por los productos, con la aplicación del interés legal.

Ahora bien; la declaración de nulidad lleva consigo inherentes los efectos previstos en el art. 1303 del CC, esto es, los contratantes deben restituirse





recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses. Y a eso se refiere el Fallo de la sentencia dictada en la instancia. La alegación que hace ahora la apelante y que no fue puesta de manifiesto en la instancia (tégase en cuenta que el juicio se celebró en fecha 05/07/2018) deberá ser en su caso objeto de la ejecución de la sentencia en que deberá darse cumplimiento a lo ordenado en la misma sin que quepa efectuar pronunciamiento alguno es esta alzada.

Todo lo expuesto lleva en definitiva a la desestimación del recurso de apelación y la confirmación de la sentencia dictada en la instancia.

OCTAVO.- En cuanto a las costas causadas en esta alzada, desestimado el recurso de apelación y de conformidad con lo dispuesto en el art. 398 de la LEC, procede su imposición a la parte recurrente.

De conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial aprobada por la Ley Orgánica 1/09 de 3 de noviembre, dése al depósito constituido el destino legal.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Desestimando el recurso de apelación interpuesto por el procurador Sr. Domingo Corpas en nombre y representación de BANCO SANTANDER, S.A. como sucesor de BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. contra la sentencia de fecha 15 de febrero de 2019 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Málaga en el procedimiento de juicio ordinario [REDACTED]/2016, **debemos confirmar y confirmamos dicha resolución**, con imposición a la parte recurrente de las costas de esta alzada.

Dése al depósito constituido el destino legal.





Notificada que sea la presente resolución remítase testimonio de la misma, en unión de los autos principales al Juzgado de Instancia, interesando acuse de recibo.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior resolución por la Ilma. Sra. Magistrado Ponente, estando celebrando Audiencia Pública. 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 tutela 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."

