

Expediente 2018-534

Cliente... X
Contrario : Banco Popular Español S.A.
Asunto... : PROCEDIMIENTO ORDINARIO 1413/18
Juzgado.. : PRIMERA INSTANCIA 1 IBIZA

Resumen

Resolución

27.04.2020

LEXNET

SENTENCIA DE FECHA 20/4/2020: ESTIMO la demanda presentada a instancias de x con la representación procesal del Procurador de los Tribunales D. José Luis Marí Abellán y la dirección letrada de D. Juan Luis Pérez Gómez- Moran contra BANCO SANTANDER S.A.

Saludos Cordiales



JDO. PRIMERA INSTANCIA N.1 EIVISSA

SENTENCIA: 00155/2020

SENTENCIA N° 155/2020

En Eivissa, a 20 de febrero de 2020.

Vistos per mí, Francesc Lacueva Abad, Magistrado Juez titular del Juzgado de Primera Instancia n° 1 de Eivissa, los autos de juicio ordinario n° 1413/18, a instancias de X con la representación procesal del Procurador de los Tribunales D. José Luis Marí Abellán y la dirección letrada de D. Juan Luis Pérez Gómez-Moran contra BANCO SANTANDER S.A. con la representación procesal de la Procuradora de los Tribunales D^a. x y la dirección letrada de D. x

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte actora presentó demanda de juicio ordinario en la que reclamaba las siguientes peticiones, de las que se respeta su literalidad y el *nomen iuris* utilizado. Así las cosas, solicita, se acuerde: "1. Declarar la nulidad o anulabilidad de la orden de suscripción de OB. SUB. BCO POP. 8,25%, VT 10-21 por importe de 15.000 euros de fecha 19 de octubre de 2011, por existencia de vicios del consentimiento otorgado al actor y/e infracción de normas imperativas aplicables, condenando a BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. a la devolución al actor del precio de compra del producto financiero, 15.000 euros, más gastos y comisiones cobrados, menos los rendimientos o frutos percibidos durante la vigencia de los contrato, sumando a dichas cantidades los intereses que legalmente correspondan conforme art. 576 de la de la LEC. 2. Subsidiariamente, que se declare el derecho del actor a ser indemnizado por los daños y perjuicios ocasionados con origen en falsedades y omisiones en la información del producto financiero, en la intermediación en su adquisición e incumplimientos contractuales al momento de suscripción del producto financiero y durante la vigencia del mismo, en cuantía de 24.000 euros, más gastos y comisiones, menos los



rendimientos o frutos percibidos durante la vigencia del contrato y menos el precio de canje en fecha de conversión forzosa -o en su defecto del precio de canje a fecha de interposición de la demanda - , más el interés legal que corresponda; y condene al BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. a pagar dicha suma”.

La demanda se presentó con relación expresa de los extremos fácticos sobre los que se apoyaba las pretensiones accionada y con mención de la fundamentación jurídica que se estimó por la parte de aplicación.

SEGUNDO.- Una vez admitida la demanda, se trasladó a la parte demandada para que la contestara en el plazo de 20 días hábiles. La entidad bancaria demandada presentó escrito de contestación a la demanda cursada de contrario y solicitó que se dicte sentencia por la que se desestime la demanda en toda su extensión, con expresa imposición de costas al actor.

TERCERO.- La audiencia previa del juicio ordinario se celebró con las partes constitutivas del proceso. Durante dicho trámite la transacción que se posibilita resultó infructuosa y, una vez fijados los hechos controvertidos, se propuso la prueba considerada necesaria por cada una de las partes determinantes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Todas las pretensiones de las partes constitutivas del proceso han tomado como cauce procesal la normativa reguladora del juicio ordinario (artículo 249 de la LEC en relación con los artículos 399 a 436 del mismo cuerpo procesal).

Antes de concretar la legislación aplicable, resulta necesario deslindar las peticiones de cada una de las partes constitutivas, así como el sustrato fáctico condicionante de las mismas.



Tal y como se puede observar en la demanda rectora, el actor, *ut supra* identificado, dada su condición de consumidor, y con un perfil conservador, suscribió "15 OB. SUB. BCOPOP. 8,25% VT 10-21 POR NOMINAL DE 15.000 EUROS". Según nos relata, "el director de la sucursal no tuvo en cuenta su carencia de formación financiera, ni las expectativas de inversión pretendidas.

En la demanda se relatan parte de los pormenores de la contratación, y destaca los siguientes extremos: "- en ningún caso es una simple compra de acciones. - el banco se reserva el derecho a hacer toda clase de compensaciones por pérdidas en otras cuentas de los clientes. - el ordenante hace constar que recibe copia de la presente orden, que conoce su contenido y trascendencia, sin que conste recibida información alguna sobre los riesgos asumidos. - También se dice que el ordenante ha sido informado de la tarifa de comisiones y gastos aplicables a la operación. - No informa ni cuantifica riesgo alguno asumido, tampoco determina ni describe el producto financiero ofrecido y suscrito".

En la demanda se denuncia el incumplimiento de los deberes sobre información previa del banco, por lo que "no puede considerarse cumplida la normativa MIFID".

En la demanda se exponen las consideraciones que le merecen el tipo de operación practicada por parte del banco.

Una vez aportadas las referidas explicaciones, se nos indica que el banco acordó, el 17 de abril de 2012, la conversión de la emisión inicial de "bonos subordinados canjeables.

Por su parte, la entidad bancaria demandada, a través de su escrito de contestación, decide describir el producto contractado. Nos dice que "se está en presencia de un producto (obligaciones subordinadas de una entidad financiera cotizada) consistente en la suscripción de títulos de renta fija emitidos por el Banco Popular, con vencimiento a diez años, asumiendo la subordinación de los valores en el orden de prelación de cobro en caso de



insolvencia". La retribución era de un 8,25% anual, superior a la convencional, lo que suponía admitir, a título de contrapartida, la subordinación directamente relacionada con la situación del emisor.

La demandada sostiene que la estructura del producto contratado era clara, como su propia denominación sugiere.

La demandada tiene a bien describir el proceso de resolución del Banco Popular, condicionado, según también se nos cuenta, por las autoridades europeas competentes.

Se nos dice que el demandante se encontraba perfectamente informado de la situación del banco, pero que, a pesar de ello, mantuvo sus títulos, aun cuando hubiera podido vender sus obligaciones en el mercado secundario.

La demandada expone también las razones y motivaciones de la venta de las acciones al Banco Santander, S.A.

La demandada considera caducada la acción de anulabilidad. También nos dice que informó debidamente a la parte actora del riesgo asumido con la contratación.

Respecto de la acción indemnizatoria, la considera prescrita, e incompatible con la desestimación de la acción de anulabilidad. Considera que no cabe la indicada acción por supuestos incumplimientos de obligaciones precontractuales de información.

Relata, en un alarde de información reiterada varias veces, que el demandante tuvo suficiente conocimiento del producto que contrataba. Se incide en la aprobación a que a tal efecto realizó la CNMV.



En la demanda se documenta, la información que se remitía a los clientes sobre la situación del banco, tras la emisión de obligaciones subordinadas de 2011. También se reseña la documentación correspondiente a la información vinculada con los resultados de cuarto trimestre de 2016 y primer trimestre de 2017.

Por último, la demandada niega la existencia de asesoramiento financiero con el actor.

Vistas todas estas consideraciones, sintéticamente esbozadas y extraídas de las tomas de posición de las partes constitutivas (artículo 5 LEC) se procederá a desarrollar el *iter* argumental de la presente. Con posterioridad se analizará la realidad jurídica de las reclamaciones cursadas, junto con la valoración de toda la *probatio* efectuada en el presente juicio. Verificación probatoria que se llevará a cabo de forma conjunta y, a su vez, pormenorizada.

SEGUNDO.- El proceso es el método heterocompositivo por excelencia de resolución de conflictos intersubjetivos y sociales. Ello exige la integración de la *causa petendi* con todo un material probatorio, lleno a su vez de medios probatorios, que intenten mudar los hechos controvertidos en hechos probados. No se puede olvidar que el parámetro de verdad que valida *ex ratione* cada resolución busca y proviene de un fundamento de verdad procesal. No estamos ante una verdad material o empírica sino ante una verdad procesal, o lo que algún autor recientemente a denominado, realidad virtual. Estas explicaciones teóricas permiten delimitar las fronteras de lo que se puede perseguir a través de la Justicia civil.

Tal y como recuerda la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, de 17 de junio 2016, "la Ley 47/2007, de 19 de noviembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores, tuvo como finalidad la incorporación al ordenamiento jurídico español de tres directivas



europas: la Directiva 2004/39/CE, la Directiva 2006/73/CE y la Directiva 2006/49/CE. Las dos primeras, junto con el Reglamento (CE) 1287/2006, de directa aplicación desde su entrada en vigor el 1 de noviembre de 2007, constituyen lo que se conoce como normativa " MiFID " (acrónimo de la Directiva de los Mercados de Instrumentos Financieros, en inglés *Markets in Financial Instruments Directive*), que creó un marco jurídico único armonizado en toda la Unión Europea para los mercados de instrumentos financieros y la prestación de servicios de inversión. Esta incorporación de MiFID a nuestro Derecho supuso una modificación sustancial de la LMV y su normativa de desarrollo respecto de su ámbito de aplicación, la regulación de los mercados de instrumentos financieros y de las empresas de servicios de inversión, las normas de conducta en los mercados de valores y el régimen de supervisión, inspección y disciplina.

En cuanto a la categorización de los clientes, antes de la reforma las entidades tenían que ofrecer un trato homogéneo y cumplir las mismas normas de conducta respecto de todos sus clientes, independientemente del nivel de conocimientos o experiencia que tuvieran. Por el contrario, la *Ley 47/2007, introduciendo un nuevo art. 78 bis* en la LMV, las obliga a clasificar al cliente en tres categorías: cliente minorista, cliente profesional y contraparte elegible, a los efectos de dispensarles distintos niveles de protección. El cliente minorista es la categoría residual en la que hay que clasificar a quienes no puedan ser considerados clientes profesionales o contrapartes elegibles (o hayan pedido no ser tratados como tales). Al cliente minorista se le debe otorgar el mayor nivel de protección, estando obligada la entidad que le presta servicios de inversión a cumplir todas las normas de conducta. El cliente profesional es aquél al que se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos. Por



tal motivo se le puede otorgar un menor nivel de protección, en particular, respecto de la obligación de conocerlo o de facilitarle información. Tienen la consideración de clientes profesionales las entidades financieras y demás personas jurídicas que, para poder operar en los mercados financieros, hayan de ser autorizadas o reguladas por Estados, sean o no miembros de la Unión Europea, los Estados y Administraciones regionales, los organismos públicos que gestionen la deuda pública, los bancos centrales y organismos internacionales y supranacionales, y los empresarios que cumplan ciertas condiciones en cuanto a volumen del activo, cifra anual de negocio o recursos propios, los inversores institucionales y aquellos otros que lo soliciten, renuncien de forma expresa a su tratamiento como clientes minoristas y satisfagan ciertos requisitos relacionados con su experiencia y conocimientos".

La sentencia indicada define el instrumento financiero objeto de la presente contienda judicial y de la siguiente manera: "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, a un precio determinado, 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, ..., carácter subordinado".

La sentencia añade que "según la clasificación de los productos financieros realizada por 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), son 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. El propio art. 79 bis 8 a) LMV parte de dicha diferenciación y 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)".

La sentencia indicada recapitula los criterios jurídicos que sigue el Alto Tribunal respecto del error del consentimiento. Así, se nos dice que "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.

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](#)).

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.

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](#)".



Por lo que se refiere, ya en ultimo lugar, a la información que todo contratante debe recibir cuando se decide a contratar dichos productos financieros, la sentencia indicada nos recuerda que "la normativa del mercado de valores -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.



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

El *quid* de la información no está en lo que suceda a partir del canje, puesto que cualquier inversor conoce que el valor de las acciones que cotizan en bolsa puede oscilar al alza o a la baja. Sino en lo que sucede antes del canje, es decir, que al inversor le quede claro que las acciones que va a recibir no tienen por qué tener un valor necesariamente equivalente al precio al que compró los bonos, sino que pueden tener un valor bursátil inferior, en cuyo caso habrá perdido, ya en la fecha del canje, todo o parte de la inversión.

Dado que, como consecuencia del canje, el inversor en obligaciones convertibles obtendrá acciones, podrá ser consciente, con independencia de su perfil o de su experiencia, de que, a partir de dicho canje, su inversión conlleva un riesgo de pérdidas, en función de la fluctuación de la



cotización de tales acciones. Desde ese punto de vista, no resultaría relevante el error que haya consistido en una frustración de las expectativas del inversor sobre la evolución posterior del precio de las acciones recibidas. Sino que el error relevante ha de consistir en el desconocimiento de la dinámica o desenvolvimiento del producto ofrecido, tal y como ha sido diseñado en las condiciones de la emisión y, en particular, en el desconocimiento de las condiciones de la determinación del precio por el que se valorarán las acciones 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.

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".

Vistos los criterios jurisprudenciales indicados, se debe valorar la prueba practicada, no sin antes entrar a resolver la caducidad de la acción planteada por la parte demandada.

TERCERO.- La parte demandada considera caducada la acción por aplicación del artículo 1301 CC, cuya dirección hermenéutica ha sido condicionada por el Tribunal Supremo, sobre todo por lo que se refiere al *dies a quo* que se regula en el mismo precepto indicado.

Así, no está de más recordar la sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de diciembre de 2016, (718/2016), cuando expone que "no puede confundirse la consumación del contrato a que hace mención el art. 1301 del Código Civil, con la perfección del mismo...la consumación del contrato tiene lugar cuando se produce la realización de todas las obligaciones cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes o cuando se hayan consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó". La sentencia indicada, respecto de los contratos de tracto sucesivo, haciendo cita de la sentencia núm. 569/2003, nos indica que "el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo", así como que "la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó."



Así las cosas, la jurisprudencia sostiene que "se exige con ello una situación en la que se haya alcanzado la definitiva configuración de la situación jurídica resultante del contrato, situación en la que cobran pleno sentido los efectos restitutorios de la declaración de nulidad. Y, además, al haberse alcanzado esta definitiva configuración, se posibilita que el contratante legitimado, mostrando una diligencia razonable, pueda haber tenido conocimiento del vicio del consentimiento, lo que no ocurriría con la mera perfección del contrato que se produce por la concurrencia del consentimiento de ambos contratantes.

Así, "al interpretar hoy el art. 1301 del Código Civil en relación con las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento, no puede obviarse el criterio interpretativo relativo a "la realidad social del tiempo en que [las normas] han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas", tal como establece el art. 3 del Código Civil.

"La diferencia de complejidad entre las relaciones contractuales en las que a finales del siglo XIX podía producirse con más facilidad el error en el consentimiento, y los contratos bancarios, financieros y de inversión actuales, es considerable. Por ello, en casos como el que es objeto del recurso no puede interpretarse la "consumación del contrato" como si de un negocio jurídico simple se tratara. En la fecha en que el art. 1301 del Código Civil fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la "actio nata", conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de



la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (art. 4:113).

En definitiva, tal y como condensa la jurisprudencia, "no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento." Por ello, "en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error.

Proyectadas al caso de autos las consideraciones jurisprudenciales indicadas, no podemos considerar caducada la acción ejercitada por la actora. Así, aun cuando se trata de una contratación que se produce en el año 2009, se produce el canje por bonos convertibles en 2012. De todos modos, resulta evidente que el actor desconocía los reales riesgos de la inversión inicial realizada hasta la crisis del banco a principios de 2017; fecha a partir de la cual ha podido calibrar los posibles perjuicios sufridos.



En consecuencia, pues, la acción de anulabilidad no puede considerarse caducada, ni prescrita, desde el momento en que la demanda se presenta el día 23 de octubre de 2018.

CUARTO.- Vista la documental incorporada a la causa, tampoco podemos olvidar la efectividad del artículo 217 LEC que establece las reglas de distribución de la carga de la prueba.

El material probatorio aportado por la parte demandante, a través de su postulación procesal, permite asumir buena parte de sus pedimentos, y ello a pesar de las reglas de distribución de la carga de probatoria.

En consecuencia, resulta probado el incumplimiento por la demandada del estándar de información sobre las características de la inversión que ofrecía a su cliente, y en concreto sobre las circunstancias determinantes del riesgo, lo que comporta que el error del actor sea excusable. Así, tal y como sostiene nuestro Alto Tribunal, "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, 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”.

Por todo lo expuesto, así pues, la demanda debe estimarse. Se accede al *petitum* cursado de forma principal, en toda su extensión.

QUINTO.- Ex art. 394.1 LEC, se imponen las costas a la parte demandada.

FALLO

De conformidad con la normativa aplicada y tomando en debida consideración los criterios jurídicos expuestos **ESTIMO** la demanda presentada a instancias de X con la representación procesal del Procurador de los Tribunales D. José Luis Marí Abellán y la dirección letrada de D. Juan Luis Pérez Gómez- Moran contra BANCO SANTANDER S.A. con la representación procesal de la Procuradora de los Tribunales D^a. xx y la dirección letrada de D. xxx.

Se declara la nulidad de la orden de suscripción de OB. SUB. BCO POP. 8,25%, VT 10-21 por importe de 15.000 euros de fecha 19 de octubre de 2011, condenando a la demandada a la devolución al actor del precio de compra del producto financiero, 15.000 euros, más gastos y comisiones cobrados, menos los rendimientos o frutos percibidos durante la vigencia del contrato, sumando a dichas cantidades los intereses desde la fecha de la interpelación judicial.

Se imponen las costas a la parte demandada.

Notifíquese a las partes la presente resolución en forma de sentencia.



Las partes pueden interponer recurso de apelación dentro del plazo de 20 días contados desde el día siguiente a la notificación de la presente que se presentará y preparará ante este Juzgado y cuya resolución corresponde a la Audiencia Provincial de Baleares.

Así por esta que es mi sentencia, lo acuerdo, mando y firmo. Francesc Lacueva Abad, Magistrado Juez titular del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Eivissa.

