

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN Nº 2 DE BALAGUER

PROCEDIMIENTO: JUICIO ORDINARIO 16/2018

SENTENCIA 44/19

En Balaguer, a 4 marzo de 2019.

D. ADRIÁN GOÑI GUEMBE, Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Balaguer, habiendo visto los presentes autos de juicio ordinario promovidos por la Procuradora de los Tribunales Dña. ELISABET JORQUERA MESTRES, en nombre y representación de D. X y D. X, asistidos en calidad de letrado por D. JUAN LUIS PEREZ GOMEZ-MORAN, contra BANCO DE SANTANDER SA, representado por la Procuradora Dña. X y asistida por las Letradas X , dicta la siguiente sentencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Procurador de los Tribunales demandante, en el nombre y representación que acreditó, formuló ante este Juzgado demanda de juicio ordinario contra el mencionado demandado, alegando, en apoyo de sus pretensiones, los hechos y los fundamentos de derecho que consideró de aplicación al caso, y terminó suplicando al juzgado que dictase sentencia por la que se declarase la nulidad, por error del consentimiento, de los contratos de compra de obligaciones subordinadas condenando, asimismo, a la actora, a restituir a la entidad demandada todas las cantidades percibidas como consecuencia de las obligaciones adquiridas más los intereses legales desde su devengo.

Subsidiariamente, se condenase a la parte contraria a satisfacer una indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de contrato (falta de información).

Todo ello con expresa condena en costas.

Segundo. Admitida a trámite la demanda, se dio traslado a la demandada para que compareciese y contestase a la demanda en el plazo de veinte días, lo que hizo en el sentido de oponerse, alegando en apoyo de sus pretensiones, los hechos y los fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso y terminó suplicando al juzgado el dictado de una sentencia que desestimase las pretensiones del actor; con imposición de costas a esa parte.

Tercero. Convocadas las partes a la preceptiva audiencia al juicio que señala la ley, y llegado que fue el día señalado, comparecieron ambas, exhortándose a las mismas para que llegaran a un acuerdo, que no se logró, afirmándose y ratificándose en sus respectivos escritos de demanda y contestación, y realizando las manifestaciones que obran en autos y solicitando el recibimiento del pleito a prueba, todo lo cual consta debidamente registrado en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen, con el resultado que obra en autos.

Cuarto. Acordando el recibimiento del pleito a prueba, a instancia de ambas partes, y llegado que fue el día señalado para el juicio, se practicó la prueba propuesta y admitida en los términos que consta en la grabación. Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones, quedando las actuaciones vistas para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Planteamiento del litigio. La parte actora invoca una serie de incumplimientos por parte de la entidad financiera demandada que, en definitiva, se dirigen a buscar la declaración de nulidad del contrato de compra de deuda subordinada por error en la prestación del consentimiento contractual y por incumplimiento de la normativa específica para contratar este tipo de productos.

La parte demandada alega, en primer lugar, que la acción de nulidad ejercitada está

caducada. Considera también que lo que trata la demanda es de atribuir al banco un riesgo que correspondía pechar a los actores. Entiende que la información facilitada por la entidad sí cumplió con todas las garantías, aportando para ello toda una serie de documentación firmada por la actora en la que se explicaba las características y riesgos del producto contratado.

Así las cosas, deviene necesario realizar un análisis inicial de la naturaleza jurídica y regulación de estos productos, obligaciones subordinadas, en este caso, necesariamente convertibles en acciones.

Las obligaciones o deuda subordinada se encontraba regulada en la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros (actualmente derogada por la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito), que las incluía entre los recursos propios de las entidades de créditos (artículo 7), y desarrollada por el Decreto 216/2008, de 15 de febrero, regulador de los recursos propios de las entidades financieras.

Se define por exclusión como toda aquella financiación que presenta la característica de que sus titulares, en caso de prelación de créditos, van tras los acreedores comunes y por delante de los preferentistas y accionistas. Por tanto, se trata de títulos valores de renta fija con rendimiento explícito emitidos normalmente por entidades de crédito que ofrecen una rentabilidad mayor que otros activos de deuda. Sin embargo, esta mayor rentabilidad se logra a cambio de perder capacidad de cobro en caso de extinción y posterior liquidación de la sociedad. Asimismo, sólo cabe liquidarlos con antelación a ese momento acudiendo a un mercado secundario. Esta deuda es considerada, junto a las participaciones preferentes, un instrumento híbrido de capital, en el sentido de que cumple ciertos requisitos que lo asemejan parcialmente al capital ordinario de las entidades de crédito, y es computable como recursos propios de las entidades. La normativa bancaria los conceptúa como productos complejos y de riesgo.

De este modo, la deuda subordinada, cumple, al igual que las participaciones preferentes, una función financiera de la entidad y computan como recursos propios.

Los artículos 12 y 14 del Decreto 216/2008 refrendan la función de garantía de la financiación subordinada frente a terceros que contraten con la entidad, estableciendo un plazo de duración mínimo de 5 años, no permitiendo cláusulas de rescate, reembolso o

amortización anticipada salvo en caso de liquidación del emisor o de autorización expresa del Banco de España, aunque facultando al emisor para sustituir el pago de la remuneración convenida por la entrega de acciones de la entidad, siempre que se preserven sus recursos financieros.

En resumen, entre sus características destacan, a) su rango inferior, b) ausencia de toda preferencia, c) alto riesgo por falta de garantías (no se halla cubierto por el Fondo de Garantía de Depósitos y únicamente cuenta con la garantía del emisor), d) baja liquidez mediante venta en el mercado secundario) y e) posibilidad de pérdidas ilimitadas.

La antes referida Directiva 2009/111/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, no califica las obligaciones subordinadas como instrumento de deuda, sino como instrumento de capital híbrido al que se ha de aplicar el mismo tratamiento contable y financiero que reciben los recursos propios de la entidad de crédito emisora, de ahí que una primera aproximación a esta figura nos lleva a definirla como un producto financiero que presenta altos niveles de riesgo y complejidad en su estructura y condiciones, como así se reconoce en la exposición de motivos del RDL 24/2012 de reestructuración y resolución de entidades de crédito (BOE de 31 de agosto de 2012).

En la misma línea el Banco de España las define como instrumento de renta fija emitido con características inferiores a las emisiones normales, principalmente porque su titular queda por detrás de todos los acreedores comunes en preferencia de cobro (orden de prelación).

Por último, las obligaciones subordinadas se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, por incluirse entre los valores negociables a los que es de aplicación (artículo 2). Y también, al amparo del artículo 79 bis 8 a) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, podemos calificarlo como producto complejo. En efecto, el referido precepto califica de no complejo dos categorías de valores: a) acciones admitidas a negociación en un mercado regulado o en un mercado equivalente de un tercer país, instrumentos del mercado monetario, obligaciones u otras formas de deuda titulizadas, (salvo que incorporen un derivado implícito), instituciones de inversión colectiva armonizadas a nivel europeo; b) instrumentos financieros que cumplan tres condiciones: b.1) que existan posibilidades frecuentes de venta, reembolso u otro tipo de liquidación de dicho instrumento financiero a precios públicamente disponibles para los miembros en el mercado y que sean precios de mercado o precios ofrecidos, o validados, por sistemas de evaluación

independientes del emisor, b.2) que no impliquen pérdidas reales o potenciales para el cliente que excedan del coste de adquisición del instrumento, b.3) que exista a disposición del público información suficiente sobre sus características. Esta información deberá ser comprensible de modo que permita a un cliente minorista medio emitir un juicio fundado para decidir si realiza una operación en ese instrumento.

Por lo que no incardinándose las obligaciones subordinadas en ninguno de los supuestos anteriores, podemos calificarlo de producto financiero complejo.

Finalmente, no podemos olvidar que la comercialización masiva de obligaciones subordinadas y participaciones preferentes por las entidades bancarias en los últimos años se ha debido fundamentalmente, como ya se ha hecho eco la jurisprudencia menor, a la necesidad de financiación de determinadas entidades financieras y dotarse de mayor liquidez, ya que de esta forma, mediante la suscripción de estos productos se transformaba su pasivo (depósitos y otras formas de ahorro de los clientes) en patrimonio neto.

Segundo. De las acciones ejercitadas. La acción de nulidad contractual ejercitada se encuentra regulada en el artículo 1.300 del Código Civil, según el cual, "*Los contratos en que concurran los requisitos que expresa el artículo 1.261 pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley*"; siendo "*nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo*" (artículo 1.265 del referido cuerpo legal). Aunque "*para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo...*" (artículo 1.266 del Código Civil). La acción de nulidad sólo durará cuatro años, a computar, en caso de error, desde la consumación del contrato (artículo 1.301 del Código Civil).

Por su parte, según el artículo 1.303 del citado cuerpo legal, "*Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes*".

Finalmente, según dispone el artículo 1.309 del Código Civil, "*La acción de nulidad queda*

extinguida desde el momento en que el contrato haya sido confirmado válidamente"; siendo sólo "confirmables los contratos que reúnan los requisitos expresados en el artículo 1.261" (artículo 1.310 de referido cuerpo legal). Por su parte, "La confirmación puede hacerse expresa o tácitamente. Se entenderá que hay confirmación tácita cuando, con conocimiento de la causa de nulidad y habiendo ésta cesado, el que tuviese derecho a invocarla ejecutase un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo" (artículo 1.311 del Código Civil). Como consecuencia de la confirmación, el contrato se purifica de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración (artículo 1.313 del Código Civil).

Subsidiariamente, se ejercita una acción de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual, lo que se rige según lo dispuesto en el art. 1.101 CC: "*Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas*".

Tercero. De la caducidad de la acción de nulidad. La parte demandada alega en primer término la caducidad de la acción de nulidad esgrimida de contrario, por haber transcurrido el plazo de cuatro años previsto en el art. 1.301 CC.

El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 25 de octubre de 2017, Sala primera, nº580/2017J establece: "*Respecto de la caducidad de la acción, desde la sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015, venimos 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. 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* .

Pero por si ello no fuera suficiente, el Tribunal Supremo recientemente, ha dictado la Sentencia 89/2018 de fecha 19 de febrero en el que establece el criterio de caducidad para la reclamación de swaps, deuda subordinada, obligaciones subordinadas y en general contratos

complejos de tracto sucesivo. Con esta sentencia se matiza la doctrina establecida en la Sentencia de fecha 12 de Enero de 2105 antes citada y establece que el plazo de caducidad de 4 años ha de entenderse desde el momento del agotamiento o extinción del contrato, es decir, se deslinda de forma nítida a efectos de cómputo del plazo de caducidad el momento de la perfección del contrato del de la consumación del mismo. Así la citada sentencia establece que: *"Mediante una interpretación del art. 1301.IV CC ajustada a la naturaleza compleja de las relaciones contractuales que se presentan en el actual mercado financiero, la doctrina de la sala se dirige a impedir que 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, quede fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. De esta doctrina sentada por la sala no resulta que el cómputo del plazo de ejercicio de la acción deba adelantarse a un momento anterior a la consumación del contrato por el hecho de que el cliente que padece el error pueda tener conocimiento del mismo, lo que iría contra el tenor literal del art. 1301.IV CC , que dice que el tiempo para el ejercicio de la acción empieza a correr «desde la consumación del contrato». 3.- A efectos del ejercicio de la acción de nulidad por error, la consumación de los contratos de swaps debe entenderse producida en el momento del agotamiento, de la extinción del contrato..."*.

En el caso de autos es razonable situar el *dies a quo* del plazo de cuatro años en el mes de junio de 2017, momento en que se produce la venta del Banco Popular por un euro a Banco Santander, con amortización de todas las acciones, incluidas las que habían surgido de previas obligaciones subordinadas. Fue en dicho instante cuando los actores pudieron comprender de forma real el error que había sufrido, no habiéndose demostrado tampoco por la parte demandada que el plazo deba computarse a partir de un día distinto.

La entidad bancaria defiende que el plazo debe entenderse iniciado, como tarde, desde el momento en que los actores cobraron los primeros intereses de la operación o bien fueron informados de la cotización en mercado secundario oficial (2011), pues entonces ya podían tomar conciencia de la clase de producto que habían contratado, de sus avatares y de sus riesgos, pudiendo desde entonces plantearse reclamar por todo ello.

Ahora bien, tales circunstancias en absoluto pueden revelar en los clientes la concreta naturaleza del producto contratado ni en especial los riesgos inherentes al mismo. Nótese que incluso en los casos en que los clientes son informados de alguna pequeña pérdida de lo

invertido no se ha equiparado ello a la toma de conocimiento completo y total de las vicisitudes del producto financiero adquirido.

Esta tesis ha sido avalada, por ejemplo, por la reciente SAP de Girona, sección 2ª, de 10 de diciembre de 2018, en la que, a la hora de valorar el comienzo del plazo de caducidad, se expresa lo siguiente: *“Que el valor de la inversión hubiera disminuido significativamente no implica por sí mismo que por dicha sola razón el cliente tuviera que representarse el riesgo de perder el capital o de dejar de percibir los rendimientos derivados de su titularidad”*.

En definitiva, respecto a la remisión de información fiscal o evolución del estado del producto adquirido y sus rendimientos, conviene decir que, atendiendo al grado de experiencia y conocimientos financieros de los demandantes (demostrados por el test de conveniencia efectuado), la remisión de tal información en absoluto pudo hacer que tuvieran una comprensibilidad real del producto adquirido y de sus concretos riesgos potenciales (SAP de Lleida, sección 2ª, de 9 de noviembre de 2018).

En conclusión, como se ha dicho anteriormente, ha de fijarse el inicio del plazo de caducidad en junio de 2017, por ser este el momento en que con más seguridad los actores pudieron comprender el alcance y consecuencias del producto que había adquirido, pudiendo solamente desde entonces decidir ejercitar las acciones que les pudieran competir. En consecuencia, la alegación de caducidad debe ser rechazada completamente.

Cuarto. De la nulidad del contrato por existir vicio del consentimiento. La demanda funda el error esencial sufrido por la parte actora en una falta de información suficiente por parte de la demandada sobre la naturaleza, características y riesgos de la deuda subordinada. Recuérdese que, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2009, es posible apreciar la concurrencia de error como vicio de consentimiento *“en relación con una actuación omisiva de ocultación o falta de información a la otra parte de determinadas circunstancias que hubieran podido llevarle a no celebrar el contrato”*.

Entiendo que en este caso la entidad demandada prestó un servicio de asesoramiento financiero a los actores, clientes minoristas, de modo que se situó en la obligación de informarla adecuadamente de las características y riesgos del producto ofrecido, según los arts. 78 y 79 de la entonces vigente Ley del mercado de valores (Sentencia del Tribunal

Supremo, Sala primera, de 20 de enero de 2014).

No se han acompañado a la causa las respuestas dadas por los clientes al test de conveniencia, circunstancia que hubiera permitido saber si fueron ellos quienes tuvieron la iniciativa para contratar el producto o más bien fue el banco quien se lo ofreció, lo que a la postre se erige en relevante a la hora de decidir si existió relación de asesoramiento financiero. Tampoco se propuso el interrogatorio de estos para que explicasen tales detalles, que también hubiera resultado conducente a tal finalidad. Todo ello lleva a presumir que sí existió relación de asesoramiento (regla de la carga probatoria, ex art. 217.7 LEC), pues lo usual es que en caso de clientes minoristas con el perfil que presentan los demandantes, que no tenían experiencia según el resultado del test en productos “complejos”, sea la entidad financiera quien ofrezca la contratación de productos financieros complejos, sobre todo si el vacío probatorio debe perjudicar a la entidad. Además, resulta que en alguno de los documentos aportados por el banco (por ejemplo el 2.2 de la contestación) se hace referencia a que se prestarían servicios de “inversión”, lo que se asemeja a la prestación de asesoramiento financiero a la que me estoy refiriendo. De hecho, la propia Guía sobre la prestación del servicio de asesoramiento en materia de inversión, elaborada por la Comisión Nacional del mercado de valores, se refiere a dicho asesoramiento, en ocasiones, como “servicio de inversión” (lo hace en su página 9), de manera que el hecho de que la propia entidad bancaria emplease este término es revelador de que efectivamente prestaba un servicio de asesoramiento financiero.

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 8 de julio de 2014 (ROJ: STS 2666/2014), sobre swap, pero aplicable como doctrina general, explicaba recientemente: *“Para discernir si un servicio constituye o no un asesoramiento en materia financiera -lo que determinará la necesidad o no de hacer el test de idoneidad- no ha de estarse tanto a la naturaleza del instrumento financiero como a la forma en que este es ofrecido al cliente, valoración que debe realizarse con los criterios establecidos en el artículo 52 Directiva 2006/73 que aclara la definición de servicio de asesoramiento financiero en materia de inversión del artículo 4.4 Directiva MiFID, según la doctrina fijada por la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48 , S.L. (C-604/2011), conforme a la cual tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un swap realizada por la entidad financiera al cliente inversor ” que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al*

público”.

Siendo así, se echa en falta también la realización del test de idoneidad, que no consta aportado, por lo que debe concluirse que no se efectuó, constituyendo ello un primer indicio de defecto informativo por parte del banco.

Respecto a la información que debía facilitarse, hay que destacar en primer lugar que la carga de demostrar que el consentimiento contractual estaba viciado por un error esencial y excusable corresponde a quien lo alega. Ahora bien, corresponde a la entidad demandada demostrar que ha dado la información suficiente a su cliente y que ha cumplido con sus obligaciones legales en esta materia, en aplicación del principio de facilidad probatoria previsto en el art. 217.7 LEC (SAP de Lleida, sección 1ª, de 6 de abril de 2016). Por lo tanto, es preciso analizar si la entidad demandada procuró a su cliente la información legalmente exigible, atendidas las circunstancias ya dichas, con tal de que no incurriera en vicio del consentimiento.

De la documentación aportada al respecto por la parte demandada así como de la testifical de la trabajadora de la sucursal a la que acudían los demandantes se desprende que el proceso de formación de voluntad de los clientes sí estuvo viciado.

La entidad bancaria considera que dio suficiente información a los actores para que estos pudieran formar adecuadamente su voluntad antes de prestar consentimiento contractual. Se justifica tal alegación sobre la base de que los demandantes firmaron una serie de documentos en los que se explicaban las características y riesgos propios del producto que se estaba a punto de contratar, a saber: manifestación de entendimiento de los riesgos de las obligaciones subordinadas (documento nº 12 de la contestación) o información sobre la naturaleza y riesgos de esta clase de producto financiero (documento nº 12 bis). Se añade que se efectuó el preceptivo test de conveniencia (documento nº 2.3) y que los demandantes reconocieron haber sido informados del resultado del test.

No obstante, en primer lugar debe resaltarse que aun cuando los actores firmaran alguno de esos documentos, ello no significa que conocieran y entendieran adecuadamente su contenido. La SAP de Baleares, sección 4ª, de 5 de abril de 2016 señala que *“En la práctica, se suele hacer constar en los contratos que suscriben los consumidores, clientes bancarios o inversores minoristas, manifestaciones formales de haber sido, efectivamente, informados, con lo que se pretende que quede acreditado documentalmente el cumplimiento de las*

obligaciones legales de información a cargo de las entidades, todo ello en consideración a que, como ha dicho este mismo tribunal en su sentencia de 16 de febrero de 2012, la carga de la prueba de la correcta información y, sobre todo, en el caso de productos de inversión complejos, corresponde a la entidad financiera, por ser ella quien tiene la obligación legal de informar y por no poderse imponer al inversionista la carga de probar un hecho negativo- la no información. La inclusión en el contrato de una declaración de ciencia en tal sentido en el caso del inversor, básicamente, que conoce los riesgos de la operación, no implica siempre que se haya prestado al consumidor, cliente o inversor minorista la preceptiva información, no constituye un presunción "iuris et de iure" de haberse cumplido dicha obligación ni de que el inversor, efectivamente conozca los riesgos, último designio de toda la legislación sobre transparencia e, información".

La entidad financiera ha omitido cualquier diligencia de prueba mínimamente útil que pudiera acreditar que la información adecuada se facilitó fehacientemente a los demandantes, dado que, por ejemplo, no ha propuesto (pudiéndolo hacer) el interrogatorio de los mismos, con lo que podría haberse conocido la amplitud y profundidad de sus conocimientos financieros y si estos la permitían comprender con acierto los documentos que se le hicieron rubricar. La adecuación de la información tampoco se ha demostrado con la testifical del empleado de la oficina, pues el testigo su declaración fue bastante confusa, remitiéndose a que informaron de "lo que el sistema decía", destacándose por ejemplo que no informaba verbalmente de la existencia de un mercado secundario en relación al producto (deuda subordinada) que ofrecía. Tampoco recordaba si en esta clase de supuestos se informaba verbalmente al cliente de que lo que estaba adquiriendo era participación en el propio capital del banco. Dicho de otro modo, el testigo no pudo corroborar si la documentación que se hizo firmar a los demandantes les fue explicada a de modo debido ni mucho menos si se comprobó que los clientes comprendieran de modo real el significado de aquello que se les presentaba a la firma.

De todas formas, considero absolutamente trascendente, en un caso como este, la circunstancia de que la fecha en que se firman todos los documentos reivindicados por la entidad bancaria sea la misma que aquella en que se celebró el contrato de adquisición de deuda subordinada (el 28 de septiembre de 2011). Esta fecha aparece no solamente en las órdenes de compra (documento 13 bis de la contestación) sino también en el contrato de administración de valores (documento 2.1), en el comprobante de haber recibido las condiciones generales para la prestación de servicios de inversión (documento nº 2.2), en el

resultado del test de conveniencia (documento nº 2.3) o en la información acerca de la naturaleza de la deuda subordinada (documento nº 12). Con tal inminencia o premura se impidió a los actores poder disponer de la documentación informativa con un mínimo de tiempo “antes de contratar”, lapso temporal (el previo al contrato) que es el que precisamente permite formar adecuadamente la voluntad. Si no se concede este periodo, entonces poca incidencia tiene que aparezcan esos documentos firmados, que en el mejor de los casos los clientes leyeron de modo apresurado e incómodo, sin un asesoramiento de confianza (ajeno al asesoramiento del propio banco, carente de objetividad al vender un producto propio), sin posteriores relecturas, reflexiones, etc. Es clave en el deber de información procurar informar con una mínima “antelación” al cliente bancario, más todavía cuando este es minorista, como es el caso, pues solo así puede dedicar suficiente tiempo al estudio del asunto, ponderar ventajas y riesgos, decidir, en fin, si le conviene contratar o no.

En este preciso sentido, la SAP de Lleida, sección 2ª, de 5 de julio de 2017 declaró lo siguiente:

“Por lo que se refiere a la documentación informativa entregada, no consta acreditado que la misma se facilitara con antelación a la firma de la orden de adquisición. En este sentido, cabe recordar que las obligaciones de información en fase precontractual exigen que toda la información sea proporcionada con antelación a la firma de la operación financiera de que se trate, al objeto que el cliente minorista pueda formar adecuada y conscientemente su voluntad. Al respecto, dice la STS de 12-1-15 que: "Sobre este particular, la sentencia de esta Sala núm. 460/2014, de 10 de septiembre , declaró que en este tipo de contratos la empresa que presta servicios de inversión tiene un deber de informar con suficiente antelación. El art. 11 Directiva 1993/22/CEE , de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, establece que las empresas de inversión tienen la obligación de transmitir de forma adecuada la información procedente « en el marco de las negociaciones con sus clientes ». El art. 5 del anexo del RD 629/1993 , aplicable por razón del momento en que se celebraron los contratos, exige que la información « clara, correcta, precisa, suficiente » que debe suministrarse a la clientela sea entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación».

La consecuencia de lo anterior es que la información clara, correcta, precisa y suficiente sobre el producto o servicio de inversión y sus riesgos ha de ser suministrada por la empresa de servicios de inversión al potencial cliente no profesional cuando promueve u

oferta el servicio o producto, con suficiente antelación respecto del momento en que se produce la emisión del consentimiento, para que este pueda formarse adecuadamente. 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 solo se facilita en el momento mismo de firma del documento contractual, inserta dentro de una reglamentación contractual que por lo general es extensa”.

No habiéndose demostrado en lo más mínimo que la documentación presentada a los demandantes y firmada por estos se les concediera con la suficiente antelación, no cabe más que declarar que no se informó adecuadamente a los mismos, quedando viciada su voluntad contractual al contratar un producto complejo sin las debidas garantías informativas al respecto.

Las más reciente SAP de Lleida, sección 2ª, de 9 de noviembre de 2018 indicó que *“Además de la información verbal suministrada sobre las características del producto que se estaba suscribiendo, debe analizarse si se dio también información por escrito completa y comprensible. En este ámbito, considerando que en las órdenes de suscripción de valores de 3 de octubre de 2009 y de 7 de mayo de 2012 no se incorpora la descripción y explicación de la naturaleza y riesgos de los Bonos adquiridos (documentos nº 3 y 4 de la contestación), y que los folletos informativos de las emisiones de los Bonos de 2009 y 2012 (documentos nº 10 y 11 de la contestación) llevan la misma fecha de entrega a los demandantes que la de la orden de suscripción del producto, (sin que la testigo con interés en el pleito por ser empleada de la Entidad proporcione una justificación razonable de por qué consta por escrito a mano y antes de la firma una fecha posterior si es que se ha entregado antes de la misma), resultando el contenido de estos folletos farragoso y complejo para una persona no experta en este tipo de operaciones, cabe estimar que esa documentación se firmó junto con los restantes documentos contractuales que se les pusieron a la firma a los clientes el mismo día de la celebración del negocio, suscribiéndolos en la confianza que los demandantes tenían en la Entidad, pero sin que se les explicara el contenido de tales folletos a los clientes, ni la persona empleada del Banco se asegurara de que los clientes los leyeran y comprendieran los mismos”.*

Llama la atención, por otro lado, que el test de conveniencia efectuado arrojase como resultado que los actores tenían experiencia en contratar productos financieros NO complejos y que, aun así, se decidiese ofrecer deuda subordinada, que es notorio que

constituye supuesto de producto financiero complejo. Siendo así, la parte demandada, a la vista del resultado arrojado por el test, debería haber extremado las precauciones informativas y, en especial, la comentada antelación con que debía entregar la información precontractual a los clientes, cosa que no hizo. El entonces vigente art. 79 bis 6 de la Ley del Mercado de Valores decía que *“Cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, la entidad obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate; y sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquel, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan. Cuando la entidad no obtenga esta información, no recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente”*. Esta previsión se compadece mal con el comportamiento adoptado por el banco, consistente en evaluar los conocimientos y la experiencia de los clientes, comprobar que no son estos adecuados para suscribir deuda subordinada, y aun así proceder a efectuar la operación, sin que conste que le recomendase a su clientes un producto distinto más acorde a sus conocimientos y experiencia.

No consta, como ya se ha dicho, que se hiciese test de idoneidad alguno, esto es, un informe sobre la situación financiera del cliente y qué objetivos de inversión debería tener, omisión que contribuyó irremediabilmente al surgimiento del error contractual.

En resumen, atendiendo a todo lo que se ha argumentado, procede declarar que los demandantes incurrieron en un error que vició su consentimiento contractual, error producido porque la entidad bancaria demandada no les informó de un modo adecuado acerca de las vicisitudes del producto que se le ofrecía. Siendo así, el contrato ha de declararse nulo.

Quinto. Efectos de la declaración de nulidad. Si se acude a lo dispuesto en el art. 1.303 CC, en relación con el art. 1.108 CC, ha de concluirse que la consecuencia de la nulidad es que las partes habrán de restituirse recíprocamente cuantas prestaciones se hayan efectuado, es decir, la demandada al actor, el capital desembolsado por la adquisición de deuda subordinada más los intereses legales correspondientes desde la fecha de la contratación; y

los acotres a la demandada, los rendimientos percibidos gracias a los productos contratados y sus intereses legales.

Sexto. De las costas procesales. En virtud del criterio de vencimiento, procede imponer el pago de las costas procesales a la parte demandada (art. 394 LEC).

FALLO

ESTIMO LA DEMANDA presentada por Procuradora de los Tribunales Dña. ELISABET JORQUERA MESTRES, en nombre y representación de D. Xy D. X, asistidos en calidad de letrado por D. JUAN LUIS PEREZ GOMEZ-MORAN, contra BANCO DE SANTANDER SA, representado por la Procuradora Dña. X y asistida por las Letradas D. X y en consecuencia:

DECLARO la nulidad de la orden de los contratos de compra de deuda subordinada suscrito entre las partes.

CONDENO a la entidad demandada a que abone a la parte actora el importe desembolsado en la adquisición títulos de deuda subordinada VT 10-21 por valor de 45.000 euros más los intereses legales devengados desde la fecha de contratación del producto, importe que será aminorado en la suma en que se cifren los rendimientos brutos percibidos por los actores, más los intereses legales de éstos desde la fecha de cada cobro, todo lo cual deberá fijarse en periodo de ejecución de sentencia.

Se impone a la parte demandada el pago de las costas procesales causadas.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que la misma no es firme pues cabe interponer recurso de apelación ante la Audiencia Provincial en el plazo de veinte días.

Así lo dice, manda y firma D. Adrián Goñi Guembe, Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Balaguer.

Conforme a lo dispuesto en el Reglamento (EU) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, a la que remite el art. 236 bis de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y en el real Decreto 1720/2007 por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD, ***hago saber a las partes que sus datos personales han sido incorporados al fichero de asuntos de esta Oficina judicial, donde se conservarán con carácter confidencial y únicamente para el cumplimiento de la labor que tiene encomendada y bajo la salvaguarda y la responsabilidad de la misma y en donde serán tratados con la máxima diligencia.***