

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 16 DE MADRID

Calle del Poeta Joan Maragall, 66 , Planta 3 - 28020

Tfno: 914932757

Fax: 914932759

42020310

NIG: 28.079.00.2-2017/0227676

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 37/2018

Materia: Contratos en particular

Demandante: [REDACTED]

Demandado: BANCO DE SANTANDER

PROCURADOR D./Dña. EDUARDO CODES FEIJOO

SENTENCIA Nº 9/2019

JUEZ/MAGISTRADO- JUEZ: D./Dña. FRANCISCO SERRANO ARNAL

Lugar: Madrid

Fecha: cuatro de enero de dos mil diecinueve

S.S^a. ILMA. D. FRANCISCO SERRANO ARNAL, MAGISTRADO-JUEZ del Juzgado de Primera Instancia nº 16 de Madrid, habiendo visto los presentes autos de Juicio Ordinario nº 37/2018, seguidos en este Juzgado a instancia de [REDACTED]

[REDACTED] representada por el Procurador de los Tribunales D. Gabriel Tomás Gili y asistida del Letrado D. Fernando Antonio Sánchez Romero, contra BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales D. Eduardo Codes Feijoo y asistida de la Letrado D^a. Rebeca Bravo Arribas, sobre nulidad de obligaciones subordinadas

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que la meritada representación de la parte actora, formuló demanda arreglada a las prescripciones legales en la cual solicitaba, previa alegación de hechos y fundamentos de derecho y aclaración realizada en la audiencia previa, que se dictara sentencia por la que, en síntesis, se declarase la nulidad del contrato u orden de adquisición de 50 títulos de Obligaciones Subordinadas Banco Popular VT 07-21 (doc. 2), suscrito en fecha 19 de julio de 2011, entre la actora y la demandada por importe de 50.000 euros, con los efectos propios del art. 1303 Cc.

SEGUNDO.- Que admitida a trámite la anterior demanda, se dispuso el emplazamiento de la demandada para que en el término legal compareciera en autos asistida de abogado y procurador, y contestara aquella, lo cual verificó en tiempo y forma, mediante la presentación de escrito de contestación a la demanda, arreglado a las prescripciones legales en los que suplicaba que se dictara sentencia desestimatoria de la demanda con imposición de costas a la actora.

TERCERO.- Que finalizado el término de contestación, se convocó a las partes a la celebración de la audiencia previa prevista en el art. 414 LEC, celebrándose con el resultado que consta en las presentes actuaciones, habiéndose propuesto por la actora y demandada como única prueba, la documental aportada, siendo admitida y practicada en



el acto, con lo que sin necesidad de previa celebración de juicio quedaron los autos pendientes de esta resolución.

CUARTO.- Que en la sustanciación del presente juicio, se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte demandante ejercita acción instando, según aclara en la audiencia previa, la declaración de nulidad del contrato u orden de adquisición de 50 títulos de Obligaciones Subordinadas Banco Popular VT 07-21 (doc. 2), suscrito en fecha 19 de julio de 2011, entre la actora y la demandada por importe de 50.000 euros, con los efectos propios del art. 1303 Cc., por concurrencia de error en la formación del consentimiento e incumplimiento de los deberes de información y asesoramiento.

Se alega en la demanda y así consta en autos que la actora, de perfil conservador y minorista, sin conocimientos en materia financiera o experiencia en inversiones de riesgo, adquirió los productos objeto de la presente litis, guiado por el consejo y asesoramiento de empleados de la demandada quienes le indicaron que se trataba de un producto rentable, seguro y recuperable en cualquier momento. Alega, igualmente, la parte demandante y así consta en autos, que no se recabó información para calificar su perfil inversor, que nunca había efectuado inversiones de riesgo, que reputa infringida la normativa constituida por el artículo 79 bis de la Ley de Mercado de Valores.

SEGUNDO.- La parte demandada opone, en primer término, la falta de coherencia entre la realidad y lo expuesto en la demanda, defecto este que se subsanó en la audiencia previa, aclarando la actora que lo que se pide, no es la nulidad de ningún bono convertible en acciones, sino tal y como resulta del contrato u orden de suscripción aportado como doc. 1, la nulidad de la orden de suscripción de obligaciones subordinadas a que ya se ha hecho referencia.

Dicho esto, se alega por la demandada la excepción de caducidad de la acción por el transcurso del plazo de 4 años previsto en el art. 1.301 CC.

El artículo 1.265 del mismo cuerpo legal indica que “será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo”. Respecto al error, el artículo 1.266 del Código Civil exige, para que invalide el consentimiento que recaiga 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.

El capítulo del Código Civil en que se encuentran enclavados estos preceptos regula la nulidad de los contratos, pero la terminología empleada es muy imprecisa, por eso se ha discutido si cuando en dichos artículos se habla de nulidad, ha de entenderse la misma, como de inexistencia contractual, de nulidad "ab radice" o de simple anulabilidad.

Ha declarado reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras muchas, las sentencia de 6 de septiembre de 2006, rec. 4805/1999, de 25 de julio de 1991 EDJ1991/8292 o de de 27 de febrero de 1997 ,rec. 24/1993) que la ambigüedad terminológica del artículo 1301 CC al referirse a la "acción de nulidad", ha sido precisada doctrinal y jurisprudencialmente en el sentido de distinguir lo que son supuestos de nulidad radical o absoluta y lo que constituyen supuestos de nulidad relativa o anulabilidad; dentro de estos últimos hay que incluir los casos normativos



previstos en el citado precepto (error, violencia e intimidación, dolo o falsedad de la causa).

El contrato no es de los que puedan calificarse como inexistentes por falta de alguno de los requisitos esenciales (art. 1261 del código civil). El contrato por el vicio del consentimiento que se alega, no sería nulo de pleno derecho, sino anulable, y le es aplicable el plazo de cuatro años que para el ejercicio de la acción de anulabilidad establece el artículo 1.301 CC, plazo que es de prescripción y no de caducidad, (S.S. de 25 de abril de 1.960, 28 de marzo de 1.965, 28 de octubre de 1.974 EDJ1974/487, 27 de marzo de 1.987 EDJ1987/2444 y 27 de marzo de 1.989 EDJ1989/3328, como las más emblemáticas).

Para el supuesto de error el mismo artículo 1.301 CC dispone que comienza a contarse desde la consumación del contrato.

Consumación que en los sinalagmáticos coincide con el total cumplimiento de las prestaciones de ambas partes (STS de 11 de junio de 2003 EDJ2003/29668, que cita las de 5 de mayo de 1983, 11 de julio de 1984 EDJ1984/7304 y 27 de marzo de 1989 EDJ1989/3328) Dado que el artículo 1.301 CC no atiende a la fecha de la perfección sino de la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó, a partir del cual comienza a contarse el plazo de 4 años del artículo 1.301 CC.

Plazo este respecto del que ya se ha pronunciado en numerosas ocasiones el TS. Así, la STS, Civil sección 1 del 04 de abril de 2017, que establece que “Esta sala se ha pronunciado ya sobre la cuestión debatida. Así la sentencia más reciente n.º 734/2016, de 20 diciembre, afirma lo siguiente: «Respecto a la caducidad de la acción y la interpretación a estos efectos del art. 1.301 Cc, hemos establecido en sentencias de esta Sala núm. 769/2014, de 12 de enero de 2015; 376/2015, de 7 de julio; 489/2015, de 16 de septiembre , y 102/2016, de 25 de febrero , que: "[e]n 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". Conforme a dicha jurisprudencia, el comienzo del plazo de ejercicio de la acción de anulación por vicio en el consentimiento no puede computarse, como pretende la parte recurrente, desde que se perfeccionó el contrato de adquisición de las obligaciones y se entregaron los títulos, sino desde que los clientes estuvieron en disposición de conocer los riesgos patrimoniales de la operación, que en este caso consistían en la inexistencia de un mercado efectivo de reventa y la práctica imposibilidad de recuperación de la inversión, por la falta de solvencia de la entidad emisora de las obligaciones». En consecuencia, hay que entender que el «dies a quo» para el cómputo del plazo de caducidad de cuatro años no puede establecerse, a falta de otro acontecimiento probado, antes del 7 de junio de 2017, fecha esta en la que el FROB acuerda la disolución del Banco Popular y su adquisición por el Banco Santander, al precio simbólico de un euro, lo que determina que la demanda se interpuso cuando aún no había transcurrido en su totalidad el plazo de cuatro años previsto en el art. 1301 Cc. A mayor abundamiento, de



considerarse el plazo de consumación, este no se hubiera cumplido sino el 19 de julio de 2021, fecha esta de vencimiento del contrato.

TERCERO.- Consta acreditado en autos el incumplimiento de la demandada de los deberes y obligaciones que le imponía la Ley de Mercado de Valores. Ley esta 24/1988, de 28 de julio del Mercado de Valores (en adelante, LMV), que impone la obligación a la empresa que presta servicios de inversión de clasificar a sus clientes entre profesionales o minoristas. De hecho, sería la primera exigencia que se debería cumplir para saber con qué tipo de cliente se está tratando y, a partir del momento en el que se clasifica, respetar los deberes de información exigidos en la LMV. A este respecto, el tipo de información que se le deberá proporcionar a un cliente ha de estar íntimamente ligado a su clasificación. En este caso nada se acredita por la demandada sobre ello. Tampoco consta que realizara los oportunos test de conveniencia e idoneidad, previos a la suscripción de las referidas obligaciones.

La entidad financiera debe realizar al cliente un test de conveniencia, conforme a lo previsto en el art. 79 bis. 7. LMV (RCL 1988, 1644; RCL 1989, 1149 y 1781), arts. 19.5 Directiva 2004/39/CE), cuando se prestan servicios que no conllevan asesoramiento. Se entiende por tales, los casos en que el prestatario del servicio opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada. Este test valora los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente, con la finalidad de que la entidad pueda hacerse una idea de sus competencias en materia financiera. Esta evaluación debe determinar si el cliente es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión ofertado o demandado, para ser capaz de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa. Como aclara el art. 73 RD 217/2008, de 15 de febrero (RCL 2008, 407) , se trata de cerciorarse de que el cliente "tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado".

Esta "información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos enumerados a continuación, en la medida en que resulten apropiados a la naturaleza del cliente, a la naturaleza y alcance del servicio a prestar y al tipo de producto o transacción previsto, incluyendo la complejidad y los riesgos inherentes:

- a) Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que está familiarizado el cliente.
- b) La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el periodo durante el que se hayan realizado.
- c) El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes" (art. 74 RD 217/2008, de 15 de febrero).

Siendo estas exigencias propias del test de conveniencia menores que cuando debe valorarse la idoneidad del producto conforme al art. 79bis. 6 LMV (art. 19.4 Directiva 2004/39/CE). El test de idoneidad opera en caso de que se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras mediante la realización



de una recomendación personalizada. La entidad financiera que preste estos servicios debe realizar un examen completo del cliente, mediante el denominado test de idoneidad, que suma el test de conveniencia (conocimientos y experiencia) a un informe sobre la situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y los objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del cliente, para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan.

Para ello, especifica el art. 72 RD 217/2008, de 15 de febrero, las entidades financieras "deberán obtener de sus clientes (...) la información necesaria para que puedan comprender los datos esenciales de sus clientes y para que puedan disponer de una base razonable para pensar, teniendo en cuenta debidamente la naturaleza y el alcance del servicio prestado, que la transacción específica que debe recomendarse (...) cumple las siguientes condiciones:

- a) Responde a los objetivos de inversión del cliente. En este sentido, se incluirá, cuando proceda, información sobre el horizonte temporal deseado para la inversión, sus preferencias en relación a la asunción de riesgos, su perfil de riesgos, y las finalidades de la inversión.
- b) Es de tal naturaleza que el cliente puede, desde el punto de vista financiero, asumir cualquier riesgo de inversión que sea coherente con sus objetivos de inversión (...).
- c) Es de tal naturaleza que el cliente cuenta con la experiencia y los conocimientos necesarios para comprender los riesgos que implica la transacción (...).

Como afirma la STJUE de 30 de mayo de 2013 (TJCE 2013, 142), caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), "la cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en qué consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente" (apartado 53). Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el art. 52 Directiva 2006/73 (LCEur 2006, 1963), que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.4 Directiva 2004/39/CE. El art. 4.4 Directiva 2004/39/CE define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como "la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros". Y el art. 52 Directiva 2006/73/CE aclara que "se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...)", que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales. Carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público".

CUARTO.- El contrato suscrito es un instrumento financiero sujeto a la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en adelante LMV), que transpone al derecho



español el régimen de la Directiva 2004/39/CE, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo (en adelante Directiva Mifid).

El art. 1 LMV dice que:

“La presente Ley tiene por objeto la regulación de los sistemas españoles de negociación de instrumentos financieros, estableciendo a tal fin los principios de su organización y funcionamiento y las normas relativas a los instrumentos financieros objeto de su negociación y a los emisores de esos instrumentos; la prestación en España de servicios de inversión y el establecimiento del régimen de supervisión, inspección y sanción”.

Añadiendo en su art. 2.2 lo siguiente:

“Quedan comprendidos en el ámbito de la presente Ley los siguientes instrumentos financieros (...):

2. Contratos de opciones, futuros, permutas, acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de instrumentos financieros derivados relacionados con valores, divisas, tipos de interés o rendimientos, u otros instrumentos financieros derivados, índices financieros o medidas financieras que puedan liquidarse en especie o en efectivo”.

El art. 78 LMV obliga a las entidades de crédito, cuando prestan servicios de inversión, a respetar las normas de conducta contenidas en la Ley del Mercado de Valores. El citado art. 78 establece que *“Las entidades que presten servicios de inversión deberán comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios, y, en particular, observando las normas establecidas en este capítulo y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo”.*

Asimismo, el art. 78 bis LMV, a los efectos de lo dispuesto en el mismo Título, obliga a las empresas de servicios de inversión, o que presten estos servicios, a clasificar a sus clientes en profesionales y minoristas.

En el presente caso, no opone la parte demandada el carácter de inversor profesional del demandante, que no es encuadrable en los supuestos del apartado 3º de ese precepto.

Se considera, por tanto, al demandante como cliente minorista, cuyo régimen de protección varía en función del tipo de servicios que les preste la entidad de crédito, en concreto si se trata de un servicio de asesoramiento de inversión o simplemente de ejecutar la orden de inversión de un cliente.

QUINTO.- El análisis de la naturaleza del servicio prestado por la parte demandada a la parte demandante al contratar el producto litigioso ha de efectuarse atendiendo a lo dispuesto en el art. 63.1.g) LMV y a la luz a los pronunciamientos de la sentencia del Tribunal de Justicia en su sentencia de 30 de mayo de 2013 (C-604/11).

El art. 63.1.g) LMV define la labor de asesoramiento como *“la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de servicios de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros”.*

El Tribunal de Justicia en su STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48, S.L. (C-604/2011) interpreta que una recomendación es «personalizada» si se dirige a una



persona en su calidad de inversor o posible inversor y si se presenta como conveniente para esa persona o se basa en una consideración de sus circunstancias personales. Añade que no forman parte de este concepto las recomendaciones divulgadas exclusivamente a través de canales de distribución o destinadas al público.

En el caso presente el producto, se ofrece al demandante por empleados del banco. No se trata por tanto de la divulgación general de un producto sino de una recomendación dirigida al cliente a través de la propia entidad demandada.

SEXTO.- En supuestos como el presente y antes de prestar dicho asesoramiento y suscribir cualquier operación, el art. 79 bis LMV apartado 6 dispone que: *“la entidad obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate; sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de 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”*.

Con estos fines la entidad está obligada a realizar lo que se ha llamado el test de idoneidad, regulado con mayor detalle en el art. 72 del Real Decreto 217/2008. Este último precepto establece lo siguiente:

“Evaluación de la idoneidad. *A los efectos de lo dispuesto en el art. 79 bis. 6 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, las entidades que presten el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras deberán obtener de sus clientes, incluidos los potenciales, la información necesaria para que puedan comprender los datos esenciales de sus clientes y para que puedan disponer de una base razonable para pensar, teniendo en cuenta debidamente la naturaleza y el alcance del servicio prestado, que la transacción específica que debe recomendarse, o que debe realizarse al prestar el servicio de gestión de cartera, cumple las siguientes condiciones: a) Responde a los objetivos de inversión del cliente en cuestión. En este sentido, se incluirá, cuando proceda, información sobre el horizonte temporal deseado para la inversión, sus preferencias en relación a la asunción de riesgos, su perfil de riesgos, y las finalidades de la inversión. b) Es de tal naturaleza que el cliente puede, desde el punto de vista financiero, asumir cualquier riesgo de inversión que sea coherente con sus objetivos de inversión. (...). Asimismo, la información relativa a la situación financiera del cliente incluirá, cuando proceda, información sobre el origen y el nivel de sus ingresos periódicos, sus activos, incluyendo sus activos líquidos, inversiones y bienes inmuebles, así como sus compromisos financieros periódicos. c) Es de tal naturaleza que el cliente cuenta con la experiencia y los conocimientos necesarios para comprender los riesgos que implica la transacción o la gestión de su cartera. (...). Cuando la entidad no obtenga la información señalada en las letras anteriores, no podrá recomendar servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente ni gestionar su cartera”*.

En el caso presente, no se efectuó al demandante el citado test de idoneidad, como tampoco el test de conveniencia previsto en el art. 73 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, para los supuestos de prestación de servicios que no sean de asesoramiento de inversión, si bien este no es el caso que nos ocupa.



Conforme el art. 73 del RD 217/2008, el test de conveniencia tiene por finalidad que la entidad de crédito pueda valorar si el cliente tiene “los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado”, mientras que el test de idoneidad cumple dos objetivos adicionales, primero, determinar si el producto ofrecido responde a los objetivos de la inversión señalados por el cliente y, segundo, si éste puede asumir los riesgos inherentes a dicha inversión (art. 72 RD 217/2008). La diferencia, es realmente importante, ya que el test de idoneidad responde a un servicio de asesoramiento que presta la entidad de crédito, por lo tanto, en estos casos, no basta que el cliente conozca la características del producto y sus riesgos, que resulta suficiente para los casos en los que la entidad de inversión ofrece otros servicios (ejecución de ordenes de inversión), sino que es necesario que el producto ofrecido por la entidad se acomode a los objetivos del cliente y que este pueda asumir sus riesgos, datos sobre los que el cliente ha de ser perfectamente informado para que pueda emitir un consentimiento válido.

En el presente caso, ninguno de los documentos suscritos por la actora incluye los requisitos del artículo 74 del Real Decreto 217/2008 en cuya virtud: *“A los efectos de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, la información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos enumerados a continuación, en la medida en que resulten apropiados a la naturaleza del cliente, a la naturaleza y alcance del servicio a prestar y al tipo de producto o transacción previstos, incluyendo la complejidad y los riesgos inherentes: a) Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que esté familiarizado el cliente. b) La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el período durante el que se hayan realizado .c) El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes”*.

SÉPTIMO.- Este tribunal reputa que las normas establecidas en el art. 78 y 79 bis de la Ley de Mercado de Valores tienen carácter imperativo y así resulta del art. 78 que establece que dichas entidades *“deberán comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios, y, en particular, observando las normas establecidas en este capítulo y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo”*. El art. 79 bis añade categóricamente que cuando la entidad no obtenga la información del test de idoneidad *“no recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente”*.

Este carácter imperativo de las normas citadas conlleva que su vulneración ha de recibir la sanción más grave prevista en el derecho civil, que es la nulidad radical del acto realizado con infracción de dichas normas, conforme el art. 6.3 CC, en el que se establece que *“los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un régimen distinto en caso de contravención”*.

Sin la realización del previo test de idoneidad la entidad financiera no debió ofrecer el producto por lo que su oferta está viciada de nulidad (artículo 6.3 CC) y consiguientemente lo está el consentimiento prestado en base a aquella, lo que provoca la ausencia de un requisito esencial del contrato, tal como resulta del artículo 1.261 CC.

La Directiva 2004/39 tiene por objeto mejorar la protección de los inversores, así en el número 2 de sus considerandos afirma que *“conviene alcanzar el grado de armonización necesario para ofrecer a los inversores un alto nivel de protección”*, así como en el número 30 que *“uno de los objetivos de la presente Directiva es la protección de los*



inversores”, como destaca la sentencia TJUE C-604/11. Ello exige elevar el estándar de protección que proporcionaba al inversor el ordenamiento interno antes de que se exigieran estos nuevos requisitos, como es el test de idoneidad. Por lo tanto, no efectuado éste, el consentimiento del inversor ha de ser considerado viciado a los efectos de la declaración de nulidad, al partir de una creencia inexacta sobre el producto.

Así pues el tribunal, entiende que, vulnerada por la entidad demandada su prohibición de ofrecer productos sin obtener previamente la información del artículo 79 bis.6 LMV, la consecuencia no puede ser otra que la nulidad radical de la oferta y el subsiguiente contrato concertado en atención a ella, que se extendería, en su caso, al negocio jurídico de canje por acciones, de acuerdo con la doctrina de la propagación de los efectos de la nulidad a los contratos conexos.

La reciente sentencia de Pleno del Tribunal Supremo de fecha 20 de enero de 2014, recurso 879/2012, estudia la normativa citada a la luz de la sentencia TJUE C-604/11 a propósito de otros productos bancarios, los SWAP, con argumentos que son de aplicación al que aquí examinamos.

Indica que la falta de realización del test de idoneidad puede dar lugar a diferentes consecuencias jurídicas, si bien analiza únicamente la incidencia de la infracción por parte de la entidad financiera de los deberes previstos en el art. 79 bis LMV en la válida formación del contrato, y en concreto en la posible apreciación de error, al ser éstos los extremos cuestionados en la casación.

Declara esta resolución en su fundamento de derecho 12 que *“el hecho de que el apartado 3 del art. 79 bis LMV imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como el swap contratado por las partes, el deber de suministrar al cliente minorista una información comprensible y adecuada de tales instrumentos (o productos) financieros, que necesariamente ha de incluir "orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos", muestra que esta información es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento. Dicho de otro modo, el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero”*... *“De este modo, el deber de información contenido en el apartado 3 del art. 79 bis LMV presupone la necesidad de que el cliente minorista a quien se ofrece la contratación de un producto financiero complejo como el swap de inflación conozca los riesgos asociados a tal producto, para que la prestación de su consentimiento no esté viciada de error que permita la anulación del contrato. Para cubrir esta falta de información, se le impone a la entidad financiera el deber de suministrarla de forma comprensible y adecuada...”*.

En su fundamento de derecho 13 expone la sentencia del Pleno el posible efecto de la ausencia del preceptivo test de idoneidad en la apreciación de la existencia de error vicio declarando que *“ lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación, en atención a los intereses del cliente minorista que contrata el swap, como si al hacerlo tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo. La omisión del test que debía recoger esta valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento 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 del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo”

Estas declaraciones del Alto Tribunal sobre el swap son aplicables al producto financiero objeto de este proceso, al tratarse también de un producto complejo, encontrarnos igualmente ante una labor de asesoramiento, tal como resulta de la sentencia TJUE C-604/11, y a haberse obviado asimismo la realización del preceptivo test de idoneidad.

Por todo lo anterior, tanto si se aprecia, como sostiene este tribunal, la existencia de nulidad por infracción legal, como si se entiende que la ausencia del test de idoneidad lleva a presumir la defectuosa formación del consentimiento del inversor con error excusable, en aplicación de la sentencia del Pleno citada, procede estimar la demanda, declarando la nulidad de los contratos a que se contrae el proceso, con restitución de las respectivas prestaciones de las partes, incrementadas con los intereses legales conforme establece el art. 1303 Cc. En este punto, debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que, conforme a la jurisprudencia del TS, la obligación de restitución del objeto y del precio nace de la Ley y no del contrato que se declara nulo, por lo que no es preciso que las partes hayan solicitado expresamente tal devolución, bastando con que se solicite la nulidad para que surja la consecuencia legalmente establecida, sin que suponga incurrir en incongruencia. Y, en segundo lugar, que el TS, desde la ya antigua sentencia de 10 de noviembre de 1964, admite que es posible la propagación de la ineficacia contractual a otros actos que guarden relación con el negocio declarado inválido *«no sólo cuando exista un precepto específico que imponga la nulidad del acto posterior, sino también cuando... presidiendo a ambos una unidad intencional, sea el anterior la causa eficiente del posterior, que así se ofrece como la consecuencia o culminación del proceso seguido»*.

NOVENO.- Por aplicación de lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y al estimarse la demanda, las costas se imponen a la parte demandada.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación

FALLO

Que ESTIMANDO la demanda interpuesta en nombre de [REDACTED] contra BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. (actualmente Banco Santander, S.A.), debo declarar y declaro la nulidad de la Orden de Compra de 50 títulos de Obligaciones Subordinadas Banco Popular VT. 07-21, por un importe de 50.000 euros, fechada el 19 de julio de 2011, con las consecuencias previstas en el art. 1303 del Cc., es decir, el consiguiente regreso al estatus inicial; esto es, la restitución a la parte actora de la totalidad del capital invertido, 50.000 euros, con el interés legal desde la fecha de la inversión hasta la efectiva restitución de la cantidad invertida, minorado en la cuantía de los intereses abonados por la mercantil demandada e incrementada con el interés legal. Será en ejecución de sentencia donde se determinará la liquidación concreta de las prestaciones que deben restituirse, sobre la base liquidadora anteriormente expuesta, al amparo del art. 219 LEC. Debo condenar y condeno a la demandada al abono de las



costas de este litigio.

Así por esta mi Sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de APELACIÓN en el plazo de VEINTE DIAS, ante este Juzgado, para su resolución por la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid (artículos 458 y siguientes de la L.E.Civil), previa constitución de un depósito de 50 euros, en la cuenta 2444-0000-04-0037-18 de este Órgano.

Si las cantidades van a ser ingresadas por transferencia bancaria, deberá ingresarlas en la cuenta número IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274, indicando en el campo beneficiario Juzgado de 1ª Instancia nº 16 de Madrid, y en el campo observaciones o concepto se consignarán los siguientes dígitos 2444-0000-04-0037-18

Así mismo deberá aportar justificante del pago de la tasa prevista en la Ley 10/2012 de 20 de noviembre por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

Así por esta sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

El/la Juez/Magistrado/a Juez

PUBLICACIÓN: Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión a autos. Doy fe.

NOTA: De conformidad con el Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, se informa que 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.



Este documento es una copia auténtica del documento Sentencia Proc. Ordinario firmado electrónicamente por FRANCISCO SERRANO ARNAL