

Audiencia Provincial Civil de Madrid
Sección Duodécima
C/ Santiago de Compostela, 100, Planta 3 - 28035
Tfno.: 914933837
37007740
N.I.G.: 28.079.00.2-2018/0118671

Recurso de Apelación [REDACTED]

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 44 de Madrid
Autos de Procedimiento Ordinario [REDACTED]

DEMANDANTE/APELANTE: D. [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] y
Dª [REDACTED]

PROCURADOR: D. JAVIER FRAILE MENA

DEMANDADO/APELADO: BANCO SANTANDER, S.A. (antes BANCO POPULAR
ESPAÑOL, S.A.)

PROCURADOR: D. EDUARDO CODES FEIJOO

PONENTE ILMA. SRA. Dª ANA MARÍA OLALLA CAMARERO

SENTENCIA Nº 282

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

Dª ANA MARÍA OLALLA CAMARERO

D. FERNANDO HERRERO DE EGAÑA Y OCTAVIO DE TOLEDO

Dª MARÍA JOSÉ ROMERO SUÁREZ

En Madrid, a trece de junio de dos mil diecinueve.

La Sección Duodécima de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles de Procedimiento Ordinario [REDACTED] seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 44 de Madrid, a los que ha correspondido el rollo [REDACTED] en los que aparece como parte demandante-apelante D. [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] y Dª [REDACTED] [REDACTED], representados por el Procurador D. JAVIER FRAILE MENA, y como demandada-apelada BANCO SANTANDER, S.A. (antes BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.), representada por el Procurador D. EDUARDO CODES FEIJOO.

VISTO, siendo Magistrada Ponente D^a ANA MARÍA OLALLA CAMARERO

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la Sentencia recurrida en cuanto se relacionan con la misma.

SEGUNDO.- Por Juzgado de 1^a Instancia nº 44 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 22 de noviembre de 2018, cuyo fallo es del tenor siguiente: “Que debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda formulada por el Procurador Don Javier Fraile Mena en nombre y representación de Don [REDACTED] y Doña [REDACTED] [REDACTED] contra la entidad “Banco Popular Español, S.A.”, hoy Banco Santander S.A.” representada por el Procurador Don Eduardo Codes Feijoo y, en consecuencia, debo absolver y absuelvo a esta última de todas las pretensiones formuladas en su contra, imponiendo a la parte actora las costas causadas en esta instancia.”

Notificada dicha resolución a las partes, por la representación procesal de D. [REDACTED] [REDACTED] y D^a [REDACTED] se interpuso recurso de apelación alegando cuanto estimó oportuno. Admitido el recurso se dio traslado a la parte contraria que se opuso, y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección ante la que comparecieron los litigantes, sustanciándose el recurso por sus trámites legales y señalándose para la deliberación, votación y fallo del mismo el día 8 de mayo de 2019.

TERCERO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se aceptan los fundamentos de derecho de la resolución recurrida, en todo cuanto no aparezca contradicho o desvirtuado, por los que se expresan a continuación.

SEGUNDO.- Los demandantes D. [REDACTED] y D^a [REDACTED] en relación a la adquisición de Bonos Subordinados Necesariamente Canjeables I/1 del BANCO POPULAR, ejercitan contra BANCO POPULAR ESPAÑOL SA, en su demanda varias acciones acumuladas de forma subsidiaria: la principal, la de nulidad por error invalidante del consentimiento e infracción de normas imperativas, subsidiariamente, la anulabilidad por error en el consentimiento en el contrato, y también de modo subsidiario la de indemnización de daños y perjuicios ocasionados por incumplimiento del deber de información.

En ambos casos, las consecuencias, según la demanda, serían las mismas: la devolución de la cantidad invertida en Bonos Subordinados Necesariamente Canjeables I/10, minorado en la cuantía de los intereses líquidos percibidos por los demandantes, e incrementado en los gastos de custodia repercutidos por el depósito de los Bonos y de las Acciones del Banco Popular resultante de la conversión.

Opuesta la demandada, la Juez de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda, declarando la improcedencia de la acción de nulidad, así como la caducidad de la de anulabilidad, y la falta de relación de causalidad entre la omisión de relevante información y el resultado producido.

Tal sentencia es recurrida por demandantes.

TERCERO.- Con carácter previo hemos de resolver sobre la inadmisibilidad del recurso por falta de cumplimiento del preceptivo traslado de copias que alega BANCO POPULAR ESPAÑOL SA.

En esta alzada consideramos que en toda infracción procesal debe haber causación de indefensión a efectos de denuncia de tal vulneración, y en el presente caso consta la notificación por LEXNET del recurso de apelación interpuesto de contrario a la representación de la apelada al folio 250. Por tanto ninguna indefensión cabe anudar a tal supuesta infracción pues tuvo conocimiento del recurso interpuesto por traslado del Juzgado de Primera Instancia lo que nos lleva a rechazar este motivo de impugnación.

CUARTO.- Se reitera por los demandantes D. [REDACTED] y D^a [REDACTED] la falta de caducidad de la acción.

Casos en el fondo idénticos al presente (aunque con otra dimensión en cuanto a la producción de la caducidad) han sido resueltos por esta misma Sala en Sentencias de 21 de junio y 22 de noviembre de 2018.

Esta Sala, en las Sentencias citadas, ha estimado la fecha del canje como inicio del plazo de caducidad, por cuanto, a partir de ahí, con la tenencia de acciones, no puede sostenerse la permanencia en el error.

Lo que precede a ese canje es una renovación de la emisión de los bonos que tenían, y este canje o renovación no puede significar de por sí conocimiento mayor que el que inicialmente tuvieran, como no sea que la demandada probara, lo que no ha hecho, haber suministrado en ese momento una completa información. Pero sí que se estima que tras el canje por acciones transcurridos cuatro años se ha producido la caducidad.

En este caso, el canje por acciones se realiza en el 25/6/12, por lo que habría transcurrido, al interponer la demanda en fecha 18/7/18, el plazo de cuatro años establecido para la caducidad.

QUINTO.- Como la demanda se basa principalmente en el déficit de información precontractual, aunque luego aluda también a algún incumplimiento posterior a la perfección del contrato, hemos de comenzar estableciendo la viabilidad de la pretensión.

En este sentido, y como reiteradamente se ha expuesto, la infracción del deber de información precontractual puede ser contemplada desde distintas ópticas, dándose un concurso de acciones a favor del perjudicado, que con mayor o menor radio de acción, convergen en el mismo resultado: hacer desaparecer de su patrimonio los resultados adversos de ese incumplimiento.

De esas posibles consecuencias son varias las que se plantean en esta instancia: la nulidad de pleno derecho, la anulabilidad y la indemnización de daños y perjuicios.

SEXTO.- Lo que ha denegado el Tribunal Supremo es la posibilidad de apreciación de nulidad de pleno derecho.

Así, en la Sentencia de 1 de junio de 2.017, recuerda que constituye "jurisprudencia reiterada de esta Sala de que el incumplimiento de los deberes de información que el art. 79 bis LMV impone en caso de contratación de productos financieros complejos con clientes minoristas, no determina la nulidad de pleno de derecho del contrato.

»En la sentencia 380/2016, de 3 de junio, afirmamos que «la infracción de los deberes legales de información contenidos en el art. 79 bis LMV, incorporados con la Ley 47/2007, de 15 de noviembre, que traspuso la Directiva MiFID, no vicia por sí de nulidad absoluta el contrato o negocio, y por ello no puede ser apreciada de oficio». En esa sentencia transcribíamos el razonamiento que habíamos expuesto en la anterior sentencia 716/2014, de 15 de diciembre, para justificarlo:

«La normativa comunitaria MiFID no imponía la sanción de nulidad del contrato para el incumplimiento de los deberes de información, lo que nos lleva a analizar si, de conformidad con nuestro derecho interno, cabría justificar la nulidad del contrato de adquisición de este producto financiero complejo en el mero incumplimiento del deber de recabar el test de conveniencia, al amparo del art. 6.3 CC.

»Conforme al art. 6.3 CC, "los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención". La norma legal que introdujo los deberes legales de información del art. 79bis LMV no estableció, como consecuencia a su incumplimiento, la nulidad del contrato de adquisición de un producto financiero. Sin embargo sí que dispuso expresamente otro efecto distinto, de orden administrativo, para el caso de contravención. La Ley 47/2007, al tiempo que traspuso la Directiva MiFID, estableció una sanción específica para el incumplimiento de estos deberes de información del art. 79 bis, al calificar esta conducta de "infracción muy grave" (art. 99.2.bis LMV), lo que permite la apertura de un expediente sancionador por la Comisión Nacional del Mercados de Valores (CNMV) para la imposición de las correspondientes sanciones administrativas (art. 97 y ss LMV).

»Con lo anterior no negamos que la infracción de estos deberes legales de información pueda tener un efecto sobre la validez del contrato, en la medida en que la falta de información pueda provocar un error vicio, en los términos que expusimos en la Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014.

»Pero la mera infracción de estos deberes, en concreto, en este caso el deber de recabar el test de conveniencia, no conlleva por sí sola la nulidad de pleno derecho del contrato, como pretende el recurrente, por las razones antes apuntadas y porque, con la contravención de estos deberes legales no cabe advertir que se hayan traspasado los límites autonomía privada de la voluntad (art. 1255 CC)».

En consecuencia tal y como sostiene el Juzgador de Instancia la nulidad de pleno derecho no puede apreciarse. Encontrándose la acción de anulabilidad caducada según el fundamento precedente.

SÉPTIMO.- Ello no impide que pueda ejercitarse una pretensión indemnizatoria por incumplimiento de deberes.

En se sentido, y siguiendo los más recientes pronunciamientos de la Sala Primera del Tribunal Supremo, se ha de distinguir la acción resolutoria de la indemnizatoria.

Mientras la primera, efectivamente, no concurre por la sencilla razón de que el incumplimiento en que la resolución se ha de basar es en el de los deberes surgidos del contrato y no de los anteriores, en la indemnización por incumplimiento de deberes precontractuales no hay más límite que la concurrencia de los presupuestos que se exigen a toda responsabilidad civil.

Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2.017, se expresa: "Según hemos afirmado con reiteración, existe un riguroso deber legal de información al cliente por parte de las entidades de servicios de inversión. Lo que en el caso concreto de la comercialización de participaciones preferentes se ha mantenido en las sentencias de esta sala 244/2013, de 18 de abril; 458/2014, de 8 de septiembre; 489/2015, de 16 de septiembre;

102/2016, de 25 de febrero; 603/2016, de 6 de octubre; 605/2016, de 6 de octubre; 625/2016, de 24 de octubre; 677/2016, de 16 de noviembre; 734/2016, de 20 de diciembre; y 62/2017, de 2 de febrero. 2.- No obstante, el incumplimiento de dicha obligación por la entidad financiera podría dar lugar, en su caso, a la anulabilidad del contrato por error vicio en el consentimiento, o a una acción de indemnización por incumplimiento contractual, para solicitar la indemnización de los daños provocados al cliente por la contratación del producto a consecuencia de un incorrecto asesoramiento. Pero no puede dar lugar a la resolución del contrato por incumplimiento".

Y, en cuanto a la indemnización por incumplimiento, la misma Sentencia recuerda la doctrina de las Sentencias 677/2016, de 16 de noviembre, 754/2014, de 30 de diciembre, 397/2015, de 13 de julio, y la 398/2015, de 10 de julio, según las cuales, "no cabía descartar que el incumplimiento grave de aquellos deberes y obligaciones contractuales de información al cliente y de diligencia y lealtad respecto del asesoramiento financiero pueda constituir el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por los clientes como consecuencia de la pérdida, prácticamente total, de valor de las participaciones preferentes, aunque lógicamente es preciso justificar en qué consiste la relación de causalidad.» Y en la anterior Sentencia 244/2013, de 18 de abril, entendimos que el incumplimiento grave por el banco de los deberes de información exigibles al profesional, que opera en el mercado de valores en su relación con clientes potenciales o actuales «constituye el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por tales clientes como consecuencia de la pérdida casi absoluta de valor de las participaciones preferentes de Lehman Brothers adquiridas». Aunque esta sentencia se refiere a la responsabilidad por la actuación de la entidad prestadora de servicios financieros en el marco de un contrato de gestión discrecional de carteras de valores, la doctrina sobre las consecuencias del incumplimiento del estándar de diligencia, resulta aplicable, en lo fundamental, respecto de las exigencias que el art. 79 bis 6 LMV impone a quien presta un servicio de asesoramiento financiero.

»En consecuencia, conforme a esta jurisprudencia, cabía ejercitar una acción de indemnización de daños y perjuicios basada en el incumplimiento de los deberes inherentes al test de idoneidad y a la consiguiente información a prestar al cliente minorista, siempre que de dicho incumplimiento se hubiera derivado el perjuicio que se pretende sea

indemnizado. Este perjuicio es la pérdida de la inversión, como consecuencia de la quiebra del emisor de las participaciones preferentes.»

Y concluye "Lo expuesto lleva a que deba atribuirse al incumplimiento por la demandada de sus deberes de información sobre los riesgos inherentes al producto la consideración de causa jurídica del perjuicio sufrido".

OCTAVO.- En el caso enjuiciado, la responsabilidad se exige por la forma de comercialización de la orden de suscripción de 116 BONOS SUBORDINADOS NECESARIAMENTE CONVERTIBLES I/2010, en fecha 17/12/10 de octubre de 2.007, todos ellos por importe, 116.000 euros.

Para decidir sobre la pretensión ejercitada en torno a la comercialización de los mismos, la primera cuestión que ha de abordarse, como base imprescindible para determinar si ha habido o no incumplimiento, es la naturaleza de esos productos que define los deberes de la comercializadora.

NOVENO.- En orden a la naturaleza de este tipo de productos, el Tribunal Supremo en la Sentencia de 17 de junio de 2016 se ha pronunciado en los siguientes términos:

"1.- 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, como ocurre en el caso litigioso, carácter subordinado.

2.- 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).

3.- Pero es que, además, si tenemos en cuenta que los bonos necesariamente convertibles en acciones del Banco Popular son un producto financiero mediante el cual y, a través de distintas etapas, hasta llegar a la conversión en acciones ordinarias de esa misma entidad, el banco se recapitaliza, siendo su principal característica que al inicio otorgan un interés fijo, mientras dura el bono, pero después, cuando el inversor se convierte en accionista del banco, la aportación adquiere las características de una inversión de renta variable, con el consiguiente riesgo de pérdida del capital invertido; es claro que se trata de un producto no solo complejo, sino también arriesgado. Lo que obliga a la entidad financiera que los comercializa a suministrar al inversor minorista una información especialmente cuidadosa, de manera que le quede claro que, a pesar de que en un primer momento su aportación de dinero tiene similitud con un depósito remunerado a tipo fijo, a la postre implica la adquisición obligatoria del capital del banco y, por tanto, puede suponer la pérdida de la inversión".

En orden a la naturaleza de este tipo de productos, el Tribunal Supremo en la Sentencia de 17 de junio de 2016 se ha pronunciado en los siguientes términos:

"1.- 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, como ocurre en el caso litigioso, carácter subordinado.

2.- 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).

3.- Pero es que, además, si tenemos en cuenta que los bonos necesariamente convertibles en acciones del Banco Popular son un producto financiero mediante el cual y, a través de distintas etapas, hasta llegar a la conversión en acciones ordinarias de esa misma entidad, el banco se recapitaliza, siendo su principal característica que al inicio otorgan un interés fijo, mientras dura el bono, pero después, cuando el inversor se convierte en accionista del banco, la aportación adquiere las características de una inversión de renta variable, con el consiguiente riesgo de pérdida del capital invertido; es claro que se trata de un producto no solo complejo, sino también arriesgado. Lo que obliga a la entidad financiera que los comercializa a suministrar al inversor minorista una información especialmente cuidadosa, de manera que le quede claro que, a pesar de que en un primer momento su aportación de dinero tiene similitud con un depósito remunerado a tipo fijo, a la postre implica la adquisición obligatoria del capital del banco y, por tanto, puede suponer la pérdida de la inversión".

Se trata por ello de un producto complejo y por eso, la jurisprudencia se ha mostrado especialmente rigurosa en la exigencia de la información previa.

Sobre la necesidad de diligencia informativa por parte del vendedor del producto financiero complejo establece la sentencia 53/2016, de 1 de febrero, que:

«El deber de información no cabe entenderlo suplido, en este caso, por la información suministrada en el contrato de confirmación del swap. Ya hemos recordado en otras ocasiones que "(1)a mera lectura del documento resulta insuficiente y es precisa una actividad del banco para explicar con claridad cómo se realizan las liquidaciones y los concretos riesgos en que pudiera incurrir el cliente, como son los que luego se actualizaron con las liquidaciones desproporcionadamente negativas" (sentencia 689/2015, de 16 de diciembre)».

DÉCIMO.- Finalmente, no es sólo relevante el contenido de la información sino también la forma de darla.

En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 19ª, de 20 de diciembre de 2017, con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 2017, expone que "lo determinante para valorar si el deber de información ha sido cumplido correctamente por la empresa que opera en este mercado no es tanto que aparezca formalmente cumplido el trámite de la información como las condiciones en que materialmente se cumple el mismo (entre otras, sentencia 562/2016, de 23 de septiembre). Estos deberes de información que pesan sobre la entidad prestadora de servicios financieros, en el caso de que el cliente sea minorista, se traducen en una obligación activa, que no se cumple con la mera puesta a disposición del cliente de la documentación contractual (así, sentencia 694/2016, de 24 de noviembre, con cita de las sentencias 244/2013, de 18 de abril, 769/2014, de 12 de enero, y 489/2015, de 16 de septiembre)

UNDÉCIMO.- Consideración separada merece el análisis de la carga de la prueba en esta materia, y del valor que a determinados medios, frecuentemente utilizados en los procesos en que se analiza la prestación de información precontractual, tengan.

Así, la carga de la prueba sobre la entrega de información corresponde al Banco.

Ciertamente, la regla general en materia de ejercicio de acciones dimanantes del incumplimiento de determinados deberes, sean impuestos por el contrato o por la Ley (entendido el término en sentido amplio), y entre ellas, la resolutoria o la de nulidad, es que corresponde al demandante alegar y probar tanto la relación jurídica entre las partes como el concreto incumplimiento que imputa a la contraria, pues se trata de un hecho constitutivo de la pretensión. Ahora bien, esta regla, extraída del apartado 2 del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, encuentra su modulación en el principio de facilidad probatoria, ahora normativizado en el apartado 7 de dicho precepto, conforme al cual corresponde probar a aquel litigante que tenga más fácil y directo acceso a la fuente de la prueba.

En ese principio se puede incardinar en la actualidad la antigua máxima conforme a la que, en materia de hechos negativos, corresponde la prueba a quien mantiene el hecho positivo contrario ("incumbit probatio qui dicit non qui negat"), porque, de ordinario, exigir la prueba cumplida de un hecho negativo coloca a aquel que se ha de basar en el mismo en una difícil, si no imposible, situación probatoria.

Desde esta perspectiva, si el demandante parte de la base de no haberle sido entregada completa la información precontractual, la carga de la prueba de la efectiva entrega corresponde a la demandada, la cual, por razón de su actividad empresarial, está obligadas a conservar la documentación mercantil, entre la que se ha de encontrar toda la relativa a la operación de suscripción del Bono.

La no acreditación de la información en las condiciones exigidas por el artículo 5 del Código de Conducta ya referenciado, lleva a la conclusión que establece el artículo 217.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: perjudica a quien está gravado con la carga de probar, lo que, en términos procesales en este caso, equivale a construir la sentencia sobre la base de la no entrega de la información.

DUODÉCIMO.- Esta carga no se entiende levantada por el solo hecho de que los clientes, que recordemos son también consumidores, hayan firmado declaraciones genéricas y preordenadas, en las que declare haber recibido la información o en las que declare que, aun no siendo conveniente para él el producto, decide seguir adelante con la operación.

Ante todo, el cumplimiento del deber de información es sustancial, consistiendo en una exposición clara, completa y comprensible de los riesgos, incluso en el peor escenario posible, adaptadas a las condiciones personales del cliente, que permita que éste emita un consentimiento realmente informado. No basta con cualquier información, sino que ha de ser clara, correcta, precisa y suficiente sobre el producto o servicio de inversión y sus riesgos.

Además, y como señala la Sentencia del Pleno de la Sala Primera de Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015 "se trata de menciones predispuestas por la entidad bancaria, que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento que se revelan como fórmulas predispuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos, como ya dijimos en la sentencia núm. 244/2013, de 18 abril. La normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si para cumplir con estas exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predispuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarara haber sido informado adecuadamente. La Sentencia del Tribunal de

Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2014, dictada en el asunto C-449/13, en relación a la Directiva de Crédito al Consumo, pero con argumentos cuya razón jurídica los hace aplicable a estos supuestos, rechaza que una cláusula tipo de esa clase pueda significar el reconocimiento por el consumidor del pleno y debido cumplimiento de las obligaciones precontractuales a cargo del prestamista".

DECIMOTERCERO.- La prueba sobre el extremo considerado corresponde, por tanto, al Banco, y ha de provenir de elementos fiables que permitan, aun pasado el tiempo, establecer cómo se desarrolló la relación jurídica precontractual.

Por eso, esta Sección ha sostenido, de manera reiterada, la insuficiencia de la declaración testifical del comercializador, adscrito en su momento a la entidad financiera, para sobre ella sola fundar la decisión del cumplimiento del deber de información. Así, en Sentencia de 20 de octubre de 2.016, reiterando las de 27 de marzo y de 18 de diciembre de 2.013, y por estar conectada la cara de la prueba con el propio deber sustantivo de información, exponíamos que "la sola declaración del que, como empleado de la entidad demandada, comercializó el producto, no es suficiente para demostrar la información precontractual suministrada, pues "la prueba, en la acepción de resultado probatorio, tiene por fin garantizar la seguridad jurídica de los litigantes, lo que exige que el establecimiento judicial de un hecho haya de ser incontrovertible. Por ello, no se admiten las suposiciones, conjeturas o meras intuiciones del Juez.

Y es llano que, de dar plena fuerza de convicción al testigo en el extremo crucial que constituye el principal hecho controvertido, se desmoronaría aquella seguridad jurídica.

Pero además, la prueba, en su acepción de medio probatorio, ha de estar en relación estricta con el hecho de relevancia jurídica a demostrar.

Y en nuestro caso, la obligación que se afirma incumplida en la demanda, y que constituye, por tanto, el *thema probandi*, no es la suministración de cualquier información, sino la que exige la norma".

"Quiere decirse que, quien tenga la carga de probar el hecho discutido, ha de probar no sólo haber informado sino el contenido de la información, para comprobar si se ha facilitado la información "relevante" para la toma de decisión por el cliente".

De lo contrario, quedaría en manos de la propia demandada, a través de persona adscrita a su organización, acreditar lo que es el núcleo de la cuestión fáctica del proceso.

DECIMOCUARTO.- Pues bien, en este caso, de las actuaciones probatorias llevadas a cabo se evidencia el incumplimiento de los deberes impuestos por la normativa aplicable.

Si se tiene en cuenta lo actuado, y se aplica la distribución de la carga de la prueba a que se aludido, resulta:

1º.- D. [REDACTED] y Dª [REDACTED] formalizaron la orden de suscripción de 116 BONOS SUBORDINADOS NECESARIAMENTE CONVERTIBLES I/2010, en fecha 17/12/10, todos ellos por importe, 116.000 euros.

2º.- Que dicha orden contiene un mandato de compra de los referidos Bonos Necesariamente Canjeables I/2010 que se identifica con la denominación "BO. POPULAR CAPITAL - 8% CONV".

3º.- Que el 25 de abril de 2012 el Consejo de Administración de BANCO POPULAR acordó la CONVERSION OBLIGATORIA de la totalidad de los Bonos Subordinados Necesariamente Canjeables 1/2010; y así, BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. comunicó a la CNMV los términos en que se produciría la conversión obligatoria, y posteriormente, el 18 de junio del mismo año, la entidad informó del precio de conversión de los Bonos litigiosos, fijado en 1.9461 € por acción.

4º.- A raíz de todo ello, los 116 Títulos de Bonos 1/2010 adquiridos por los demandantes, pasaron a convertirse en fecha 25/6/2012 en un total de 116 títulos de OBLIGACIONES SUBORDINADAS NECESARIAMENTE CONVERTIBLES que en ese mismo día se convirtieron en 119.586 Acciones de Banco Popular.

5º.- Hasta ese momento, los demandantes habían percibido un total de 13.958,52 euros en concepto de intereses trimestrales (documentos nº 2 de la contestación).

6º.- La entidad bancaria fue repercutiendo de manera periódica gastos de custodia por el depósito de dichos productos bancarios.

7º.- Posteriormente el 10 de junio de 2013, BANCO POPULAR anunció la "*reducción de capital y agrupación y canje de acciones a contrasplit*", por el cual se procedía a la agrupación de las acciones a razón de 5 a 1 (por cada cinco acciones antiguas correspondía una acción nueva); en consecuencia con ello, las 119.586 acciones de BANCO POPULAR pasaron a convertirse en 23.917;

8º Los clientes, absolutamente profanos en materia financiera, ya jubilados, y habiéndose dedicado D. [REDACTED] con estudios superiores pero sin experiencia financiera, y su esposa D^a [REDACTED] con estudios básicos y siendo su ocupación ser ama de casa, tenían un indudable perfil conservador, puesto de manifiesto de manera documentada cuando se le hizo un test de conveniencia (documento nº8 de la contestación a la demanda), que consta solo suscrito por D. [REDACTED] en 23/11/10, que revela que no tiene formación ni actividad relacionada con el ámbito financiero, y que viene invirtiendo en Fondos, Acciones o Renta Fija Privada, invirtiendo, por ello se le califica como **“cliente con experiencia financiera en productos financieros no complejos”**.

9º Con independencia de que fueran a la sucursal de la demandada por alguna vía de contacto o no, tema absolutamente intrascendente en el enjuiciamiento del caso, tan solo consta un recibí general de haber recibido el ejemplar de las “Condiciones Generales para la prestación” y la firma de la ficha del producto, sin que nos quede rastro documental alguno de simulación o ejemplo de las expectativas del producto.

Pero, al respecto, ha de señalarse que esas declaraciones preordenadas, por sí solas, carecen de eficacia si no se acredita una real, efectiva y proactiva labor de información que, comenzara, sin ir más lejos, explicando a un cliente conservador y profano en la materia, qué es un "BONO SUBORDINADO CANJEABLE", concepto contenido en la ficha que no

pertenece, desde luego, al lenguaje social o coloquial, y siguiendo con la referida a los numerosos tecnicismos empleados en la redacción de esa documentación. Las cláusulas contractuales en las que se quiere escudar la parte apelante no tienen justificación, habida cuenta de que estamos en presencia de contratos de adhesión, sin que se haya acreditado haber cumplido con el deber de información al cliente del producto financiero adquirido, de sus efectos, del riesgo que conllevaba y de las previsiones razonables sobre su evolución. Y en este sentido destaca la sentencia de Pleno del TS de 15 de enero de 2015.

Por otro lado, no existe inclusión de escenarios, ni se ofrece ni explica las claves necesarias para comprenderlos, imprescindibles por la complejidad de su redacción, no satisface el deber de información.

Además, en este caso concreto el cliente podría tener experiencia en productos financieros, pero ninguno de los cuales era similar o igual a los bonos suscritos, bonos subordinados necesariamente canjeables por acciones, por lo que mediante la información facilitada por el cliente u obtenida por la entidad bancaria no podía inferirse que el cliente, tuviera conocimientos en el producto vendido que exonerara a la entidad bancaria de informar a los clientes de forma clara, y precisa, sobre la naturaleza y riesgos del producto vendido.

El artículo 1101 del Código Civil dispone que *"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 otro modo contravinieren el tenor de aquéllas"*.

Conforme a la doctrina establecida en la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 472/2017 de 20 de julio (Roj: STS 3016/2017, recurso 2909/2014), pese a declararse la caducidad de la acción de anulabilidad, podría acogerse la pretensión subsidiaria planteada en la demanda, y declarar que la entidad bancaria no cumplió con el estándar de información que le era exigible al recomendar un producto en nada acorde al perfil inversor del cliente demandante. La consecuencia del incumplimiento es la indemnización de daños y perjuicios que se hacen coincidir con la pérdida de valor sufrida. Se trata de un supuesto grave de incumplimiento de los deberes de información al cliente

respecto del asesoramiento financiero, que es el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos como consecuencia de la pérdida, significativa, de valor del producto financiero adquirido. La entidad bancaria, en su asesoramiento, no advirtió al cliente, de forma clara y precisa, que el producto financiero, cuya contratación recomendaba, era contrario al perfil de riesgo elegido por el cliente para realizar su inversión. En el mismo sentido las sentencias 472/2017 de 20 de julio (Roj: STS 3016/2017, recurso 2909/2014); 81/2018, de 14 de febrero (Roj: STS 414/2018, recurso 2411/2015; 547/2018 de 5 de octubre (Roj: STS 3356/2018, recurso 3921/2015); 549/2018, de 5 de octubre (Roj: STS 3426/2018, recurso 477/2016); 552/2018 de 9 de octubre (Roj: STS 3430/2018, recurso 215/2016); 655/2018, de 20 de noviembre (Roj: STS 3824/2018, recurso 1654/2016)].

El quid de la información, como reseña el TS, en el producto que nos ocupa 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. 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. Como ya hemos dicho anteriormente 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. No se han aportado comunicaciones entre el demandante y el Banco que pudieran suponer un conocimiento de los productos adquiridos, ni los importes de las inversiones pueden implicar que tuviera conocimientos suficientes respecto de los productos financieros suscritos.

Debemos tener en cuenta la reciente sentencia del Tribunal Supremo de fecha 31 de enero de 2019 dice al respecto: "*...procedía la estimación de la acción de indemnización de daños y perjuicios, al amparo del art. 1101 CC, por el negligente cumplimiento por el banco de sus obligaciones contractuales de diligencia, lealtad e información en la venta asesorada de los productos financieros objeto de la demanda.*

Conforme a los hechos probados, los bonos adquiridos, que encerraban un elevado riesgo, fueron adquiridos por las demandantes bajo las recomendaciones de su asesor de banca personal (empleado del banco demandado), fiadas en que el capital estaba garantizado. Se aprecia un cumplimiento negligente de los deberes congénitos al asesoramiento en la adquisición de estos productos, pues a unos clientes que buscaban una inversión en que el capital estuviera garantizado, se les recomendó la adquisición de unos bonos que conllevaban un elevado riesgo de pérdida parcial del capital, sin ni siquiera informarles al respecto....En estos casos, además de identificar este incumplimiento o cumplimiento negligente de las obligaciones de la empresa que presta servicios de inversión, debe haber una relación de causalidad entre el incumplimiento o cumplimiento negligente y el daño indemnizable. En el presente, el daño es la pérdida parcial del capital invertido en los reseñados bonos, determinada con sus respectivas liquidaciones. Estas pérdidas son la consecuencia natural del cumplimiento negligente del banco demandado, que obvió el interés de las clientes de realizar inversiones en las que el capital estuviera asegurado y les recomendó la contratación de unos bonos de alto riesgo, que se actualizó con la reseñadas pérdidas. De tal forma que la estimación de la acción da lugar a la indemnización del perjuicio sufrido..." el mero incumplimiento del deber de información no provoca, por sí solo, una obligación de indemnizar, sino que se exige la cumplida demostración de que dicho incumplimiento ha generado un daño o perjuicio susceptible de resarcimiento. La carga de probar la existencia del perjuicio patrimonial incumbe a la parte que lo reclama, en los términos de los arts. 1101, 1106 y 1107 CC, y doctrina jurisprudencial que los desarrolla.

Tal incumplimiento de la obligación de información y asesoramiento -que indudablemente constituía una de las obligaciones asumidas por la entidad bancaria demandada, frente a la demandante, en virtud de la relación jurídica que les ligaba-, obligaría a la entidad demandada, conforme a lo prevenido por el artículo 1101 del Código Civil , a

resarcir a los demandantes los daños y perjuicios derivados del mismo. Daños y perjuicios que se han de concretar en el importe de la disminución finalmente sufrida por el capital invertido, por cuanto es evidente que tal es el verdadero perjuicio originado por el incumplimiento contractual de la entidad demandada que determinó la suscripción, por los demandantes del producto financiero litigioso.

Por tanto, y a diferencia de lo que concluye la Juez, se ha producido una vulneración de sus deberes por la entidad bancaria, pues no se prueba la prestación de información o explicación a los clientes de manera clara y completa de la naturaleza del producto y los riesgos, elevadísimos, que asumían.

Además, el principio general de buena fe, aplicable naturalmente al supuesto (artículo 1.258 del Código Civil), impide ofrecer y consumir una operación con conciencia de su inadecuación al perfil del cliente.

DECIMOQUINTO.- Existe, por tanto, vulneración del deber impuesto, y por ello responsabilidad, pues se da la relación de causalidad (pues bien se puede afirmar que "se contrata a ciegas") y, como en supuestos similares en que se requiere un consentimiento informado, el que ha de dar la información asume la posición de garante, de modo que se le imputan los riesgos que se derivan de su incumplimiento, una vez materializados.

Por eso, ha de acogerse la demanda en el sentido de condenar a la demandada como indemnización debida, a la devolución de la cantidad invertida en Bonos Subordinados Necesariamente Canjeables I/10, minorado en la cuantía de los intereses líquidos percibidos por los demandantes, e incrementado en los gastos de custodia repercutidos por el depósito del Bonos y de las Acciones del Banco Popular.

Sin que se pueda apreciar en modo alguno que el Demandante haya obtenido beneficio de la inversión pues el valor que otorga la entidad bancaria a las acciones no se ajusta a la realidad, según hemos ya expuesto, y de conformidad con la doctrina del TS afectos indemnizatorios expuesta en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 16 de enero de 2019 dice al respecto: "*...Esta sala, en la sentencia citada por la recurrente pero también en otras posteriores, casos de las sentencias 81/2018, de 14 de febrero y 552/2018, de 9 de*

octubre, tiene declarado con relación al incumplimiento contractual, como título de imputación de la responsabilidad de la entidad bancaria por los daños sufridos por los clientes en la adquisición de productos financieros complejos, como las obligaciones subordinadas y las participaciones preferentes, que el daño causado viene determinado por el valor de la inversión realizada menos el valor al que ha quedado reducido el producto y los intereses o rendimientos que fueron cobrados o percibidos por los clientes.

DECIMOSEXTO.- Los intereses legales se devengarán desde la inversión, como medio de fijar la indemnización.

Contrariamente a lo que esta Sección acordó en la Sentencia de 24 de mayo de 2018, el Tribunal Supremo, en Sentencia 421/2018, de 4 de julio, declara que “para la determinación del daño indemnizable derivado del incumplimiento de las obligaciones de información de la entidad financiera (art. 1101 del Código Civil), hay que tener en cuenta no solo la pérdida del capital invertido, sino también los eventuales rendimientos económicos percibidos por los clientes con relación a los productos financieros de inversión de que se trate”, lo que incluye, según precisa en el párrafo siguiente, que la entidad financiera abone al demandante “las cantidades no recuperadas tras la venta de las acciones obtenidas en el canje, con sus intereses legales desde la fecha de las inversiones realizadas”.

DECIMOSÉPTIMO.- En cuanto a los gastos de custodia, sin fijar una cantidad determinada, o las bases para su determinación, no procede la condena de la demandada por este concepto, por cuantía indeterminada, por infracción en la demanda del artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que exige que, cuando se solicita la condena al pago de una cantidad de dinero, debe cuantificarse exactamente su importe, sin que pueda solicitarse su determinación en ejecución de sentencia, o deben fijarse claramente las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar la liquidación, de forma que ésta consista en una pura operación aritmética.

En este sentido, la Sentencia núm. 213/2015 de 17 abril, de la Sección 1ª de la Sala Civil del Tribunal Supremo (RJA 1198/2015) declara que el artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que autoriza es la cuantificación de la indemnización en ejecución

de sentencia, o en un pleito posterior en aquellos supuestos en los que no es posible cuantificar la indemnización debida en el momento en que formula la demanda.

En el presente caso, no resulta de lo actuado ningún dato que permita apreciar cualquier obstáculo, que impidiera a la parte demandante la cuantificación de los gastos de custodia que reclama en la demanda. No hay constancia de ningún motivo que permita apreciar la gran dificultad o la imposibilidad de cuantificar su importe en la demanda. No ha manifestado la demandante cuáles puedan ser los problemas que impidan la liquidación de su importe en la demanda, de modo que sea necesario diferir la liquidación, no ya al período de prueba, sino al proceso de ejecución. Y no hay tampoco constancia, en el actual momento procesal, de la falta de cualquier instrumento procesal idóneo que permita a la demandante la cuantificación de la indemnización reclamada.

En consecuencia, nos encontramos ante una estimación sustancial de la demanda, por cuanto no pueden adicionarse los gastos de custodia en cuantía indeterminada, aspecto meramente accesorio de la pretensión principal.

DECIMOCTAVO.- Por último, se impugna la imposición de costas a los demandantes en la sentencia de Primera Instancia.

Consideramos que las costas de primera instancia se han de imponer a la demandada, de conformidad con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues pese a la precisión hecha en materia de gastos de custodia, repetimos que se trata de un aspecto accesorio a la pretensión principal, y por ello se produce una estimación sustancial de la demanda.

Las de la apelación, no serán objeto de imposición expresa (artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

DECIMONOVENO.- En materia de recursos, conforme a las disposiciones de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, reformada por Ley 37/2011, de 10 de octubre se informará que cabe el recurso de casación, siempre que se apoye inexcusablemente en el

motivo definido en el artículo 477.2.3 °. Sólo si se interpone el recurso de casación podría a su vez interponerse el de infracción procesal (Disposición Final 16ª).

Vistos los preceptos legales citados y demás generales de pertinente aplicación

FALLAMOS

Que, ESTIMANDO el recurso interpuesto por D. [REDACTED] y Dª [REDACTED] contra la sentencia de fecha 22 de noviembre de 2018 dictada por la Ilma. Sra. Magistrada del Juzgado de Primera Instancia nº 44 de Madrid en Procedimiento Ordinario nº [REDACTED]. REVOCAMOS dicha resolución, y, en su lugar, procede:

1º Estimar sustancialmente la demanda interpuesta por D. [REDACTED] y Dª [REDACTED] contra BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. (ahora BANCO SANTANDER, S.A.).

2º Condenando a la demandada, al abono de una indemnización consistente en la devolución de la cantidad invertida en Bonos Subordinados Necesariamente Canjeables I/10, minorado en la cuantía de los intereses líquidos percibidos por los demandantes, suma que devengará el interés legal desde la fecha de inversión.

3º Imponemos a la demandada el pago de las costas de primera instancia.

4º No hacemos imposición expresa de las costas ocasionadas en esta alzada.

La estimación del recurso determina la devolución del depósito constituido, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

Contra esta sentencia cabe interponer, en las condiciones expuestas en el último fundamento de derecho de la presente resolución, recurso de casación y, en su caso, de infracción procesal, conforme a lo dispuesto en el artículo 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el cual habrá de ser interpuesto por escrito a presentar en el plazo de veinte días ante este mismo Tribunal, que habrá de cumplir las exigencias previstas en el artículo 481 de dicho Texto legal, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en BANCO DE SANTANDER, con el número de cuenta 2579-0000-00-0141-19, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

Una vez firme la presente resolución, devuélvase los autos al Juzgado de procedencia, con testimonio de la misma, para su conocimiento y efectos.

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

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.