

JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.2 BENAVENTE

SENTENCIA: 00069/2018

-

PLAZA SAN FRANCISCO, 4 CP.:49600
Teléfono: 980635175- 980635038, Fax: 980 637658
Equipo/usuario: MPR
Modelo: S40000

N.I.G.: 49021 41 1 2016 0000853

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000293 /2016

Procedimiento origen: /

Sobre OTRAS MATERIAS

DEMANDANTE , DEMANDANTE D/ña. [REDACTED]
Procurador/a Sr/a. MARIA VICTORIA VAZQUEZ NEGRO, MARIA VICTORIA VAZQUEZ NEGRO
Abogado/a Sr/a. DAVID GONZALEZ SALINERO, DAVID GONZALEZ SALINERO
DEMANDADO D/ña. POPULAR BANCA PRIVADA
Procurador/a Sr/a. [REDACTED]
Abogado/a Sr/a. [REDACTED]

Jueza: Alma Junquera San José.

SENTENCIA 69 / 18

En Benavente, a veinte de marzo de dos mil dieciocho.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El catorce de julio de dos mil dieciséis la representación procesal de doña [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED], presentó demanda de juicio verbal contra Popular Banca Privada, S.A., interesando que se declare la nulidad, del "contrato financiero a plazo subyacente: acciones de Banco Popular Español, S.A. y Banco Santander Central Hispano, S.A." suscrito por importe de 100.000 euros el cuatro de mayo de dos mil siete, así como del precontrato de veintisiete de abril de dos mil siete, por la concurrencia de error en el consentimiento, con la subsiguiente retroacción de las posiciones jurídicas y económicas de los litigantes a la situación anterior a la fecha de formalización del contrato anulado, condenando a la entidad demandada a la efectiva devolución al actor del principal invertido en el producto, más los intereses legales desde la fecha de la contratación, con minoración de las cantidades percibidas por esta parte en concepto de cupones aplicando a dichas cantidades idéntico interés, y devolución a la demandada de las acciones de Banco Popular y sus dividendos, o resultado de la venta de las mismas.

Subsidiariamente a lo anterior, se declare que Popular Banca Privada, S.A., ha realizado una defectuosa y negligente prestación del servicio de asesoramiento en la contratación anteriormente descrita, declarando la indemnización de los daños y perjuicios causados a esta parte por el incumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales, de asesoramiento, información, diligencia y lealtad. Condenando a la entidad demandada a satisfacer a los actores la indemnización de daños y perjuicios sufridos, que se corresponde con el principal invertido en el producto, más los intereses legales desde la fecha de la contratación, con minoración de las cantidades percibidas por esta parte en concepto de cupones aplicando a dichas cantidades idéntico interés, y devolución a la demandada de las acciones de Banco Popular y sus dividendos, o resultado de la venta de las mismas.

Subsidiariamente se declare la nulidad del contrato y precontrato en virtud de los artículos 6.3 y 7 del Código Civil, con la subsiguiente retroacción de las posiciones jurídicas y económicas de los litigantes a la situación anterior a la fecha de formalización del contrato anulado, condenando a la entidad demandada a la efectiva devolución a los actores del principal invertido en el producto, más los intereses legales desde la fecha de la contratación, con minoración de las cantidades percibidas por esta parte en concepto de cupones, aplicando a dichas cantidades idéntico interés, y devolución a la demandada de las acciones de Banco Popular y sus dividendos, o resultado de la venta de las mismas.

Subsidiariamente se declare la nulidad del contrato y precontrato, por la concurrencia de dolo, con la subsiguiente retroacción de las posiciones jurídicas y económicas de los litigantes a la situación anterior a la fecha de formalización del contrato anulado, condenando a la entidad demandada a la efectiva devolución al actor del principal invertido en el producto, más los intereses legales desde la fecha de la contratación, con minoración de las cantidades percibidas por esta parte en concepto de cupones aplicando a dichas cantidades idéntico interés, y devolución a la demandada de las acciones de Banco Popular y sus dividendos, o resultado de la venta de las mismas.

Todo ello con expresa imposición de las costas causadas a la demandada.

SEGUNDO.- Por decreto de uno de septiembre de dos mil dieciséis se admitió a trámite la demanda y se dio traslado a la demandada, para que en plazo de veinte días presentaren escrito de oposición con los correspondientes apercibimientos legales.

TERCERO.- El veintidós de marzo de dos mil diecisiete Popular Banca Privada, S.A., presentó escrito de contestación a la demanda.

Unido dicho escrito por presentado en forma se citó a las partes a la celebración de la audiencia previa que tuvo lugar el trece de septiembre de dos mil diecisiete.

CUERTO.- El juicio tuvo lugar el veintidós de noviembre de dos mil diecisiete a las 10:30 horas, concurriendo las partes en legal forma. Celebrada la prueba propuesta y admitida quedaron los autos vistos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del proceso lo constituye la pretensión de doña [REDACTED] interesando que se declare la nulidad, del "contrato financiero a plazo subyacente: acciones de Banco Popular Español, S.A. y Banco Santander Central Hispano, S.A." suscrito por importe de 100.000 euros el cuatro de mayo de dos mil siete, así como del precontrato de veintisiete de abril de dos mil siete, por la concurrencia de error en el consentimiento, con la subsiguiente retroacción de las posiciones jurídicas y económicas de los litigantes a la situación anterior a la fecha de formalización del contrato anulado, condenando a la entidad demandada a la efectiva devolución al actor del principal invertido en el producto, más los intereses legales desde la fecha de la contratación, con minoración de las cantidades percibidas por esta parte en concepto de cupones aplicando a dichas cantidades idéntico interés, y devolución a la demandada de las acciones de Banco Popular y sus dividendos, o resultado de la venta de las mismas.

Subsidiariamente a lo anterior, se declare que Popular Banca Privada, S.A., ha realizado una defectuosa y negligente prestación del servicio de asesoramiento en la contratación anteriormente descrita, declarando la indemnización de los daños y perjuicios causados a esta parte por el incumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales, de asesoramiento, información, diligencia y lealtad. Condenando a la entidad demandada a satisfacer a los actores la indemnización de daños y perjuicios sufridos, que se corresponde con el principal invertido en el producto, más los intereses legales desde la fecha de la contratación, con minoración de las cantidades percibidas por esta parte en concepto de cupones aplicando a dichas cantidades idéntico interés, y devolución a la demandada de las acciones de Banco Popular y sus dividendos, o resultado de la venta de las mismas.

Subsidiariamente se declare la nulidad del contrato y precontrato en virtud de los artículos 6.3 y 7 del Código

Llegados a la fase contractual se firma sin que hayan sido explicados los riesgos ni el grado de los mismos o el conflicto de intereses, ni sobre previsiones, concurriendo dolo en la actitud de la demandada. Desinformación que continúo en la fase postcontractual, ocultando la pérdida de valor haciendo constar de manera constante el mismo valor para los ahorros de los actores.

La entidad incumplió las normas imperativas que le eran de aplicación así como el estándar de diligencia y transparencia exigidas y generó un error que vició el consentimiento de la actora.

En su contestación Popular Banca Privada, S.A., alega que tanto Popular Banca Privada, S.A., como Banco Popular Español son entidades diferentes con personalidad jurídica y accionistas propios y ambas pueden prestar el servicio de asesoramiento. La entidad demandada explicó en todo momento el funcionamiento, características y riesgos del producto, por lo que de existir error sería sólo imputable a los demandantes. La acción de anulabilidad estaría caducada pues el vencimiento del producto y la materialización de la pérdida tuvo lugar en mayo de dos mil doce. NO existió comportamiento negligente alguno por parte de la entidad siendo evidente la voluntad de contratar de los actores, sin que exista dolo ni conflicto de intereses.

Los demandantes son empresarios con capacidad para comprender las inversiones y en concreto la que nos ocupa. La relación de Popular Banca Privada, S.A., con los mismos comienza en el año dos mil seis. Con inversiones en fondos de renta variable e internacionales, en valores del IBEX, y CFAs; El seis de octubre de dos mil seis suscribieron el contrato CFA Subyacente Acciones Banco Santander Central Hispano, Repsol, S.A., y Telefónica, S.A., por importe de 100.000 euros, cancelado por darse los requisitos estipulados con recuperación del 100% del dinero invertido más un 10% de nominal. Fue anterior al litigioso.

Con posterioridad al CFA que nos ocupa se contrató otro el veintisiete de agosto de dos mil siete y otro el catorce de febrero de dos mil ocho y el último el siete de marzo de dos mil ocho.

Tras la entrada en vigor de la normativa MiFID se les realizó el oportuno test el veinte de diciembre de dos mil siete indicando que realizan inversiones financieras de elevado importe y con mucha frecuencia, con una finalidad mixta y con asunción de un riesgo moderado; la calificación de minorista no implica ser un cliente conservador.

La relación de los actores con la demandada es en base a un contrato de intermediación, depósito y administración de valores, sin que existiese relación de asesoramiento.

Los actores mantenían reuniones frecuentes con los empleados de la demandada para conocer la marcha de sus inversiones y en una de esas reuniones se interesaron por el CFA objeto del pleito. Informados del mismo mostraron su deseo de suscribirlo, conociendo los riesgos que suponían incluso la posibilidad de perder el capital. El veintisiete de abril de dos mil siete se suscribió el precontrato y el cuatro de mayo el contrato siendo leídos tales documentos en voz alta por el empleado, sin que manifestasen duda alguna.

El descenso del valor de las cotizaciones no era previsible en el segundo trimestre del año dos mil siete. EL producto venció el cuatro de mayo de dos mil doce en el peor de los escenarios posibles siendo entregadas a los actores 6.807 acciones de Banco Popular.

La controversia gira en torno al perfil de los actores, si existe o no asesoramiento en inversiones, la formación y experiencia previa de los mandantes en la contratación de productos complejos, la realidad de que se trata de un producto complejo, si se cumplen las obligaciones legales de la demandada en la comercialización del producto, o en su caso si hubo negligencia en la actuación de la misma, la existencia del error en el consentimiento, en la causa de la contratación o incumplimiento en base a los artículo 6.3 y 67 del Código Civil. Origen de la contratación y fondos invertidos. La existencia de daño o perjuicio a los actores, la imprevisibilidad de la caída de los valores, la existencia o no de conflicto de intereses o de dolo.

Consta en autos la documental, aportada, solicitada y admitida, practicándose en el acto del juicio el interrogatorio de don [REDACTED], la testifical de don [REDACTED] [REDACTED] y las periciales de ambas partes, don [REDACTED] [REDACTED] y don Jesús Contreras Páez.

SEGUNDO.- Como indica el Juzgado de Primera Instancia número 84 de Madrid en su sentencia de diecisiete de marzo de dos mil catorce:

"Como señala la *SAP Barcelona, sección 15, del 20 de noviembre de 2013 (ROJ: SAP B 11785/2013)*, la jurisprudencia se ha ocupado con cierta reiteración de la cuestión de la relación existente entre una norma administrativa que impone unas determinadas obligaciones de forma imperativa y la validez de acuerdos civiles que contradigan esta regulación. La *STS de 11 de Junio del 2010 (ROJ : STS 3061/2010)* se refiere a ella en los siguientes términos: "(1) *a sentencia de 9 octubre 2007 , con cita de otras, ha declarado que " (...) en relación con el art. 6.3 (...) "el juzgador debe analizar la índole y finalidad de la norma legal contrariada y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, para concluir con la declaración de la validez del acto contrario a la Ley si la levedad del caso lo permite, reservando la sanción de nulidad para los supuestos en que*

concurran trascendentales razones que hagan patente el carácter del acto gravemente contrario a la Ley , la moral o el orden público "; con cita de la STS 24-4-96 , que " cuando la normativa administrativa resulta incompatible con el contenido y efectos del negocio jurídico, deben aplicarse las pertinentes consecuencias sobre su ineficacia o invalidez "; y también, que a la nulidad no es obstáculo el que la prohibición administrativa no tenga carácter absoluto. La sentencia de 30 de noviembre de 2006 (recurso núm. 5670/00), citando otras anteriores, declara que la ilicitud administrativa puede comportar la nulidad civil del contrato que incurra en la misma. Otras sentencias ratifican la doctrina general de la de 25 de septiembre de 2006 , [...]" . Asimismo la sentencia de 22 diciembre 2009 señala que " no es aceptable la afirmación de la parte recurrente en el sentido de que la infracción de normas administrativas no puede dar lugar a la nulidad de un contrato, pues esta Sala, en aplicación del artículo 6.3 CC , invocado como infringido, tiene declarado que cuando, analizando la índole y finalidad de la norma legal contrariada y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, la normativa administrativa resulta incompatible con el contenido y efectos del negocio jurídico deben aplicarse las pertinentes consecuencias sobre su ineficacia o invalidez (STS de 25 de septiembre de 2006) y no es obstáculo a la nulidad que la prohibición administrativa no tenga carácter absoluto (STS de 31 de octubre de 2007) . En sentido similar se pronuncia el TS en sus sentencias de 22 de Diciembre del 2009 (ROJ: STS 8533/2009) y 17 de junio de 2010 (ROJ: STS 4216/2010) .

La citada SAP de Barcelona establece que, en la aplicación de la jurisprudencia del TS, para determinar los efectos de la irregularidad en la que se ha incurrido, es preciso analizar si los actos realizados resultan compatibles o incompatibles con la norma administrativa, juicio que debe hacerse a partir de la consideración de la finalidad perseguida por la norma infringida y por el propio negocio realizado a su amparo.

Ahora bien, son pocas las resoluciones que aplican la nulidad radical ex artículo 6.3 CC y, cuando así se hace, se justifica por vulneración de los contenidos estrictamente imperativos (en general, prohibitivos) de la LMV, sin que sea posible derivar ese efecto directo del genérico incumplimiento de las obligaciones legales reguladas en los artículos 79 y 79 bis, salvo quizá algunos supuestos muy concretos, como la omisión de los test de idoneidad y/o de conveniencia, que en este caso no concurren."

TERCERO.- Por lo que respecta a la acción de anulabilidad por la concurrencia de error como vicio del consentimiento, se ha alegado por la demandada la caducidad de la misma. La propia demandada fija la fecha de cuatro de mayo de dos mil doce como la de vencimiento del contrato y la fija como fecha inicial para el computo del plazo de caducidad de cuatro años. Sin

embargo, el veintiséis de abril de dos mil dieciséis, antes de cumplirse el plazo de cinco años, se interpusieron por los actores diligencias preliminares.

Como señala el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1, en su Sentencia de veintisiete de febrero de dos mil diecisiete:

"TERCERO.- *Decisión de la sala. La caducidad de los contratos relacionados con la adquisición de productos financieros complejos y de riesgo.*

1.- Esta sala ha establecido jurisprudencia sobre la caducidad de las acciones de anulación por error vicio de los contratos relacionados con los productos o servicios financieros complejos y de riesgo en sentencias como las 769/2014, de 12 de enero de 2015, 376/2015, de 7 de julio, 489/2015, de 16 de septiembre, 435/2016, de 29 de junio, 718/2016, de 1 de diciembre, 728/2016, de 19 de diciembre, 734/2016, de 20 de diciembre, 11/2017, de 13 de enero, entre otras. Se trata por tanto de una jurisprudencia asentada y estable.

2.- En estas sentencias hemos declarado en relaciones contractuales complejas, como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones positivas o 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.

3.- La tesis que fundamenta el recurso de casación formulado queda, por tanto, descartada, pues no se ajusta a la jurisprudencia de esta sala sobre la fecha inicial del plazo de caducidad de este tipo de acciones.

4.- Las alegaciones de Bankinter, cuando se le puso de manifiesto la posible causa de inadmisión, tampoco pueden ser estimadas.

La remisión por Bankinter a la demandante de estadillos en los que, en los primeros meses, aparecía una pequeña variación en el valor de las preferentes (en unos casos a la baja y en otros al alza) respecto de la cantidad que pagó la cliente no tiene entidad suficiente para ser considerado como un evento que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error y, por tanto,

deba ser tomado en consideración como momento inicial del plazo para ejercitar la acción de anulación de los contratos. Como reconoce la recurrente, no fue hasta el año 2008 cuando se produjo el desplome en el valor de las participaciones preferentes, que puede considerarse como el evento que permitió a la demandante ser consciente del error en que había incurrido sobre la naturaleza y los riesgos reales de los productos comercializados por Bankinter.

5.- En todo caso, como argumento de refuerzo, la acción no podría considerarse caducada porque, cualquiera que fuera el momento inicial del plazo de caducidad (la emisión de las órdenes de compra, la remisión de los primeros estadillos, el desplome del valor de las preferentes), dicho plazo finalizó no cuando se interpuso la demanda, sino cuando se presentó la solicitud de diligencias preliminares previas a la demanda, a las que se opuso la demandada.

En la misma *sentencia* 769/2014, de 12 de enero de 2015 a que antes hemos hecho referencia, declaramos:

«Incluso de aceptarse que el día inicial del cómputo del plazo de cuatro años para el ejercicio de la acción fuera el de perfección del contrato, como sostienen las sentencias de instancia (lo que, como se verá, no es correcto), las diligencias preliminares fueron promovidas por la demandante dentro del plazo de cuatro años contados desde esa fecha inicial. Dado que a continuación de la tramitación de dichas diligencias preliminares, una vez que la demandante pudo obtener la documentación solicitada a la demandada, se procedió a la interposición de la demanda, ha de considerarse que el transcurso del plazo de ejercicio de la acción cesó cuando se promovieron las diligencias preliminares, y que la acción fue ejercitada dentro de plazo, puesto que las diligencias preliminares son actuaciones preparatorias del ejercicio de la acción que, una vez presentada la demanda a continuación de aquellas, quedan integradas en el ejercicio de dicha acción a los efectos de decidir si esta ha sido ejercitada en plazo.

»En este sentido, la *sentencia* de esta Sala núm. 225/2005, de 5 abril, declaró:

»«El tema de la posible " caducidad " de la acción de impugnación, referido, es tratado acertadamente por las dos Sentencias de la instancia, y hay que estar a lo decidido de conformidad por las mismas, dado que la cesación del "iter" de esa caducidad obró con la presentación de las Diligencias Preliminares del juicio, planteadas por la parte actora previamente a la de la demanda de la esposa, pues, limitadas a la exhibición y aportación de documentos que se referían al ejercicio de tal acción, lo actuado se unió, formando parte de la demanda, conforme al *art. 502-2º LEC*, y dicha reclamación se hizo antes del transcurso del término anual de caducidad

dicho, ya que no hay que separar el procedimiento referido del proceso propio, al formar parte de él».»

6.- Dado que las órdenes de compra fueron emitidas en julio de 2006 y las diligencias preliminares previas a la interposición de la demanda fueron solicitadas en febrero de 2010, la acción nunca podría haberse considerado caducada."

No puede entenderse caducada la acción, ni siquiera pese a que don [REDACTED] diga que ya en Navidades le dijeron que el producto no iba bien, ya que el mismo no había vencido y podía variar la situación, y además de lo relatado por el mismo se desprende que creyendo que el dinero invertido estaba asegurado la relevancia de ese "ir mal" el producto podría significar pensar que no iba a obtener rendimientos por el dinero invertido pero no que no lo fuese a recuperar.

CUARTO.- En el acto del juicio ha declarado don [REDACTED] [REDACTED] la testifical de don [REDACTED] [REDACTED] y las periciales de don Jesús Contreras Páez y don [REDACTED] [REDACTED].

Don [REDACTED] ha explicado que tenía una empresa y que tenía relación con Banco Pastor, con el Banco Santander y don Banco Popular. En el año dos mil seis fue la primera vez que contrató con Popular Banca Privada, S.A., y [REDACTED] [REDACTED] era el que le invertía en fondos, dos mil, dos mil quinientos euros y le decía cuando lo sacaban porque iba mal, hacía y deshacía. Que él recuerde no invirtió en acciones. Tuvo un CFA en el año dos mil seis con un resultado positivo de un 10% y un segundo con acciones subyacentes del Popular y Santander, luego el de Allianz y finalmente otros dos. Ha demandado por todos menos por el primero porque no tuvo pérdidas. En total invirtió en estos productos ochocientos y pico mil euros, de los cuales quinientos mil fueron apalancados puesto que él sólo disponía de trescientos mil euros. El de banca privada les ofreció el préstamo de quinientos y pico mil euros porque era un buen producto y tenía que apostar fuerte. NO entendía lo que era el test, no lo entendía. Quería sacra una rentabilidad, en ese caso no recuerda pero cree que era del 90%. Le dijeron que no tenía riesgo, por lo menos el capital que invertía, pensaba que ese capital no lo iban a tocar. En el test puso Pablo lo que quiso, confiaba mucho en él y fue quien puso que el perfil era arriesgado; se fiaba de él porque el que sabía era él. Se reunieron para firmar los contratos y precontratos y luego, en cinco años, una vez. Supone que le dieron la diapositiva del producto pero no recuerda cuando. Recuerda que había un catálogo de productos. Primero firmó el precontrato, que le habían facilitado antes, y más o menos una semana después el contrato. No recuerda si lo leyó o no. Seguramente fue igual en todas las contrataciones. No recuerda si luego comentaba con Pablo en contrato. Como creía que tenía el capital asegurado no se preocupó cuando llegó la crisis, en los informes que le mandaban para la declaración de la renta siempre ponía que tenía cien mil euros. Le hipotecaron por trescientos mil euros

sus propiedades con un 29% de interés y por eso tuvo que malvenderlo. En torno a Navidades le comentaron que el producto iba mal. Su hija no le asesoró. Se preocupó cuando recibió las liquidaciones porque pensaba que el capital estaba asegurado. Siempre había contratado plazos fijos. Fue el director de la oficina del Popular el que le dijo que si quería sacar más rendimiento tendría que hablar con el de banca privada. Aunque le presentaron varias fichas de diferentes productos, Pablo le dijo que el ideal era ese. El empleado de la entidad elegía los productos y le dijo que era idóneo y conveniente para él. Él estudió hasta los trece años en la escuela del pueblo y su esposa hasta los catorce. Lo contrató porque se lo ofrecieron.

Don [REDACTED] no recordaba cuando conoció a don [REDACTED], ni tampoco sus inversiones anteriores o posteriores, cree que tenía CFA's fondos de inversiones y acciones. NO recuerda en cuales tuvieron beneficios y en cuáles no. Se le mostraban varias fichas de un catálogo y elegís, primero se firmaba el precontrato y luego el contrato. El cliente elegía el contrato y le importe con unos mínimos. Explicaba el producto y su funcionamiento, les dijo que el capital no estaba garantizado. El cliente conocía el riesgo de pérdida del capital. Les explicó los escenarios y las posibilidades si llegaban al vencimiento. No recuerda como se hizo el test aunque lo habitual es reunirse con el cliente. No cree que les dijese que incluso era más seguro que la renta fija. Entendía que sabían y entendían lo que contrataban, no recuerda que le indicasen lo contrario. Había reuniones donde se hablaba de la evolución de los productos y con la crisis se hablaba. El cliente sabía que el resultado podía ser ese. Los contratos no son cancelables salvo en las fechas señaladas. No recuerda haberse sentado con [REDACTED] a explicárselo pero sí puede de decir que con [REDACTED] no se reunió. Era un conveniente e idóneo para ellos. El contrato es pre redactado por la asesoría jurídica del banco. No recuerda ni donde ni cuando se firmó. Tenían acciones. El catálogo que les mostró era todo de productos estructurados, con diferencias en los tiempos y en las acciones.

Los peritos han intervenido conjuntamente y han explicado que se trata de un producto arriesgado, que no cotiza en el mercado (añadiendo don Jesús que esto lo hace impropio de consumidores), que es un producto complejo (señalando don [REDACTED] que lo es porque se compone de partes y don Jesús que lo es además por la existencia de derivados). Don Jesús indica que presenta más riesgo que las acciones porque no se puede recuperar el dinero antes del término salvo que el banco lo quiera permitir, mientras que don [REDACTED] lo considera menos arriesgado porque está cubierto ante las bajadas del 20%). Ambos explican que el test de idoneidad se hace en casos de asesoría a diferencia del de conveniencia.

Don Jesús ha señalado que el riesgo del producto es elevado, muy superior al moderado del test, y que además excede de la situación financiera de los actores; entiende don Rubén que lo que hay que ver es si tienen patrimonio suficiente y que se

paga un 18% anual porque es un producto de riesgo, lo importante es la proporción de los productos de riesgo en una cartera concreta; el apalancamiento aumenta el riesgo y también la rentabilidad.

Don Jesús entiende que existe conflicto de intereses pues hay emisiones propias y es perjudicial para el cliente lo que descarta don [REDACTED] pues dice que no hay títulos valores. Don Jesús señala que se les informa de que vende un derivado financiero y don [REDACTED] dice que es un exceso de información innecesaria y que no aportaría nada.

Indican don [REDACTED] y don Jesús que no se podía entender que el capital estaba garantizado porque no lo estaba y que se explican las posibilidades del contrato pero don Jesús señala que no está el alcance económico no hay referencia a la volatilidad, etc.

Difieren en el aspecto de si la crisis financiera era previsible, considerando don Jesús que sí y don [REDACTED] que no.

Don [REDACTED] señala que hay un contrato espejo. Si para captar el depósito monto un producto un poco exótico lo monto, pero el riesgo lo elimino. Es un producto para gente que le gusta el riesgo. Don Jesús señala que no hay prueba de que haya un contrato espejo (indicando la letrada que sólo lo pregunta porque es la práctica bancaria pero no se ha aportado prueba al respecto).

Don Jesús dice que se trata de lo que la normativa entiende como un producto en el que existe conflicto de intereses y además perjudicial para el cliente.

Desde dos mil nueve o dos mil diez la CNMV exige que se informe del valor razonable y no el nominal. Tendría sentido si se pudiese cancelar anticipadamente. Don Jesús dice que en la información poscontractual se dice que tiene un plazo fijo.

Consta en autos el precontrato y contrato objeto de litigio, datos fiscales de los actores de los años dos mil siete y dos mil ocho y posteriores, la pericial de con Jesús Contreras Páez, test de idoneidad, impresiones de pantalla del sitio web de la entidad, documento de la CNMV sobre productos complejos, la Memoria del año dos mil nueve de atención de reclamaciones y consultas de inversiones y otros documentos de la CNMV, auto acordando la práctica de las diligencias preliminares y comunicaciones entre los actores y la entidad. Información mercantil e incidencias de excavaciones Benavente, movimientos de cuenta, folletos informativos, contrato y precontrato, test de idoneidad, pericial de don [REDACTED].

QUINTO.- De la prueba practicada resulta que don [REDACTED] y doña [REDACTED] únicamente depósitos bancarios a la vista y a plazo, fondos de inversión y acciones y únicamente

un bono estructurado, con la misma entidad en el año dos mil seis, y que había dado un resultado positivo.

La suscripción del contrato que precedió al de veintisiete de abril de dos mil siete y contrato de cuatro de mayo de dos mil siete, se hace justo en el momento en que empiezan a trabajar con Banca Privada, según indican reconducidos por el empleado de la entidad en que tenían depositada su confianza; posteriormente se celebran otros semejantes entre los que se encuentra el litigioso. Pese a lo manifestado por don [REDACTED] y como señala don Jesús, es sorprendente que con su historial de inversiones y con la edad que tenían en dicho momento, de repente un día se decidan a invertir tan importantes sumas de dinero en unos productos con un elevadísimo riesgo, si no es por recomendación de la entidad. De hecho, don Pablo dice que se les muestran un catálogo de productos, para aclarar más adelante que en realidad son todo productos estructurados semejantes con diferencias en el plazo y los rendimientos.

Además del CFA que no ha sido objeto de demanda por dar un resultado positivo, se suscribieron otros por importe de más de ochocientos mil euros, hasta el punto de que disponiendo los actores de unos trescientos mil euros, la entidad les prestó el importe restante.

Al llegar la fecha del vencimiento, como indica la propia demandada, se concretó el peor escenario posible y se entregó a los actores 6.807 acciones de Banco Popular.

Se trata de un producto no susceptible de cancelación anticipada por el cliente.

Hemos de partir señalando que el producto financiero estructurado objeto del procedimiento es complejo, y de elevado riesgo; está incluido en el anexo I, sección C, de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004 relativa a los mercados de instrumentos financieros. Son activos (o productos) financieros de inversión sin garantía de devolución del capital invertido, con un vencimiento determinado y una rentabilidad ligada a la evolución de una acción bursátil, un índice, un tipo de interés, fondos de inversión, materias primas o un tipo de cambio, siendo nota esencial la existencia de un activo de referencia (activo subyacente) al que se vincula la rentabilidad final del producto.

En este caso los activos subyacentes fueron acciones de Banco Popular Español y de Banco de Santander Central Hispano, el plazo de vencimiento de las operaciones era de cinco años tratándose de un producto estructurado, señala el señor Contreras que se diseña a través de la combinación de instrumentos de inversión, combinado un bono y opciones sobre acciones (opción put) de elevados riesgos (hasta la pérdida del 100% de lo invertido), de reducida liquidez, complejo,

que presenta intereses opuestos de la entidad y el cliente y perjudicial para el cliente.

Este producto exige el seguimiento de varios productos financieros fijando las consecuencias dependiendo de los diferentes escenarios en que puedan encontrarse cada uno de los activos subyacentes respecto a su valor inicial y combinado con el resultado de los otros activos. El Tribunal Supremo ha calificado como productos complejos de inversión a estos productos estructurados (sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2015 y 25 de febrero de 2016).

El Banco de España, en el dictamen del primer trimestre del año 2008 del Servicio de Reclamaciones, se dispone que "estos depósitos (estructurados) son instrumentos cuya configuración alcanza un cierto grado de complejidad. Para su correcta comprensión y valoración, en cuanto a su adecuación a los objetivos de rentabilidad del cliente, se requiere a juicio de este servicio de reclamaciones una formación financiera claramente superior a la que posee la clientela bancaria general...". Y la complejidad del producto se subraya igualmente en el documento de la CNMV denominado "Guía sobre catalogación de los instrumentos financieros como complejos o no complejos", publicado en 2010.

Presentan un alto componente especulativo; se comercializan con una, atractiva rentabilidad, condicionada, al igual que el rescate del capital invertido, a la evolución de las acciones reseñadas como subyacentes, sin que estuviera el capital garantizado, y sin posibilidad de cancelación anticipada, lo que hace complicado tener conciencia real de los riesgos si no se dispone de una concreta formación al respecto.

El riesgo de pérdida del capital invertido es tal que llegó a materializarse, quebrándose la pretendida rentabilidad de los mismos no debiendo olvidar que hasta les fue prestado dinero a los demandantes, ya de edad avanzada, y que tenían una trayectoria de inversión en productos que nada tenían que ver con el que nos ocupa. Es más, no tiene sentido el invertir tales sumas de dinero sin diversificar dichas inversiones.

Es evidente, que los actores no disponían de la formación y cualificación suficiente por el mero hecho de haber tenido una empresa familiar, y como resulta del historial de inversiones, sin que pueda compararse la complejidad de un CFA con la adquisición de acciones.

En cuanto al perfil de los actores la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2013 dice:

"Como resumen de lo expuesto, el régimen jurídico resultante de la Ley del Mercado de Valores y de la normativa reglamentaria que la desarrolla, interpretadas a la luz de la letra y de la

finalidad de la Directiva 1993/22/CEE de la que son desarrollo, impone a las empresas que actúan en el mercado de valores, y en concreto a las que prestan servicios de gestión discrecional de carteras de inversión, la obligación de recabar información a sus clientes sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión, y la de suministrar con la debida diligencia a los clientes cuyas carteras de inversión gestionan una información clara y transparente, completa, concreta y de fácil comprensión para los mismos, que evite su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Deben observar criterios de conducta basados en la imparcialidad, la buena fe, la diligencia, el orden, la prudencia y, en definitiva, cuidar de los intereses de los clientes como si fuesen propios, dedicando a cada cliente el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos, respondiendo de este modo a la confianza que el inversor deposita en el profesional en un campo tan complejo como es el de la inversión en valores mobiliarios".

Y la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014 razona que debe considerarse al cliente como minorista por exclusión, cuando no se acredita ser inversor experto o cualificado, al encuadrarse en la definición siguiente: "Al propio tiempo debe señalarse que los artículos 38 y 39 del RD 1.310/2.005 distinguen entre tres clases de inversores en valores negociables: el inversor o cliente minorista, el inversor iniciado o experto y el inversor cualificado, siendo calificado el minorista por exclusión, pues lo es quien no es ni experto, ni cualificado, siendo dicho minorista merecedor de una mejor protección jurídica que la procurada por el principio de autotutela, previo acceso a una información reglada sobre el emisor y los valores que rige el mercado primario, pues la simple disposición de la información reglada y su registro en la Comisión Nacional del Mercado de Valores no desactiva la responsabilidad del emisor y demás sujetos intervinientes, ya que ello no produce el efecto de capacitar a todo inversor para considerar la naturaleza y riesgos, ni para evaluar la situación financiera actual y previsible del emisor".

Nos encontramos ante clientes minoristas no cualificado, dice el TS en sentencias de 18 de abril y de 15 de septiembre, que la actuación en el mercado de valores exige un conocimiento experto, que no lo da la actuación empresarial en otros campo.

El tener un importante patrimonio, o haber suscrito con anterioridad un CFA y también posteriormente a éste, no supone que sean expertos, ya que no se ha probado que recibieran una información adecuada para contratar el producto conociendo la naturaleza del productos, los riesgos de una inversión compleja y sin garantías. Es más, el que el anterior CFA llegase a su vencimiento con un resultado positivo pudo influir en

mantenerles en la creencia de que el capital invertido estaba asegurado, sin percatarse de los riesgos reales del mismo.

No cabe duda de la relación de asesoramiento; los clientes son derivados desde el Banco Popular a su filial POPULAR BANCA PRIVADA, entidad experta en gestión de patrimonios y en este tipo de asesoramiento.

Dice el Tribunal Supremo en su sentencia núm. 244/2013, de dieciocho de abril, que «el régimen jurídico resultante de la Ley del Mercado de Valores y de la normativa reglamentaria que la desarrolla, interpretadas a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva 1993/22/CEE de la que son desarrollo, impone a las empresas que actúan en el mercado de valores, y en concreto a las que prestan servicios de gestión discrecional de carteras de inversión, la obligación de recabar información a sus clientes sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión, y la de suministrar con la debida diligencia a los clientes cuyas carteras de inversión gestionan una información clara y transparente, completa, concreta y de fácil comprensión para los mismos, que evite su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Deben observar criterios de conducta basados en la imparcialidad, la buena fe, la diligencia, el orden, la prudencia y, en definitiva, cuidar de los intereses de los clientes como si fuesen propios, dedicando a cada cliente el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos, respondiendo de este modo a la confianza que el inversor deposita en el profesional en un campo tan complejo como es el de la inversión en valores mobiliarios.»

El artículo 63.1.g) de la Ley de Mercado de Valores el cual determina que se entiende por asesoramiento en materia de inversión "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", sin que se considere como tal "las recomendaciones de carácter genérico y no personalizadas que se puedan realizar en el ámbito de la comercialización de valores e instrumentos financieros, que tendrán el valor de comunicaciones de carácter comercial".

No puede admitirse que la labor de la demandada no fuese de asesoramiento en base a lo anteriormente establecido, menos aun cuando tratan de justificar haber realizado una correcta información, sin que hayan aportado prueba alguna de que fuesen los actores quienes directamente acudiesen a contratar dicho producto sin ninguna labor por medio de la entidad quien además realizó un test de idoneidad, señalando ambos peritos que es propio de los servicios de asesoramiento.

La STS de 20 de enero de 2014 argumenta: "el Tribunal de Justicia entiende que 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".

A los efectos del art. 78 bis de la Ley del Mercado de Valores, el carácter de minoristas de los actores supone que no se le presume «la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos». Y como minoristas, les alcanzaba el más alto nivel de protección previsto en la normativa del mercado de valores, con la obligación de la entidad de proporcionar al cliente "información imparcial, clara y no engañosa" (art. 79 bis.2 LMV) y suministrarle "de manera comprensible información adecuada sobre la entidad y los servicios que presta; sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión; sobre los centros de ejecución de órdenes y sobre los gastos y costes asociados de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa", (art. 79 bis.3 LMV), estándar de información que no debía relajarse por el hecho de que los demandantes hubieran tenido el dinero depositado en fondos de inversión, ni porque quisiera obtener una mayor rentabilidad, propósito entendible, lo que se discute es si recibió la información adecuada para la adquisición de los productos objeto de este litigio.

Como declaró el TS en las sentencias núm. 244/2013, de 18 de abril, y 769/2014, de 12 de enero de 2015 , para la entidad de servicios de inversión la obligación de información que establece la normativa legal del mercado de valores es una obligación activa, no de mera disponibilidad. Es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, no sus clientes, inversores no profesionales, quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión y formular las correspondientes preguntas.

Como declara la más reciente STS 25 de febrero de 2016, rec. 2578/2013 , sobre los deberes de información y el error vicio del consentimiento en los contratos de inversión, con reiteración de la jurisprudencia contenida en las sentencias del Pleno de esa Sala núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014 , y 769/2014, de 12 de enero de 2015 , así como la sentencia 489/2015, de 16 de septiembre «El art. 11 de la 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 a los contratos anteriores a la Ley 47/2007, exigía que la información «clara, correcta, precisa, suficiente» que debe suministrarse a la clientela sea «entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación». Y el art. 79 bis LMV reforzó tales obligaciones para los contratos suscritos con posterioridad a dicha Ley 47/2007. La consecuencia de todo ello 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 su 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».

Así, señala la STS de 20 de enero de 2014, recurso número 879/2012 (doctrina reiterada en las Ss. Del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2014, recursos 892/2012 y 1520/2012, y de 8 de julio de 2014, recurso 1256/2012) que: «... ordinariamente existe una desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional. La complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros. Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, esta necesidad de protección se acentúa porque las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto».

Dice la Audiencia Provincial de Madrid, sección 12, en sentencia de veintinueve de septiembre de dos mil diecisiete, aplicable a este caso: "En este caso, no consta que hubiera esa información previa, más allá de las afirmaciones interesadas del empleado de la entidad, que no pueden suplir el rastro documental que exige la normativa expuesta, como destaca la STS referida. Documental que exige la suscripción expresa de los clientes de las ejemplificaciones de escenarios adversos o de los estudios sobre la evolución de las subyacentes, y no la aportación de meros documentos generales sobre estudios del producto que no figuran en ningún caso entregados a los demandantes."

En la fecha de la suscripción no se realizó el test de idoneidad, no estando vigente la normativa MiFID, con lo que se realizó el veinte de diciembre de dos mil siete. En el test se hace constar el perfil moderado del inversor, incongruente con el producto contratado sin que se acredite haber proporcionado

a los actores ningún tipo de información verbal aclaratoria o complementaria a la información escrita.

El Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, en Sentencia de 21 de noviembre de dos mil once, establece que: «Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta - sentencias 114/1985, de 18 de febrero, 295/1994, de 29 de marzo, 756/1996, de 28 de septiembre, 434/1997, de 21 de mayo, 695/2010, de 12 de noviembre, entre muchas-. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea...».

En el caso que nos ocupa afectaría a los concretos riesgos asociados con la contratación del producto.

Como indica la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid a la que antes hemos hecho referencia, "El hecho de que el apartado 3 del art. 79 bis LMV imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, 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 instrumento", 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.

El deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrarla de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en qué consiste el error le es excusable al cliente.

Las entidades apelantes en el presente caso, hizo una dejación manifiesta de las obligaciones y cautelas impuestas por el ordenamiento jurídico para cumplir tal deber de selección del cliente e información al mismo. En otro orden, la diligencia exigible para eludir el error es menor cuando se trata de una persona inexperta que contrata con un experto (STS de 4 de enero de 1982 y 30 de enero de 2003). Al experto (al profesional) en estos casos se le imponen, además, específicas obligaciones informativas tanto por la normativa general como por la del mercado financiero. Además, como afirma la STS 110/2015, de 26 de febrero, cuando se trata de "error heteroinducido" por la omisión de informar al cliente del riesgo real de la operación, no puede hablarse del carácter

inexcusable del error, pues como declaró la STS 244/2013, del Pleno, de 18 de abril de 2013, la obligación de información que establece la normativa legal es una obligación activa que obliga al banco, no de mera disponibilidad.

Y la más reciente STS de 25 de febrero de 2016, 2578/2013, declara que: «1.- Las sentencias del Pleno de esta Sala núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014 , y 769/2014, de 12 de enero de 2015 , así como la sentencia 489/2015, de 16 de septiembre , recogen y resumen la jurisprudencia dictada en torno al error vicio en la contratación de productos financieros y de inversión. Afirmábamos en esas sentencias, con cita de otras anteriores, que hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea. Es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración, lo que exige que la equivocación se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias o de motivos incorporados a la causa (sentencia núm. 215/2013, de 8 abril).

La diligencia exigible ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso. En principio, cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible, y si no lo hace, ha de cargar con las consecuencias de su omisión. Pero la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas, no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, de modo que es exigible una mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto, y, por el contrario, es menor cuando se trata de persona inexperta que entra en negociaciones con un experto, siendo preciso para apreciar la diligencia exigible valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta, aunque no haya incurrido en dolo o culpa.

En definitiva, el carácter excusable supone que el error no sea imputable a quien lo sufre, y que no sea susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe. Ello es así porque el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando este no merece esa protección por su conducta negligente, ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración.

En el ámbito del mercado de valores y los productos y servicios de inversión, el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, y por lo tanto no haya padecido error al

contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo, de acuerdo con lo declarado por esta sala en las citadas sentencias núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, y núm. 769/2014, de 12 de enero, entre otras».

La demandada infringió su deber legal de información proporcionando unos documentos difícilmente comprensibles para quien careciera de conocimientos en este tipo de productos complejos estructurados, y sin que conste prueba suficiente de haberlo suplido mediante la información verbal pues el testigo ha hecho únicamente referencias generales.

No se ha acreditado que los actores tuviesen un perfil inversor agresivo o dinámico.

El incumplimiento del deber legal de información hacia un cliente lleva aparejada la anulación del contrato de conformidad con el artículo 1.266 del Código Civil en relación con sus artículos 1.265 y 1.300 y concordantes.

El perjuicio a los actores es evidente desde el momento en que perdieron el capital invertido en un producto que presenta un conflicto entre los intereses de la entidad y los del cliente, sin que exista prueba de que se disponga de contratos espejo. Finalmente decir que en el año dos mil siete casi a mediados de año, existían ya datos de la posible crisis.

No puede estimarse que el consentimiento se emitiese con pleno conocimiento del producto a contratar, pero es que esta deficiente información se extiende en la fase poscontractual en la que en ningún momento se informa a los clientes del valor real de su inversión, sino que se mantiene en todo momento el importe total de lo invertido, lo que produce mayor error o la confianza en que el principal invertido no se perdería, hasta el punto de que en la información fiscal a los demandantes se incluye el producto entre los depósitos en cuenta corriente o de ahorro, a la vista o a plazo.

Teniéndose por totalmente incumplido por la demandada sus deberes legales de información, y no habiendo en los actores conocimientos y experiencia suficiente por su parte para conocer ni entender el funcionamiento del producto, su alcance y riesgos, se entienden claramente insuficientes los documentos obrantes en autos, lo que lleva a determinar que la prestación del consentimiento lo fue con vicio de error, esencial desde luego, al recaer sobre la esencia del producto financiero, (naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero y conflicto de intereses) y excusable, en tanto el mismo habría estado provocado por el incumplimiento por parte de la entidad bancaria de su obligación de información.

Pero es más, incluso en el supuesto de que estimásemos que los actores era conocedores de la naturaleza del producto, es evidente que la información prestada, considerando la falta de experiencia en productos financieros, fue incompleta y ajena a la complejidad real del producto que suscribió, como hemos explicado omitiendo, en el caso de la renovación, la verdadera situación de la entidad, la cual ha cumplido con la obligación fundamental que le incumbía, a la luz de lo dispuesto en los arts. 7.1 y 1.259 del CC y LMV y normativa que lo desarrolla, siendo, además, que esa información debió ser reforzada, como se en virtud del asesoramiento individualizado al que ya hemos hecho referencia.

En cuanto al deber de información en los contratos bancarios, la sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 18 abril 2013 , tras hacer mención al régimen jurídico que habrá de regir el contrato de gestión de carteras de inversión, a qué se refería el procedimiento, recoge el régimen jurídico del deber de información, del que nos interesa destacar la obligación (artículo 79 de la Ley del Mercado de Valores), de comportarse la entidad bancaria o crediticia con diligencia y transparencia en el interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado, cuidando los intereses del cliente como si fuesen los propios y asegurándose de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y manteniéndolos siempre adecuadamente informados; precisamente a consecuencia de la transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la directiva 1993/22/CEE, 10 mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, cuyos artículos 10 a 12 (expresa la sentencia del Tribunal Supremo repetida) exige un elevado estándar en las obligaciones de actuación de buena fe, prudencia, e información por parte de las empresas de servicios de inversión respecto de sus clientes ; artículos 11 y 12 de la repetida Directiva, que damos por reproducidos, por eso se señala en la misma "Las indicaciones del cliente sobre su perfil de riesgo y sus preferencias de inversión desempeñan una función integradora del contenido del contrato (...) Por eso es fundamental que al concertar el contrato las preguntas formuladas al cliente para que defina su perfil de riesgo y los valores de inversión que pueden ser adquiridos sean claras, y que el profesional informe al cliente sobre la exacta significación de los términos de las condiciones generales referidas a dicho extremo y le advierta sobre la existencia de posibles contradicciones que pongan de manifiesto que la información facilitada al cliente no ha sido debidamente comprendida" y finaliza la misma "el banco no cumplió el estándar de diligencia, buena fe e información completa, clara y precisa que le era exigible al proponer a los demandantes la adquisición de determinados valores que resultaron ser valores complejos y de alto riesgo".

Lo que supondría motivo suficiente para la resolución del contrato.

Ahora bien la negligencia en la comercialización va más allá del simple incumplimiento considerando que supone un error en el consentimiento que vicio el mismo siendo de aplicación el artículo 1.265 del Código Civil, por lo que procede declarar nulos el "contrato financiero a plazo subyacente: acciones de Banco Popular Español, S.A. y Banco Santander Central Hispano, S.A." suscrito por importe de 100.000 euros el cuatro de mayo de dos mil siete, así como el precontrato de veintisiete de abril de dos mil siete, por la concurrencia de error en el consentimiento, con la subsiguiente retroacción de las posiciones jurídicas y económicas de los litigantes a la situación anterior a la fecha de formalización del contrato anulado, condenando a la entidad demandada a la efectiva devolución al actor del principal invertido en el producto, más los intereses legales desde la fecha de la contratación, con minoración de las cantidades percibidas por esta parte en concepto de cupones aplicando a dichas cantidades idéntico interés, y devolución a la demandada de las acciones de Banco Popular y sus dividendos, o resultado de la venta de las mismas Efectos coincidentes con los de la resolución del contrato.

CUARTO.- Por tanto las costas procesales deben ser impuestas a la parte demandada al resultar aplicable el artículo 394 LEC.

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

FALLO

Que ESTIMANDO la demanda formulada a instancia de don [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED], contra la entidad Popular Banca Privada, S.A., DEBO DECLARAR Y DECLARO la nulidad del "contrato financiero a plazo subyacente: acciones de Banco Popular Español, S.A. y Banco Santander Central Hispano, S.A." suscrito por importe de 100.000 euros el cuatro de mayo de dos mil siete, así como del precontrato de veintisiete de abril de dos mil siete, por la concurrencia de error en el consentimiento, con la subsiguiente retroacción de las posiciones jurídicas y económicas de los litigantes a la situación anterior a la fecha de formalización del contrato anulado, condenando a la entidad demandada a la efectiva devolución al actor del principal invertido en el producto, más los intereses legales desde la fecha de la contratación, con minoración de las cantidades percibidas por esta parte en concepto de cupones aplicando a dichas cantidades idéntico interés, y devolución a la demandada de las acciones de Banco Popular y sus dividendos, o resultado de la venta de las mismas, con imposición de costas a la demandada.

Contra esta resolución podrá interponerse recurso de apelación, ante este mismo Juzgado, en el plazo de veinte días de conformidad con los trámites descritos en el art. 457 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil.



Conforme a 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, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para la interposición del recurso de apelación será necesaria la previa constitución de un depósito de cincuenta euros (50€) mediante consignación en la cuenta de este juzgado. Si se estimare total o parcialmente el recurso en la misma resolución se dispondrá la devolución de la totalidad del depósito. Notifíquese.

Así por ésta mi sentencia, definitivamente juzgando en esta instancia, lo pronuncio mando y firmo.