

JDO. 1A.INST.E INSTRUCCION N. 6
ZAMORA

NOTIFICADO

Por MARIA VICTORIA VAZQUEZ NEGRO fecha 11:16 , 09/03/2017

SENTENCIA NÚM. 46/17

En Zamora, a 7 de Marzo de 2017.

Vistos por **DOÑA MARIA ISABEL AGUADO GARCIA-LUJAN**, Magistrado- Juez del Juzgado de Primera Instancia número 6 de Zamora , los presentes autos de juicio ordinario nº 424/16 ,seguidos a instancia de **DOÑA MARIA VICTORIA VAZQUEZ NEGRO** , Procuradora de los Tribunales y de [REDACTED] , asistida de la Letrada **DOÑA MARIA ESTHER BECERRO SEOANE** , contra **BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.**, representada por el Procurador [REDACTED] **RODRIGUEZ** y asistida por el Letrado [REDACTED] , sobre acción declarativa y de condena.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que por la actora se presentó demanda origen de los presentes autos en base a los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, suplicando del Juzgado se admitiera a trámite la demanda y previos los trámites legales dictara sentencia por la que se declarare la nulidad por error en el consentimiento o en virtud de los artículos 6.3 y 7 del Código Civil, o por error obstativo o por dolo o por falta de causa o falsedad de la misma , de las dos órdenes de suscripción y de posterior canje de 100 Bonos subordinados de fechas 2 de octubre de 2009 y de 7 de mayo de 2012 por un importe total de 100000 Euros con la subsiguiente retroacción de las posiciones jurídicas y económicas de la actora a la situación anterior a la fecha de formalización del contrato anulado condenando a la entidad demandada a la efectiva devolución a la actora del principal invertido del producto , más los intereses legales desde la fecha de contratación con minoración de las cantidades percibidas por la actora en concepto de cupones , aplicando idéntico interés a esas cantidades y devolución a la demandada de las acciones de Banco Popular fruto de la conversión obligatoria de 25 de noviembre de 2015 y los posibles dividendos percibidos por dichas acciones ; por último, subsidiariamente que se declare que la demandada ha realizado una defectuosa y negligente prestación del servicio de asesoramiento en la contratación con la consiguiente resolución del contrato por incumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales , condenando a la entidad

Validez desconocida

Firmado por: AGUADO GARCIA-LUJAN
MARIA ISABEL
OU=FNMT Clase 2 CA, O=FNMT, C=ES
Minerva

demandada en los mismos términos antedichos y con condena a la demandada al pago de las costas procesales .

SEGUNDO.- Que admitida a trámite la demanda, se dio traslado de ella a la demandada, para que en el plazo de veinte días compareciera y contestara a la demanda, lo que así hizo , alegando los hechos y Fundamentos de Derecho que estimó de aplicación, quedando citadas las partes, para la celebración de la preceptiva Audiencia Previa en la que tras ratificarse en sus escritos iniciales y llevarse a cabo la proposición de la prueba que se estimó por conveniente, se señaló la fecha del juicio en el que se practicaron todas las pruebas propuestas y admitidas, quedando los autos vistos para sentencia.

TERCERO.- Que en la tramitación de este procedimiento se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Se ejercita por la actora acción declarativa y de condena sobre la base de los siguientes hechos: Que con fecha 23 de Octubre de 2009 , la actora, inducida por los empleados de la entidad bancaria, antes Banco Castilla, ahora, Banco Popular, S.A. , suscribió aunque la firma es de su padre, una orden de valores de Bonos Subordinados convertibles Popular por un importe total de 100000 Euros en la sucursal de Banco Popular de Zamora; que después firmó en el 2012 una orden de valores para el canje en Bonos necesariamente convertibles en acciones del Banco Popular y convertibles en acciones de Banco Popular el 25 de Noviembre de 2015 emitidas por un importe de 100000 Euros ; que la actora es cliente minorista y no estaba capacitada para la suscripción de un producto tan complejo como éste ; que el único documento que fue puesto a disposición de la actora en la contratación de 2009 fue la orden de valores en la que se denomina simplemente como “ Bonos” a este producto que se vende y se ofrece como seguro y garantizado; que nada se dice de subordinados y nada de esto se supo durante 3 años hasta la carta de canje de mayo de 2012 cuando tampoco se le explicó lo que suponía la coletilla de “ subordinados” , término que hasta ese momento jamás había escuchado , leído o explicado por nadie ; que no se le explicó que en caso de quiebra la deuda subordinada estaría a la cola en la orden de prelación de acreedores ; que en el canje del 2012 se mantuvo en la completa ignorancia sobre el producto a la actora , se realizó una preorden y se dijo que cuando se llevara a efecto la orden sería cuando se le facilitaría la información ; que por todo ello y al estar invalidada la voluntad de la actora que no sabía en absoluto lo que estaba contratando, se interpone la presente demanda al amparo de los artículos 1258 y concordantes del Código Civil y artículos 78 bis, 79, 79 bis y concordantes de la Ley de Mercado de Valores , con el contenido obrante en el suplico de la misma.

Por su lado, la demandada se opone a las pretensiones de la demanda alegando en primer lugar, la caducidad de la acción de anulabilidad y en segundo lugar y en esencia que la entidad ha cumplido todas sus obligaciones de información, tanto documentales como verbales habiendo sanado en su caso el vicio de consentimiento por el canje de los bonos en acciones, existiendo además renuncia al ejercicio de acciones.

SEGUNDO.- Se ejercita en el presente procedimiento acción de nulidad de contratos de suscripción de bonos subordinados celebrado entre las partes y subsidiariamente de resolución y en consecuencia, la acción de condena a la entidad bancaria demandada a restituir la cantidad de 100000 Euros ,alegando para ello las razones expuestas en la demanda .

Opuesta por la demandada la excepción de caducidad de la acción de nulidad , decir que ha de estarse a la doctrina jurisprudencial contenida en sentencias como la del Tribunal Supremo de 12 de Enero de 2015 conforme a la que el dies a quo del plazo de los 4 años ha de contarse desde que ocurre el suceso relevante que permite a la parte conocer el error; en el año 2009 , la actora suscribe el producto por primera vez y el canje del 2012 no le permite conocer el error ya que se le dice por la entidad que es renovación no siendo sino hasta el vencimiento en Noviembre de 2015 cuando la actora al canjear por acciones conoce el verdadero alcance del producto contratado; por lo dicho, procede desestimar la excepción de caducidad invocada.

Entrando ya en el fondo del asunto, para resolver la cuestión que nos ocupa, procede acudir a la doctrina jurisprudencial contenida en sentencias como la de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de Mayo de 2015; la misma recoge literalmente : "...La Sentencia del pleno del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014 , refiriéndose a un contrato complejo y de riesgo, como es el, de permuta financiera, analiza la Ley de Mercado de Valores, tras la promulgación de la denominada normativa MIFID, la cual es de aplicación al presente supuesto, ya que el artículo 2. 1 c) de la Ley de Mercado de Valores indica que dicha normativa será aplicable, entre otros, a: " Los bonos, obligaciones y otros valores análogos, representativos de parte de un empréstito, incluidos los convertibles o canjeables."

Indica la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014, que cuando se realizan labores de asesoramiento deberá practicarse test de idoneidad, que tiene por objeto cerciorarse de la formación y experiencia del cliente, al objeto de suministrar la información comprensible sobre los riesgos del producto, al que se añadirá un test de conveniencia, en el que se analizará la situación financiera del cliente y la recomendación del producto que más le convengan desde tal perspectiva.

Indica en concreto la referida sentencia (lo subrayado es propio):

“El test de idoneidad opera en caso de que se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras mediante la realización de una

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

En relación con lo que debe entenderse por labores de asesoramiento e intermediación, la referida Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014 señala (el subrayado es propio):

"Como afirma la STJUE de 30 de mayo de 2013 (LA LEY 43524/2013), caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), "(l)a cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente" (apartado 53). Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el art. 52 Directiva 2006/73 (LA LEY 8789/2006), que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.4 Directiva 2004/39/CE (LA LEY 4852/2004).

"El art. 4.4 Directiva 2004/39/CE (LA LEY 4852/2004) define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como " la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros". Y el art. 52 Directiva 2006/73/CE (LA LEY 8789/2006) aclara que "se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...)", que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales. Carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público.

"De este modo, 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" (apartado 55).

"A la vista de esta interpretación y de lo acreditado en la instancia, no cabe duda de que en nuestro caso Caixa del Penedés llevó a cabo un servicio de asesoramiento financiero, pues el contrato de swap fue ofrecido por la entidad financiera, por medio del subdirector de la oficina de Palamós, aprovechando la relación de confianza que tenía con el administrador del cliente inversor, como un producto financiero que podía paliar el riesgo de inflación en la adquisición de las materias primas.

"Caixa del Penedés debía haber realizado un juicio de idoneidad del producto, que incluía el contenido del juicio de conveniencia, y ha quedado probado en la instancia que no lo llegó a realizar. Para ello, debía haber suministrado al cliente una información comprensible y adecuada sobre este producto, que incluyera una advertencia sobre los concretos riesgos que asumía, y haberse cerciorado de que el cliente era capaz de comprender estos riesgos y de que, a la vista de su situación financiera y de los objetivos de inversión, este producto era el que más que le convenía."

La sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2014, indicó igualmente que al comercializarse el contrato de permuta financiera como una recomendación personalizada a los clientes, la labor de la entidad financiera había de ser calificada como asesoramiento financiero..." Del análisis del presente supuesto a la vista de las manifestaciones de la actora, se desprende que tanto la primera contratación del 2009 que aparece firmada por el padre de la actora pese a ser ella la titular, como el canje posterior del 2012, se realizan por la expresa indicación de los empleados de la sucursal bancaria. Por tanto, la actuación de la demandada ha de ser calificada como de asesoramiento, lo cual implica la obligación de practicar, el test de idoneidad que suma al test de conveniencia relativo a las circunstancias personales y conocimientos del cliente, el análisis de la conveniencia de la inversión desde el punto de vista financiero y atendiendo a su situación patrimonial, desprendiéndose de lo actuado que no se ha practicado ningún test habiendo manifestado la actora que pese a los documentos aportados por el Banco como de negativa de la misma, ella no se negó.

En lo que se refiere al canje de la emisión de 2009 por la emisión de bonos subordinados obligatoriamente convertibles en Mayo de 2012, se desprende de lo actuado que fue consecuencia directa de la adquisición de los bonos anteriormente referidos.

Lo indicado ya lleva a la conclusión de que, en caso de ser nula la primera adquisición, habría de serlo igualmente el canje, ya que el mismo no es sino consecuencia derivada de la compra de bonos convertibles realizada en el año 2009, por lo que sí esta es ineficaz, obviamente habrá de serlo aquella que se realiza a consecuencia de la misma, toda vez que el vicio de la voluntad que pudiera existir en la primera, condicionaría y viciaría la voluntad de contratar a la hora de realizar el canje, aplicando así el principio "simul stabunt, simul cadent", es decir, juntos caerán quienes juntos estén.

Se trata, por tanto, de aplicar la doctrina de la propagación de los efectos de la nulidad elaborada por la doctrina jurisprudencial, indicando a este respecto la STS de 22 de Diciembre de 2009:

"»Tiene declarado la doctrina científica en interpretación del artículo 1303 del C. Civil (LA LEY 1/1889) -relativo a los efectos de la nulidad contractual- que es posible la propagación de la ineficacia contractual a otros actos o contratos que guardan cierta relación con el inválido, habiendo determinado la jurisprudencia que aun no siendo posible fijar reglas

generales para la determinación de cuándo la nulidad de un acto deba trascender a otro posterior que con él se relacione, la cuestión relativa a la propagación de la ineficacia debe resolverse en sentido afirmativo "no solo cuando exista precepto específico que imponga la nulidad del acto posterior, sino también cuando... presidiendo a ambos una unidad intencional, sea el anterior causa eficiente del posterior, que así se ofrece como la consecuencia o culminación del proceso seguido" (STS de 10 de noviembre de 1964)." (En similar sentido STS de 17 de Junio de 2010 y 12 de septiembre de 2014, entre otras).

Pero es más, aun analizándolo de forma aislada la suscripción de bonos de la emisión de 2012, a la que igualmente le es de aplicación la normativa establecida en la Ley que el Mercado de Valores, tampoco cumple los requisitos legales exigibles, ya que no consta que los preceptivos test se hayan realizado.

Alega la parte demandada que la actora tenía perfecto conocimiento del producto que contrataba, de que la misma fue debidamente informada de las características, riesgos y naturaleza del producto, Tales alegaciones deben ser desestimadas. Debe tenerse en cuenta que, constando acreditado que la demandada realizó labores de asesoramiento y comercialización de un producto financiero complejo y de riesgo, corresponde a ésta probar que suministró información en los términos referidos, ya que de lo contrario se impondría al demandante la carga de una prueba de un hecho negativo (Ver Sentencias de esta Sala de 27 de Noviembre y 11 de septiembre de 2013, y Baleares, sección 3ª, de 17 de octubre de 2012 , Valencia, 26 de abril de 2006 , León, Sección 1ª, de 5 de marzo de 2013 y Orense, sección 1ª, de 28 de febrero de 2012). El hecho de no haber practicado los test de conveniencia y de idoneidad, implicará la nulidad del contrato o contratos realizados, salvo que conste que la clienta tiene una formación suficiente como para suplir la deficiencia de información que la no realización del test supone, lo que a la vista de su formación profesional como técnico de empresas turísticas, no se acredita; es decir, la no realización del test, aunque no implique por sí sola la nulidad, lleva a presumirla.

Indica a este respecto la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014:

“En caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación, en atención a los intereses del cliente minorista que contrata el swap, como si al hacerlo tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo. La omisión del test que debía recoger esta valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo.” En el presente supuesto, ni la formación ni la experiencia previa de la demandante, permiten considerar que haya podido

suplir la carencia de información con respecto a los riesgos de las inversiones que realizaba que implica la no realización de los referidos test, es más, se desprende de lo actuado que no han recibido información suficiente para conocer el auténtico alcance y contenido del producto.

El nivel de conocimientos que a través de la adquisición de otros productos financieros se pueda adquirir dependerá igualmente en gran medida de la información que a tal respecto le haya sido suministrada a la hora de contratarlos, ya que no constando que se haya suministrado una información clara comprensible y detallada a la hora de adquirir tales productos, su titularidad únicamente revela el hecho de que se adquirió el producto y que se perciben los réditos correspondientes al mismo, lo cual por sí solo únicamente supone un conocimiento superficial, referido además a tales productos, pero no es suficiente para suplir la necesidad de proporcionar al cliente información clara y comprensible sobre el producto que adquiere y para considerar que podrá desentrañar el concreto significado de expresiones técnicas, supliendo con ello el deber de información que incumbe a la entidad financiera.

El empleado de la entidad que ha declarado como testigo en el acto del juicio manifestó que él estaba en el año 2009 en la sucursal pero que la firma que aparece en la documental, no es la suya. Por esto, no se acredita que realizara ninguna simulación a este respecto ni que informara al cliente de la posibilidad de vender los títulos en un mercado secundario.

De lo indicado se desprende que existe una información insuficiente sobre el contenido y los posibles riesgos de la operación, ya que no se le informó sobre aspectos tales como la posible pérdida de capital, la posibilidad de venta al mercado secundario, la existencia de prima de emisión, o del riesgo, incluso, de que no existiese devengo de intereses.

En cuanto a los trípticos de la operación, los mismos resultan claramente insuficientes para informar debidamente a la actora del contenido de los riesgos de la operación, dado su contenido altamente tecnificado.

Indica la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015, que la información sobre los riesgos debe ser previa a la contratación, al objeto de que el cliente pueda sopesar debidamente el contenido de la información escrita que se le suministra.

Señala a este respecto la referida sentencia:

"Respecto de las informaciones sobre riesgos contenidas en la documentación contractual, no solo se contienen principalmente en documentos contractuales accesorios o complementarios, alguno de los cuales no aparece siquiera firmado por la Sra. María (y esta niega haberlo recibido), mediante menciones insertas dentro de la extensa reglamentación contractual y no siempre resaltadas ni claras (como la mención a la falta de garantía del valor de las

"unidades de cuenta"), sino que además no fueron facilitadas a la demandante con la suficiente antelación, al hacerle la presentación del producto.

"Sobre este particular, la sentencia de esta Sala núm. 460/2014, de 10 de septiembre (LA LEY 151775/2014), declaró que en este tipo de contratos la empresa que presta servicios de inversión tiene un deber de informar con suficiente antelación. El art. 11 Directiva 1993/22/CEE (LA LEY 4706/1993), 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 (LA LEY 1838/1993), aplicable por razón del momento en que se celebraron los contratos, exige que la información « clara, correcta, precisa, suficiente » que debe suministrarse a la clientela sea « entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación ».

"La consecuencia de lo anterior es que la información clara, correcta, precisa y suficiente sobre el producto o servicio de inversión y sus riesgos ha de ser suministrada por la empresa de servicios de inversión al potencial cliente no profesional cuando promueve u oferta el servicio o producto, con suficiente antelación respecto del momento en que se produce la emisión del consentimiento, para que este pueda formarse adecuadamente. No se cumple este requisito cuando tal información se ha omitido en la oferta o asesoramiento al cliente en relación a tal servicio o producto (y en este caso hubo asesoramiento, en tanto que la cliente recibió recomendaciones personalizadas), y solo se facilita en el momento mismo de firma del documento contractual, inserta dentro de una reglamentación contractual que por lo general es extensa.

"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, declara que las obligaciones en materia de información impuestas por la normativa con carácter precontractual, no pueden ser cumplidas debidamente en el momento de la conclusión del contrato, sino que deben serlo en tiempo oportuno, mediante la comunicación al consumidor, antes de la firma de ese contrato, de las explicaciones exigidas por la normativa aplicable."

Cierto es que dicha sentencia se refiere a la normativa anterior a la denominada normativa MIFID, que sería la aplicable al presente supuesto, no obstante, el artículo 79 bis, apartado 3, de la Ley de Mercado de Valores vigente en el momento de la suscripción de la orden de compra, establecía:

" **3.** A los clientes, incluidos los clientes potenciales, se les proporcionará, 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 . A tales efectos se considerará cliente potencial a aquella persona que haya tenido un contacto directo con la entidad para la prestación de un servicio de inversión, a iniciativa de cualquiera de las partes."

Debe entenderse que para que el cliente pueda sopesar la información que se le suministra, actuando con conocimiento de causa, es preciso que ésta se le suministre con suficiente antelación como para poder analizarla y comprender cabalmente su contenido, máxime si se tiene en cuenta el carácter altamente tecnificado de la información escrita sobre el producto...

En el presente supuesto, no se desprende de lo actuado que la información precontractual se suministrase a la actora con la antelación suficiente como para que pudiera analizarla.

Por tanto, únicamente una explicación verbal suficientemente clara y comprensible podría suplir la ineficacia de la aportación prácticamente inmediata a la contratación de tal tríptico a la demandante, explicación que no se acredita que existiera.

Con respecto al canje efectuado en el año 2012, tal y como se indicaba anteriormente la insuficiencia de información que conlleve la nulidad de la orden de compra del año 2009, conllevará igualmente la nulidad del posterior contrato, ya que éste trae causa ineludible y directa del anteriormente concertado, si bien, aun considerándolo aisladamente, se desprende de lo actuado que con respecto a éste no existió información suficiente.

No ha declarado quien realizó su comercialización, por lo que la única información que consta es la entrega del tríptico, documento que, al igual que el tríptico del producto anteriormente analizado, contiene conceptos y términos tan altamente tecnificados que únicamente con una información claramente comprensible del contenido y riesgos del producto por parte de quien efectuó su comercialización podría llevar a considerar que se suministró información en la forma que la normativa aplicable exige, no constando debidamente probado que así fuese.

Por lo demás, tampoco consta que el tríptico fuese entregado con suficiente antelación, ya que carece de fecha de recepción.

Con respecto al hecho de que la actora no haya formulado queja con respecto al producto adquirido cuando recibía los intereses estipulados, tal hecho no puede ser considerado, como aceptación del producto en términos tales que les impida reclamar actualmente su nulidad, ya que, ante alegaciones semejantes, la Sala de la Audiencia ha entendido que tal actuación no entraña un acto propio.

En la Sentencia de 30 de septiembre de 2.013, se decía:

"la doctrina de los actos propios se sustenta básicamente en la buena fe a la que alude el artículo 7. 1 del Código civil (LA LEY 1/1889) , de tal manera que quien realiza de forma consciente y con voluntad de crear un determinado estado a través de su actuación, no puede volverse atrás posteriormente por su propia conveniencia, contradiciendo su actuación previa y vulnerando con ello la buena fe que ha de presidir las actuaciones jurídicas.

"Efectivamente, existen actos propios cuando se realizan: "los mismos como expresión del consentimiento han de realizarse con el fin de crear, modificar, obrar o extinguir algún derecho, causando estado y definiendo unilateralmente la situación jurídica del mismo y para que tengan naturaleza de sujeción han de ser concluyentes y definitivos (SSTS 16 de febrero de 1988 , 25 de enero de 1989 , 6 de noviembre de 1990 , 14 de mayo de 1991 y 27 de junio de 1991 , con lo que viene a ser del todo necesario que el acto se presente como solemne, preciso, claro, determinante y perfectamente delimitado, no ambiguo ni inconcreto (SSTS de 22 de septiembre y 10 de octubre de 1988 y 4 de junio de 1992)" (transcrito de la STS de 21-05-2001 ya citada, y en igual sentido las también citadas anteriormente STS 12-07-1997 , 24-05-2001 y 24-04-2001 , entre otras), no pudiendo actuarse en contra de los actos propios ya que ello entrañaría quebrar la buena fe que ha de presidir las relaciones jurídicas, ya que como indica la como indica la STS de 24-5-2001 , el ir contra los actos propios implica que "exista una incompatibilidad o contradicción según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta precedente - sentencias, por citar entre las más recientes, de 18 de enero de 1990 , 5 de marzo de 1991 , 4 de junio y 30 de octubre de 1992 , 12 y 13 de abril y 20 de mayo de 1993 , 17 de diciembre de 1994 , 31 de enero , 30 de mayo y 30 de octubre de 1995 , 21 de noviembre de 1998 , 4 de enero , 13 de julio , 1 de octubre y 16 de noviembre de 199 , 23 de mayo , 25 de julio y 25 de octubre de 2000 , 27 de febrero y 16 de abril de 2001 - ."(En similar sentido STS de 21-05-2001, 15-06-2001, 14-02-2002, entre otras).

"Dado que, tal y como queda indicado, no consta acreditado que el actor recibiese la información que legalmente debía ser suministrada por la demandada, resulta obvio que el hecho de reaccionar frente al contrato suscrito una vez que comprobó que le era gravoso, es decir cuando recibió el cargo negativo para sus intereses, no supone ir contra sus propios actos al no vulnerar la buena fe, por el contrario, denota la reacción propia de quien comprueba lo inesperadamente gravoso que resulta el contrato suscrito".

Derivado de todo lo anterior, cabe decir que la entidad bancaria sobre la que pesaba la carga de la prueba de haber facilitado a la clienta, inexperta en este tipo de producto, conforme a lo dicho, toda la información necesaria para evitar que su consentimiento pudiera estar viciado por el error de pensar que estaba contratando otro tipo de producto, un plazo fijo u otro sin riesgo alguno, no ha acreditado haber facilitado dicha información.

Partiendo de lo que antecede se ha de acudir a lo dispuesto en la STS Sala 1ª, de 17 de febrero de 2005 que indica que "ha de recordarse la doctrina jurisprudencial según la cual

para que un error pueda invalidar un negocio, es preciso que el mismo no sea imputable a quien lo padece, y tal cosa sucede cuando quien lo invoca podría haberlo eliminado empleando una diligencia normal adecuada a las circunstancias, es decir, una diligencia media teniendo en cuenta la condición de las personas, pues de acuerdo con los postulados de la buena fe el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien no merece dicha protección por su conducta negligente (SS 24 de enero de 2003 , 12 de julio de 2002 y 30 de septiembre de 1999 , entre otras)". Dice la STS Sala 1ª, de 12 de noviembre de 2004 , con cita de la STS de 24 de enero de 2003 que "de acuerdo con la doctrina de esta Sala, para que el error invalide el consentimiento, se ha de tratar de error excusable, es decir, aquel que no se pueda atribuir a negligencia de la parte que lo alega, ya que el error inexcusable no es susceptible de dar lugar a la nulidad solicitada por no afectar el consentimiento, así lo entienden las SS 14 y 18 de febrero de 1994 , 6 de noviembre de 1996 y 30 de septiembre de 1999 , señalándose en la penúltima de las citadas que la doctrina y la jurisprudencia viene reiteradamente exigiendo que el error alegado no sea inexcusable, habiéndose pronunciado por su inadmisión, si este recae sobre las condiciones jurídicas de la cosa y en el contrato intervino un letrado, o se hubiera podido evitar el error con una normal diligencia; con cita de otras varias, la S 12 de julio de 2002 recoge la doctrina de esta Sala respecto al error en el objeto al que se refiere el párr. 1.º del art. 1265 del CC (LA LEY 1/1889) y establece que será determinante de la invalidación del contrato únicamente si reúne dos fundamentales requisitos: a) ser esencial porque la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen, y precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio atendida la finalidad de éste; y b) que no sea imputable a quien lo padece y no haya podido ser evitado mediante el empleo, por parte de quien lo ha sufrido, de una diligencia media o regular teniendo en cuenta la condición de las personas, pues de acuerdo con los postulados de la buena fe el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste 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 la declaración (SS 18 de febrero y 3 de marzo de 1994)".

Por todo lo dicho, estimando que ha existido error por parte de la actora en el momento de prestar su consentimiento y que la entidad bancaria no ha proporcionado la suficiente y clara información precisa para haber evitado dicho error con las posibles consecuencias de no contratación de este tipo de productos, no cabe otro pronunciamiento que no sea el estimatorio de la demanda procediendo la declaración de nulidad del contrato en los términos contenidos en la misma; por último decir que a lo anterior no empece la firma del documento aportado como documento número 25 con la demanda por cuanto ha de tenerse en cuenta la doctrina jurisprudencial que sobre la renuncia al ejercicio de acciones recoge el Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 12 de Febrero de 2016 que recoge literalmente que : "...no puede sustentarse que la demandante creara una expectativa razonable, para la entidad

bancaria, que hubiera de generar para la misma la confianza en una actuación de coherencia posterior por parte de la demandante que descartara cualquier reclamación del producto adquirido. Por el contrario, desde que a la demandante se le comunica los nuevos importes a pagar, y toma consciencia de la gravedad del asunto, mantiene una clara y reiterada oposición a dichos pagos que le lleva a dirigir sus quejas ante diversos organismos, dejando claro sus desavenencias con la entidad bancaria acerca de la naturaleza del producto.

Asimismo, en esta línea, y conforme a lo señalado en el motivo anterior, tampoco puede considerarse a estos efectos que el documento de renuncia de derechos constituya un acto inequívoco y definitivo que impida a la demandante reclamar lo que considera justo desde el mismo momento en que advirtió la distinta naturaleza y alcance del producto adquirido.

Todo ello, como indica la parte recurrida, contando con la confianza depositada por la demandante en la entidad bancaria, que oferta y aconseja dicha contratación, y con el incumplimiento por la misma de los especiales deberes de información que le son a su cargo. Extremo que deslegitima su recurso a la doctrina de los actos propios que, precisamente, se encuadra en el principio de buena fe, tal y como se ha destacado....

De los antecedentes del caso, de acuerdo con la valoración que realiza la sentencia de la Audiencia, tampoco puede sostenerse que la demandante haya confirmado, bien expresamente, o bien tácitamente, la validez de la permuta financiera, tal y como exigen los artículos 1310 (LA LEY 1/1889) y 1311 del Código Civil (LA LEY 1/1889). En este sentido, como se ha señalado, desde que la demandante es consciente de las consecuencias del producto adquirido manifiesta sus desavenencias con la contratación realizada sobre la base del error provocado por la insuficiente información suministrada por la entidad bancaria. En esta línea, como también se ha señalado, el documento de renuncia suscrito por la demandante, a instancia de la entidad bancaria, tampoco le saca del error acerca de la complejidad del producto y la concreción de los riesgos adversos que pudieran derivarse. Lo que en términos del citado artículo 1311 del Código Civil (LA LEY 1/1889) supone que subsiste la causa de nulidad y que ésta no ha cesado. De ahí, que resulte improcedente la confirmación de un contrato que sigue estando sujeto a una ineficacia estructural por vicio o error en el consentimiento prestado...”.

TERCERO.- En materia de costas, resulta de aplicación el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que acoge el criterio del vencimiento, por lo que han de imponerse a la demandada.

Vistos los preceptos legales de aplicación y en atención a todo lo expuesto,

FALLO

Que **ESTIMANDO** la demanda interpuesta por Doña María Victoria Vázquez Negro , en nombre y representación de [REDACTED] , contra Banco Popular, S.A., representada por [REDACTED] , debo declarar y declaro la nulidad por error en el consentimiento de las dos órdenes de suscripción y de posterior canje de 100 Bonos subordinados de fechas 2 de octubre de 2009 y de 7 de mayo de 2012 por un importe total de 100000 Euros con la subsiguiente retroacción de las posiciones jurídicas y económicas de la actora a la situación anterior a la fecha de formalización del contrato anulado condenando a la entidad demandada a la efectiva devolución a la actora del principal invertido del producto , más los intereses legales desde la fecha de contratación con minoración de las cantidades percibidas por la actora en concepto de cupones , aplicando idéntico interés a esas cantidades y devolución a la demandada de las acciones de Banco Popular fruto de la conversión obligatoria de 25 de noviembre de 2015 y los posibles dividendos percibidos por dichas acciones y con condena a la demandada al pago de las costas procesales .

Contra esta sentencia se podrá interponer en 20 días recurso de apelación ante este Juzgado y para la Ilma. Audiencia Provincial de Zamora, previa consignación del depósito previsto por la ley, requisito sin el que no se admitirá a trámite el mismo.

Así por esta mi sentencia, la pronuncio, mando y firmo.