



Roj: **STS 381/2021** - ECLI: **ES:TS:2021:381**

Id Cendoj: **28079110012021100057**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/02/2021**

Nº de Recurso: **2499/2018**

Nº de Resolución: **54/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 54/2021

Fecha de sentencia: 05/02/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2499/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 17/12/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid, Sección 18.^a

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 2499/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 54/2021

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 5 de febrero de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 18.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado núm. 40 de Madrid. Es parte recurrente Baldomero , representada por el procurador Javier



Blasco Mateu y bajo la dirección letrada de Juan José Ortega García. Es parte recurrida la entidad Banco Santander S.A. (antes **Banco Popular** Español S.A.), representada por la procuradora Cristina Matud Juristo y bajo la dirección letrada de Esther Pérez de la Orden y M.^a Salud Durán Vargas.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. El procurador Francisco Javier Blasco Mateu, en nombre y representación de Baldomero, interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 40 de Madrid, contra la entidad **Banco Popular** Español S.A., para que se dictase sentencia por la que:

"se estime íntegramente esta demanda por lo que en consecuencia se declare principalmente la anulabilidad por vicio del consentimiento basado en el error prestado por mi mandante a causa del incumplimiento de **Banco Popular** de su obligación de informar a los clientes conforme a la normativa protectora de los usuarios bancarios, de la Orden de compra de dichos valores, Canje y contratos que estén vinculados con la citada compra, y en sus méritos conforme al art. 1303 C.Civil, se proceda a la restitución de las prestaciones condenando a la demandada a devolver a mi mandante como principal la cantidad total efectiva invertida, trescientos mil euros (300.000,000 euros), más el interés legal de esta cantidad desde la contratación hasta que se dicte sentencia incrementado en dos puntos desde la fecha de la misma hasta que se produzca el efectivo pago y todas las costas de este pleito; y, que en consecuencia se declare la titularidad de **Banco Popular** o entidad que éste designe sobre los bonos o **acciones** objeto de esta litis, consolidando la propiedad sobre los mismos, devolviendo al banco los intereses cobrados por mi representada, según se acrediten estos a lo largo del procedimiento por la adversa o en todo caso en ejecución de sentencia.

"Y, subsidiariamente, si no se concede la anulabilidad interesada, solicitamos se declare el incumplimiento por parte de **Banco Popular** o entidad que le suceda en sus derechos y obligaciones, de las normas imperativas de obligado cumplimiento que han sido citadas a lo largo de la demanda y en el encabezamiento de la misma así como de las obligaciones derivadas del contrato y se declare la resolución de dichos contratos, y en sus méritos se proceda a la restitución de las prestaciones o en su caso se proceda a la indemnización de daños y perjuicios causados, condenando a la demandada a pagar a mi mandante como principal la cantidad total efectiva invertida, trescientos mil euros (300.000,00 euros), más el interés legal de esta cantidad desde la fecha de interposición de esta demanda y todas las costas de este pleito; y, que en consecuencia se declare la titularidad de **Banco Popular** o entidad que éste designe sobre los bonos u **acciones** objeto de esta litis, consolidando la propiedad sobre los mismos".

2. La procuradora Cristina Matud Juristo, en representación de la entidad **Banco Popular** Español S.A., contestó a la demanda y pidió al Juzgado que dictase sentencia:

"por la que se desestime íntegramente la demanda formulada de contrario con expresa imposición de costas".

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 40 de Madrid dictó sentencia con fecha 19 de septiembre de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: La desestimación de la demanda de juicio ordinario presentada por D. Baldomero contra **Banco Popular** Español S.A., con imposición de costas al actor".

SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Baldomero

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 18.^a de la Audiencia Provincial de Madrid mediante sentencia de 28 de febrero de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. Baldomero representado por el Procurador de los Tribunales Sr. Blanco Mateu contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada Juez titular del Juzgado de 1.^a Instancia nº 40 de Madrid de fecha 19 de septiembre de 2017 en autos de juicio ordinario nº 1483/15 debemos confirmar y confirmamos íntegramente la misma con imposición al recurrente de las costas procesales causadas en esta alzada. Con pérdida del depósito constituido".

TERCERO. *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1. El procurador Francisco Javier Blasco Mateu, en representación de Baldomero, interpuso recurso de casación ante la Sección 18.^a de la Audiencia Provincial de Madrid.



El motivo del recurso de casación fue:

"1º) Infracción del art. 79 y 79 bis de la LMV y 1265, 1266, y 1300 del Código Civil en relación con el art. 3 y 5 del anexo al RD 629/1993, la sentencia impugnada al entender que la información no sería suficiente sino se tuvieran conocimientos jurídicos y dichos conocimientos eximen del error padecido, se opone a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en las sentencias nº 769/14 de 12 de enero de 2015 del pleno, nº 411/16 de 17 de junio y nº 269/17 de 4 de mayo, en relación con los requisitos para la apreciación del error en el consentimiento del art. 1266 CC.

"2º) Infracción del art. 79 y 79 bis de la LMV y art. 1303 del Código Civil en relación con el art. 72 del anexo al RD 217/2008, la sentencia impugnada al pasar por alto la falta de test de idoneidad y que la indebida evaluación del perfil inversor desencadena un consentimiento viciado, se opone a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en la sentencia nº 222/18 de 17 de abril.

"3º) Infracción del art. 79 y 79 bis de la LMV y art. 1101 CC en relación con el art. 72 del anexo al RD 217/2008".

2. Por diligencia de ordenación de 8 de mayo de 2018, la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 18.ª) tuvo por interpuesto el recurso de casación mencionado, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

3. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente Baldomero, representada por el procurador Javier Blasco Mateu; y como parte recurrida la entidad Banco Santander S.A. (antes **Banco Popular Español S.A.**), representada por la procuradora Cristina Matud Juristo.

4. Esta sala dictó auto de fecha 29 de julio de 2020, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Baldomero contra la sentencia dictada con fecha 28 de febrero de 2018 por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Decimoctava, en el recurso de apelación nº 9/2018, dimanante del juicio ordinario nº 1483/2015 del Juzgado de Primera Instancia nº 40 de Madrid".

5. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Banco Santander S.A. presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 17 de diciembre de 2020, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de antecedentes

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia, tal y como deja constancia de ellos la sentencia recurrida.

El 6 de octubre de 2009, Baldomero adquirió un producto financiero denominado BO. Popular Capital Conv. V. 2013 por un importe de 300.000 euros. Se trataba de unos bonos subordinados necesariamente convertibles en **acciones**. Estos bonos fueron canjeados el 9 de mayo de 2012 por otros bonos subordinados necesariamente convertibles en **acciones** (Obligaciones subordinadas SUB. OB.CONV. POPULAR V. 11-15).

Baldomero era registrador de la propiedad. Tenía la condición de inversor minorista. La previa experiencia en la adquisición de productos de inversión había sido la participación en fondos de inversión, tanto de renta fija como variable, la adquisición de bonos del gobierno canario, y ser titular de una cartera de **acciones**.

Antes de la suscripción de la orden de adquisición, Baldomero había tenido reuniones con la directora de la sucursal de **Banco Popular**, en la que se le explicó el producto. Estas reuniones tuvieron lugar no en la sucursal sino en el despacho del Sr. Baldomero.

El 3 de octubre de 2009, a Baldomero se le hizo el test de conveniencia, pero no el de idoneidad. En el test de conveniencia se le asignó la condición de "cliente con experiencia en productos financieros complejos".

El 5 de octubre de 2009, se le entregó el **folleto** resumen de la emisión.

2. Baldomero, sobre la base del incumplimiento de los deberes de información en la contratación de estos bonos convertibles, ejercitó en su demanda, en primer lugar, una acción de nulidad por error vicio en el consentimiento, y, subsidiariamente, una acción de resolución del contrato por incumplimiento contractual.

3. El juzgado de primera instancia, después de analizar la prueba, concluyó que "Baldomero fue informado verbalmente y por escrito del funcionamiento del producto, con antelación suficiente a la firma del producto y



con posibilidad de examinar el **folleto**, desde sus altos conocimientos jurídicos y de valoración de documentos, y de consultarlo con terceros". Consiguientemente, desestimó la acción de nulidad por error vicio en la contratación. También desestimó la acción de resolución del contrato, que se basaba en el incumplimiento de aquellos deberes previos a la contratación de los productos, sin que se hubiera reseñado ningún otro incumplimiento posterior a la contratación.

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por el demandante. La Audiencia, asumiendo los hechos acreditados en primera instancia, entiende que la información suministrada fue suficiente en atención a los conocimientos del Sr. Baldomero :

"En el presente caso valorando la prueba practicada no se aprecia error alguno en la efectuada en la instancia, puesto que es claro que se dio al demandante toda la información precisa, y por ello procedió a suscribir los documentos que se le presentaron en los que consta el riesgo que se asumía, la pérdida de disponibilidad de la suma y la convertibilidad futura del capital en obligaciones y **acciones** y la posibilidad de pérdida de valor de las que habrían de adquirirse mediante canje mediante una fórmula concreta de conversión, haciéndose constar que el capital invertido, en 2009 y 2012, era el mismo, lo cual era cierto nominalmente mientras se poseyeran los bonos y las obligaciones pero que no lo era el de las **acciones** que en definitiva adquiriría en 2015 puesto que se fijaba esa fórmula, se advertía del riesgo y en definitiva se adquirirían **acciones** que por definición están sujetas a las fluctuaciones del mercado

[...]

"Es evidente que en principio, y a la fecha a que se contrae la litis, el demandante no ha sufrido las pérdidas por la fluctuación de las **acciones** una vez canjeadas sino por el valor dado a las mismas en el momento de ese canje como precio de referencia, pero es que el riesgo de conversión venía especificado en la documentación entregada, y además era esencial en el producto puesto que lo que en definitiva se perseguía con el mismo era obtener, y se obtuvo, una alta rentabilidad de los bonos hasta su conversión, y después la adquisición por conversión de **acciones** de la entidad demandada, siendo evidente que el precio que se fijara de las mismas era el determinante del éxito completo de tal inversión. Por ello consta en tal documentación la imposibilidad de amortización en efectivo, la obligación última de canje sea voluntario o necesario y la relación de conversión de las obligaciones en **acciones** con una posibilidad de pérdida de capital como consecuencia de que el precio de cotización de las **acciones** descienda siendo precisa una revalorización del 10% "para que los inversores no experimenten una pérdida sobre el nominal invertido", información que es inteligible para un profesional cualificado del derecho como lo es el demandante, y más cuando se efectúa una inversión significativa".

También desestima la acción de resolución porque se funda en las mismas causas que fueron invocadas para justificar el error en el consentimiento, que además de haber sido desestimadas no pueden fundar la resolución del contrato, pues son anteriores a su concertación.

5. La sentencia de apelación ha sido recurrida en casación por el demandante, sobre la base de tres motivos.

SEGUNDO. *Motivo primero de casación*

1. *Formulación del motivo.* El motivo denuncia la infracción de los arts. 79 y 79 bis LMV, y los arts. 1265, 1266 y 1300 CC, en relación con los arts. 3 y 5 del anexo del RD 629/1993, porque la sentencia recurrida, al entender que la información no sería suficiente si no se tuvieran conocimientos jurídicos y dichos conocimientos eximen del error padecido, se opone a la jurisprudencia contenida en las sentencias 769/2014, de 12 de enero de 2015, 411/2016, de 17 de junio, y 269/2017, de 4 de mayo, en relación con los requisitos para la apreciación del error en el consentimiento del art. 1266 CC, en la contratación de valores convertibles y la excusabilidad del error.

Procede estimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2. *Estimación del motivo.* Recientemente, en la sentencia 337/2020, de 22 de junio, con constantes referencias a la citada sentencia 411/2016, de 17 de junio, hemos vuelto a recordar la doctrina de la sala sobre la exigencia de información en la comercialización de un producto de similares características al contratado en nuestro caso, unos bonos convertibles necesariamente en **acciones**:

"(...) los bonos necesariamente convertibles son activos de inversión que se convierten en **acciones** automáticamente en una fecha determinada y, por tanto, el poseedor de estos bonos no tiene la opción, sino la seguridad, de que recibirá **acciones** en la fecha de intercambio. A su vencimiento, el inversor recibe un número prefijado de **acciones**, con el valor que tienen en esa fecha, por lo que no tiene la protección contra bajadas del precio de la acción que ofrecen los convertibles tradicionales.

"Los bonos necesariamente convertibles ofrecen al inversor sólo una parte de la futura subida potencial de la acción a cambio de un cupón prefijado, y exponen al inversor a parte o a toda la bajada de la acción. Por ello,



estos instrumentos están más cercanos al capital que a la deuda del emisor; y suelen tener, como ocurría en el caso resuelto por dicha sentencia y sucede también en éste, carácter subordinado.

"El art. 79 bis 8 a) LMV (actual art. 217 del Texto refundido de la Ley del Mercado de Valores aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre) considera los bonos necesariamente convertibles en **acciones** como productos complejos, por no estar incluidos en las excepciones previstas en el mismo precepto (así lo estima también la CNMV en la Guía sobre catalogación de los instrumentos financieros como complejos o no complejos).

"Además, si tenemos en cuenta que los bonos necesariamente convertibles en **acciones** del **Banco Popular** eran un producto financiero mediante el cual y, a través de distintas etapas, hasta llegar a la conversión en **acciones** ordinarias de esa misma entidad, el banco se recapitalizaba, siendo su principal característica que al inicio otorgaban un interés fijo, mientras duraba el bono, pero después, cuando el inversor se convertía en accionista del banco, la aportación adquiría las características de una inversión de renta variable, con el consiguiente riesgo de pérdida del capital invertido; es claro que se trataba de un producto no solo complejo, sino también arriesgado.

"Lo que obligaba a la entidad financiera que los comercializaba a suministrar al inversor minorista una información especialmente cuidadosa, de manera que le quedara claro que, a pesar de que en un primer momento su aportación de dinero tenía similitud con un depósito remunerado a tipo fijo, a la postre implicaba la adquisición obligatoria del capital del banco y, por tanto, podía suponer la pérdida de la inversión.

"En el caso concreto de los bonos necesariamente convertibles en **acciones**, el riesgo no deriva de la falta de liquidez, puesto que al vencimiento el inversor recibirá unas **acciones** que cotizan en un mercado secundario; sino que dependerá de que las **acciones** recibidas tengan o no un valor de cotización bursátil equivalente al capital invertido. En consecuencia, para que el inversor pueda valorar correctamente el riesgo de su inversión, deberá ser informado del procedimiento que se va a seguir para calcular el número de **acciones** que recibirá en la fecha estipulada para la conversión y si este número de **acciones** se calculase con arreglo a su precio de cotización bursátil, el momento que servirá de referencia para fijar su valor, si es que éste no coincide con el momento de la conversión. Cuando con arreglo a las condiciones de una emisión de obligaciones necesariamente convertibles en **acciones**, no coincida el momento de la conversión en **acciones** con el momento en que han de ser valoradas éstas para determinar el número de las que se entregarán a cada inversor, recae sobre los inversores el riesgo de depreciación de las **acciones** de la entidad entre ambos momentos.

En atención a lo anterior, en las reseñadas sentencias 411/2016, de 17 de junio, y 337/2020, de 22 de junio, hemos advertido que, en estos casos, la información que debía suministrarse para cumplir con las exigencias de información del art. 79 bis.3 LMV era la necesaria para que el inversor minorista conociera que las **acciones** que recibiría en el momento del canje no tendrían por qué tener necesariamente un valor equivalente al precio al que compró los bonos, sino que podrían tener un valor bursátil inferior, en cuyo caso habría perdido, ya en la fecha del canje, todo o parte de la inversión:

"Dado que, como consecuencia del canje, el inversor en obligaciones convertibles obtendrá **acciones**, podrá ser consciente, con independencia de su perfil o de su experiencia, de que, a partir de dicho canje, su inversión conlleva un riesgo de pérdidas, en función de la fluctuación de la cotización de tales **acciones**. Desde ese punto de vista, no resultaría relevante el error que haya consistido en una frustración de las expectativas del inversor sobre la evolución posterior del precio de las **acciones** recibidas. Sino que el error relevante ha de consistir en el desconocimiento de la dinámica o desenvolvimiento del producto ofrecido, tal y como ha sido diseñado en las condiciones de la emisión y, en particular, en el desconocimiento de las condiciones de la determinación del precio por el que se valorarán las **acciones** que se cambiarán, puesto que, según cual sea este precio, se recibirá más o menos capital en **acciones**.

"Es decir, la empresa que presta el servicio de inversión debe informar al cliente de las condiciones de la conversión en **acciones** de las que deriva el riesgo de pérdidas al realizarse el canje. El mero hecho de entregar un tríptico resumen del producto en el que se haga referencia a la fecha de valoración de las **acciones** no basta por sí mismo para dar por cumplida esta obligación de informar sobre el riesgo de pérdidas".

3. En nuestro caso no consta acreditado que estos extremos hubieran sido explicados al inversor minorista, sin perjuicio que aparecieran en el **folleto** explicativo del producto, que le fue entregado el día anterior a la firma de las órdenes de adquisición, con escaso tiempo para que pudiera haber una lectura reflexiva. La condición de licenciado en Derecho y registrador de la propiedad del inversor no es suficiente para presuponer que con la simple lectura del **folleto** entregado un día antes, debía conocer el riesgo que entrañaba su inversión. Tampoco la experiencia inversora acreditada permite presuponer ese conocimiento, pues se limitaba a un fondo de



inversión, unos bonos del cabildo insular y una cartera de valores, nada que tuviera que ver con productos financieros complejos.

4. La estimación del motivo primero, que hace innecesario el análisis de los otros dos motivos de casación, conlleva casar la sentencia de apelación y asumir en la instancia.

De acuerdo con lo argumentado en el motivo, al apreciarse la existencia de error vicio en la contratación de estos bonos convertibles, propiciado por el incumplimiento de los deberes de información, declaramos la nulidad de su contratación y la obligación de restituir las cantidades percibidas por una y otra parte, más los intereses legales devengados desde la recepción de cada una de las prestaciones objeto de restitución.

TERCERO. Costas

1. Estimado el recurso de casación, no hacemos expresa condena en costas (art. 398.2 LEC), con devolución del depósito constituido para recurrir en casación, de conformidad con la Disposición Adicional 15.^a, apartado 8.^a, de la Ley Orgánica del Poder Judicial

2. La estimación del recurso de casación ha supuesto la estimación del recurso de apelación, razón por la cual no imponemos las costas del recurso a ninguna de las partes (art. 398.2 LEC).

3. Estimadas íntegramente las pretensiones ejercitadas en la demanda, imponemos a la parte recurrida las costas de primera instancia (art. 394 LEC).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º Estimar el recurso de casación interpuesto por Baldomero contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 18.^a) de 28 de febrero de 2018 (rollo 9/2018), que casamos y dejamos sin efecto.

2.º Estimar el recurso de apelación interpuesto por Baldomero contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 40 de Madrid de 19 de septiembre de 2017 (juicio ordinario 1483/2015), que dejamos sin efecto.

3.º Estimar la demanda interpuesta por Baldomero contra **Banco Popular** Español, S.A., con los siguientes pronunciamientos: i) declarar la nulidad de la adquisición de bonos convertibles BO. Popular Capital Conv. V. 2013 por un importe de 300.000 euros realizada el 6 de octubre de 2009, y su canje por otros bonos subordinados necesariamente convertibles en **acciones** (Obligaciones subordinadas SUB. OB.CONV. POPULAR V. 11-15), el 9 de mayo de 2012; y ii) ordenar la recíproca restitución de las prestaciones percibidas por una y otra parte durante la vigencia de estos productos financieros, más los intereses legales devengados desde la recepción de cada una de las prestaciones objeto de restitución.

4.º No hacer expresa condena de las costas de casación y apelación.

5.º Imponer las costas de primera instancia a la parte demandada.

6.º Acordar la devolución del depósito constituido para recurrir en casación.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.