



Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Terrassa

Rambla Pare Alegre, 112 - Terrassa - C.P.: 08224

TEL.: 936932964
FAX: 936932952
EMAIL:

N.I.G.: 0827942120170052485

Procedimiento ordinario 328/2017 -B

Materia: Juicio ordinario por cuantía

Cuenta BANCO SANTANDER:

Beneficiario: Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Terrassa

Para ingresos en caja. Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos)

Pagos por transferencia IBAN en formato electrónico: ES55 0049 3569 9200 0500 1274. Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos)

Pagos por transferencia IBAN en formato papel: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos)

Parte demandante/ejecutante: X
Procurador/a: Elisabet Jorquera Mestres
Abogado/a:

Parte demandada/ejecutada: BANCO POPULAR
ESPAÑOL, SA
Procurador/a: X
Abogado/a:

SENTENCIA Nº 165/2018

Magistrada: Verónica Notario González


Terrassa, 28 de septiembre de 2018

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: El día 10 de marzo de 2018, se presentó por el/la Procurador/a D.^a Elisabeth Jorquera Mestres, en nombre y representación de D. X, presentó escrito de demanda de juicio ordinario sobre nulidad relativa por vicios en el consentimiento por error y/o infracción de normas imperativas aplicables del contrato de compra de B.O: POPULAR CAPITAL CONV. V . 2013 y de la sucesiva orden de canje de B.O. SUB. OB. CONV.POPULAR. V. 11-15 contra BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. interesando se dictara sentencia en la que se acuerde :

1.-) Declarar la **nulidad o anulabilidad** de la orden de suscripción de **B.O. POPULAR CAPITAL CONV. V. 2013**, por importe de 10:000 euros de fecha 5 de octubre de 2009 y de la sucesiva orden de canje por 10 valores BO. SUB. OB. CONV. POPULAR V. 11-15 por importe de 10.000 euros, en fecha de 9 de mayo de 2012, por existencia de vicios del consentimiento otorgado por mis mandantes y/o infracción de normas imperativas aplicables **condenando a BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.** a la devolución a los actores del precio de compra del producto financiero, 10.000,00.-





euros, más gastos y comisiones cobrados, menos los rendimientos o frutos percibidos durante la vigencia de los contratos, sumando a dichas cantidades los intereses que legalmente correspondan conforme art. 576 de la LEC.

2.-) Subsidiariamente, que **se declare el derecho de mi mandante a ser indemnizado por los daños y perjuicios ocasionados** con origen en falsedades y omisiones en la información del producto financiero, en la intermediación en su adquisición e incumplimientos contractuales al momento de suscripción del producto financiero y durante la vigencia del mismo, en cuantía de 10.000. – euros, más gastos y comisiones, menos los rendimientos o frutos percibidos durante la vigencia del contrato y menos el precio de canje en fecha de conversión forzosa- o en su defecto del precio de canje a fecha de interposición de la presente demanda.-, más el interés legal que corresponda; y **condene al BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.** a pagar dicha suma.

3.-) En cualquiera de los supuestos anteriores, con condena en costas del juicio a la demandada.

Segundo: En fecha de 13 de junio de 2017, se dictó decreto acordando la admisión de la demanda y el traslado de la misma a las partes demandadas, haciéndoles entrega de copia de la demanda y de los documentos acompañados, emplazándoles con entrega de la oportuna cédula para que la contestasen en el plazo de 20 días hábiles, computado desde el siguiente al emplazamiento.

Tercero: Por diligencia de ordenación de fecha de 1 de septiembre de 2017 se declaró en situación de rebeldía procesal a la parte demandada BANCO POPULAR ESPAÑOL , S.A. al no haber comparecido dentro del plazo para contestar a la demanda.


No obstante, la parte demandada BANCO POPULAR ESPAÑOL ,S.A compareció en fecha de 11 de noviembre de 2017, teniéndose por comparecida en las actuaciones en virtud de diligencia de ordenación de fecha de 15 de noviembre de 2017.

Cuarto: Cumplidos los plazos y trámites previstos en el artículo 414 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se convocó a las partes a una audiencia previa al juicio que se celebró el día 20 de noviembre de 2017 a las 10:00 horas.

Demandante y demandados asistieron a la audiencia previa manifestando que el litigio subsistía entre ellas.

Se propuso como prueba, por la parte demandante: a) documental, consistente en que se tuviese por reproducidos los documentos acompañados en el escrito de





demanda; b) más documental consistente en el requerimiento a la parte demandada a fin de aportase copia del expediente administrativo relativo al producto financiero adquirido por el actor.

Por parte de la demandada se propuso como prueba: a) interrogatorio del actor; b) documental, consistente en que se tuviese por reproducidos los documentos acompañados en el escrito de demanda ; c) testifical de X; de D.^a X y de D.^a X.

Todas las pruebas fueron admitidas, tachándose los testigos por el Letrado de la parte actora, señalándose para la celebración del juicio , finalmente, el día 18 de septiembre de 2018 a las 9:30 horas.

Quinto: Llegado el día, comparecieron las partes en forma legal. Terminada la práctica de la prueba, la parte actora se ratificó en su petición inicial. La parte demandada, sin embargo, alegó, en primer lugar, y en relación a la acción de nulidad absoluta peticionada no podía prosperar ya que según el TS sólo es posible la anulabilidad del producto. En segundo lugar, y en relación a la acción de anulabilidad por vicios en el consentimiento, alegó la caducidad de la acción, ya que el contrato se suscribió en el año 2009, y el canje en el año 2012 por lo que, habrían transcurrido el plazo de 4 años previsto en el artículo 1.301 del Código Civil, invocando la doctrina del Tribunal Supremo y de otras sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, indicando que era cuestión apreciable de oficio por el Tribunal. Asimismo negó la concurrencia de error o vicio en el consentimiento del actor, manifestando respecto al perfil del actor, que según el documento 3 de la demanda, era titular de obligaciones subordinadas por importe de 10.000 € y 15.000 € y de acciones de Banco Popular y de Iberdrola. Además acudía con bastante habitualidad a la oficina, repasaba sus extractos semanalmente y estaba al tanto de sus inversiones.

En tercer lugar, alegó que la suscripción de los Bonos del 2009 está firmada por el actor, que consta como documento número 1 la orden de suscripción y como documento número 3 el tríptico, que se realizó el Test Mifid , existiendo documentación firmada por el actor que refleja que su perfil no era el adecuado para contratar el producto y que a pesar de ello decidió suscribirlo. Y en relación al canje en el 2012, también consta firmada la orden de canje y el tríptico, explicándose y revisándose por todas las partes. En cuarto lugar, y en relación a la acción de daños y perjuicios, alegó la improcedencia de la misma, mostrando su disconformidad con las consecuencias de la nulidad, alegando finalmente, que el Banco cumplió fielmente con su deber de información, oponiéndose a la tacha de los testigos formulados por la parte actora. . A continuación,





se declaró la vista concluida para sentencia.

Llegado el día, comparecieron las partes en forma legal. Terminada la práctica de la prueba, ambas partes se ratificaron en sus respectivas peticiones iniciales, declarándose la vista concluida para sentencia.


FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: En el presente procedimiento D. X(parte actora) solicita que se dicte sentencia por la que se declare la nulidad relativa por vicio en el consentimiento por error y/o infracción de normas imperativas aplicables de los contratos de suscripción de B.O. POPULAR CAPITAL CONV. V. 2013 de fecha 5 de octubre de 2009 por importe de 10.000 € y de la sucesiva orden de canje por 10 valores BO. SUB. OB. CONV. POPULAR V. 11-15, en fecha de 9 de mayo de 2012 por importe de 10.000 €. Subsidiariamente se ejercita una acción de resarcimiento de daños y perjuicios.

Todo ello en base a los siguientes hechos, que se exponen de forma resumida:

1) D. X, es cliente habitual de BANCO POPULAR, S.A.; además de ser consumidor y minorista, ahorrador no inversor con un claro perfil de riesgo conservador, que siempre ha tenido sus ahorros en cuantías bancarias, depósitos a plazo, acciones y fondos de inversión e instrumentos financieros excluidos de la directiva MIFID sin experiencia en productos financieros complejos y/o de riesgo ; 2) Debido a la confianza y asesoramiento del director de la oficina bancaria, y creyendo que contrataba un plazo fijo, suscribió en fecha de 5 de octubre de 2009 6 B.O. POPULAR CAPITAL CONV.V.2013 por importe nominal de 10.000 € ; 3) En mayo de 2012, un empleado de la sucursal comunicó al actor que tenía que “renovar el contrato”, firmando la ORDEN DE CANJE que sustituía los 10.000 € en bonos iniciales por otros tantos de la emisión BO. SUB.OB. CONV.POPULAR V. 11-15; 4) El actor adquirió los productos citados bajo las promesas del director de la oficina , que les aconsejó que invirtieran sus ahorros en unos tipos de depósitos a plazo fijo de alta rentabilidad, que garantizaban la devolución íntegra del capital aportado, “apropiado” para sus circunstancias, cuando en realidad se trata de un producto de inversión complejo y arriesgado que, junto a una buena rentabilidad inicial comporta riesgos inherentes a la propia aleatoriedad de las fluctuaciones del mercado de referencia, siendo su principal característica que al inicio otorgan un interés fijo, mientras dura el bono, pero después,






cuando el inversor se convierte en accionista del banco, la aportación adquiere las características de una inversión de renta variable, con el consiguiente riesgo de pérdida del capital invertido. 5) En definitiva y en conclusión , la falta de una información correcta y adecuada a la comprensión del actor sobre las características de los productos suscritos causantes de este litigio dio lugar a que prestaran su consentimiento sin ser conscientes del verdadero significado y alcance, por tanto, incurrieron en un error sobre la esencia del contrato. Por ello, debe declararse , con carácter principal, la nulidad de las compras condenando a la demandada a restituir al actor la suma de 10.000 € , más gastos y comisiones cobrados, menos los rendimientos o frutos percibidos durante la vigencia de los contratos, más intereses o subsidiariamente, sea indemnizado por los daños y perjuicios ocasionados con origen en falsedades y omisiones en la información del producto financiero en la cuantía 10.000 € , más gastos y comisiones cobrados, menos los rendimientos o frutos percibidos durante la vigencia de los contratos, más intereses..

Frente a todo lo expuesto, como se ha indicado en los ANTECEDENTES DE HECHO, la parte demandada BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. , no contestó a la demanda dentro del término legal. No obstante, y en trámite de conclusiones, alegó en primer lugar, y en relación a la acción de nulidad absoluta peticionada no podía prosperar ya que según el TS sólo es posible la anulabilidad del producto. En segundo lugar, y en relación a la acción de anulabilidad por vicios en el consentimiento, alegó la caducidad de la acción, ya que el contrato se suscribió en el año 2009, y el canje en el año 2012 por lo que, habrían transcurrido el plazo de 4 años previsto en el artículo 1.301 del Código Civil, invocando la doctrina del Tribunal Supremo y de otras sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, indicando que era una cuestión apreciable de oficio por el Tribunal. Asimismo negó la concurrencia de error o vicio en el consentimiento del actor, manifestando respecto al perfil del actor, que según el documento 3 de la demanda, era titular de obligaciones subordinadas por importe de 10.000 € y 15.000 € y de acciones de Banco Popular y de Iberdrola. Además acudía con bastante habitualidad a la oficina, repasaba sus extractos semanalmente y estaba al tanto de sus inversiones.

En tercer lugar, alegó que la suscripción de los Bonos del 2009 está firmada por el actor, que consta como documento número 1 la orden de suscripción y como documento número 3 el tríptico, que se realizó el Test Mifid , existiendo documentación firmada por el actor que refleja que su perfil no era el adecuado para contratar el producto y que a pesar de ello decidió suscribirlo. Y en relación al canje en el 2012,





también consta firmada la orden de canje y el tríptico, explicándose y revisándose por todas las partes. En cuarto lugar, y en relación a la acción de daños y perjuicios, alegó la improcedencia de la misma, mostrando su disconformidad con las consecuencias de la nulidad, alegando finalmente, que el Banco cumplió fielmente con su deber de información, oponiéndose a la tacha de los testigos formulados por la parte actora.


Y al respecto debe indicarse que la parte demandada – BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.- no puede disponer a su antojo de los momentos procesales ya que rigen en nuestro ordenamiento jurídico elementales principios de preclusión, de forma que transcurrido el plazo o pasado el término señalado para la realización de un acto procesal de parte se producirá la preclusión y se perderá la oportunidad de realizar el acto de que se trate (artículo 136 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Por ello, si el motivo de su defensa era la caducidad de la acción de anulabilidad ejercitada, o el perfil inversor del actor, o la debida información prestada por parte de los empleados de la entidad demandada, tuvo que hacerlo en el momento que le correspondía hacerlo, que no es otro que el de la contestación a la demanda, pero no posteriormente en la fase de conclusiones, pues concurre **extemporaneidad** y la consecuencia totalmente legítima de no tener por alegados los extremos en que la demandada basa su defensa.

Incluida la caducidad, pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo 122.3 del CCC: *“Quan es tracta de relacions jurídiques disponibles, la caducitat no ha d’esser tinguda en compte d’ofici pels tribunals, sinó que ha d’esser al·legada per una persona legitimada”*.

En éste caso ninguna duda cabe de que la acción ejercitada en la demanda, consiste en petitionar la anulación del contrato de suscripción de B.O. POPULAR CAPITAL CONV. V. 2013 de fecha 5 de octubre de 2009 y de la sucesiva orden de canje por 10 valores BO. SUB. OB. CONV. POPULAR V. 11-15, en fecha de 9 de mayo de 2012 concertados entre las partes, deriva de una relación jurídica disponible, es decir, que corresponde a los titulares de la relación la facultad exclusiva de instar la declaración de nulidad y de aceptar o bien oponerse a esta acción, de modo que al no haber planteado oposición expresa la parte demandada al ejercicio de esta pretensión, y no haber alegado, en consecuencia, la excepción de caducidad de la acción, subsiste la obligación de la actora de probar el fundamento de su acción (art. 217 LEC), pero la demandada ha perdido la oportunidad de alegar y probar la indicada excepción (art. 405 y 217 LEC).

Este sistema de aproximación de la caducidad a las reglas de la prescripción constituye una novedad introducida por el Codi Civil de Catalunya, siendo de interés lo





resuelto por la Sección 16ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en resolución de fecha 7 de junio de 2012 que en un caso análogo al presente se pronunció en los siguientes términos :


“Justamente una de las novedades más significativas de la regulación integral de la prescripción y la caducidad abordada en el libro primero del CCC consiste en la aproximación de una y otra institución, lo que se traduce en la configuración de la caducidad (extinción definitiva de un poder jurídico por transcurso del plazo de existencia previamente fijado e irrepetible) como una excepción cuando concierne a acciones o a poderes de configuración jurídica que recaen sobre relaciones jurídicas disponibles. En tales casos, como en toda hipótesis de prescripción (artículo 121-4 CCC) , la caducidad no puede ser apreciada de oficio por tribunales sino que ha de ser alegada por persona legitimada, a diferencia de lo que ocurre con la caducidad en las relaciones jurídicas indisponibles (artículos 122-2.2 y 122-3.2 CCC) “

De ahí que no pueda entrar de oficio la que suscribe a examinar si la acción de anulabilidad ejercitada se encuentra o no caducada, al derivar la misma de una relación jurídica disponible entre las partes y no haber sido alegada por la demandada en el momento procesal oportuno , esto es, en la contestación de la demanda.

Segundo: Antes de entrar a la viabilidad de la acción ejercitada con carácter principal resulta necesario, con carácter previo, determinar qué calificación merece desde la perspectiva jurídica el producto financiero que se comercializó . En este punto, se debe destacar la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2016 que ha examinado el concreto producto objeto de éste procedimiento. Así, el tribunal Supremo califica este producto como complejo, señalando que:

“1.-Los bonos necesariamente convertibles son activos de inversión que se convierten en acciones automáticamente en una fecha determinada, y por tanto, el poseedor de estos bonos no tiene la opción, sino la seguridad, de que recibirá acciones en la fecha de intercambio. A su vencimiento, el inversor recibe un número prefijado de acciones, a un precio determinado, por lo que no tiene la protección contra bajadas del precio de la acción que ofrecen los convertibles tradicionales. Los bonos necesariamente convertibles ofrecen al inversor sólo una parte de la futura subida potencial de la acción a cambio de un cupón prefijado, y exponen al inversor a parte o a toda la bajada de la acción. Por ello, estos instrumentos están más cercanos al capital que a la deuda del emisor; y suelen tener, como ocurre en el caso litigioso, carácter subordinado.





2.-Según la clasificación de los productos financieros realizada por el art. 79 bis 8 a) LMV (actual art. 217 del Texto refundido de la Ley del Mercado de Valores aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre (EDL 2015/182875)), son productos no complejos, los que cumplan todas y cada una de las siguientes cuatro características: a) que sean reembolsables en cualquier momento a precios conocidos por el público; b) que el inversor no pueda perder un importe superior a su coste de adquisición, es decir, a lo que invirtió inicialmente; c) que exista información pública, completa y comprensible para el inversor minorista, sobre las características del producto; y d) que no sean productos derivados. A sensu contrario, son productos o instrumentos financieros complejos los que no cumplen con todas o alguna de las características anteriores. Los productos complejos pueden suponer mayor riesgo para el inversor, suelen tener menor liquidez (en ocasiones no es posible conocer su valor en un momento determinado) y, en definitiva, es más difícil entender tanto sus características como el riesgo que llevan asociado.


El propio art. 79 bis 8 a) LMV (EDL 1988/12634) parte de dicha diferenciación y considera los bonos necesariamente convertibles en acciones como productos complejos, por no estar incluidos en las excepciones previstas en el mismo precepto (así lo estima también la CNMV en la Guía sobre catalogación de los instrumentos financieros como complejos o no complejos).

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

Y en cuanto a la información sobre los riesgos, el TS declara lo siguiente:

“2.-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.

3.-El quid de la información no está en lo que suceda a partir del canje, puesto que cualquier inversor conoce que el valor de las acciones que cotizan en bolsa puede oscilar al alza o a la baja. Sino en lo que sucede antes del canje, es decir, que al inversor le quede claro que las acciones que va a recibir no tienen por qué tener un valor necesariamente equivalente al precio al que compró los bonos, sino que pueden tener un valor bursátil inferior, en cuyo caso habrá perdido, ya en la fecha del canje, todo o parte de la inversión.

Dado que, como consecuencia del canje, el inversor en obligaciones convertibles obtendrá acciones, podrá ser consciente, con independencia de su perfil o de su experiencia, de que, a partir de dicho canje, su inversión conlleva un riesgo de pérdidas, en función de la fluctuación de la cotización de tales acciones. 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."

Tercero.- Del error-vicio del consentimiento .


El art. 1265 CC dispone que será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo, y el art. 1266 CC establece que para que el error invalide el consentimiento deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo. Dice la STS Sala 1ª, de 12 de noviembre de 2004, con cita de la STS de 24 de enero de 2003 y la STS 12 de julio de 2002 que "el error 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". De igual modo, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2009 también es posible apreciar la concurrencia de error como vicio de consentimiento "en relación con una actuación omisiva de ocultación o falta de información a la otra parte de determinadas circunstancias que hubieran podido llevarle a no celebrar el contrato en caso de haberlas conocido".

Nuestra jurisprudencia también sostiene que debe existir un nexo de causalidad entre el error sufrido y la finalidad perseguida por el contratante. Y, en este sentido, es habitual encontrar sentencias que condicionan el reconocimiento del error a " que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en negocio jurídico concertado".

Finalmente es necesario que el error se haya producido o se proyecte en el momento en que se forma y emite la voluntad; es decir, en el momento de la celebración del contrato y no en épocas posteriores. Al respecto la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2004 reconociendo que "no puede fundarse el error vicio del consentimiento contractual en el desconocimiento de un hecho acaecido con posterioridad a la prestación del consentimiento".

Sentado lo anterior en cuanto a la carga de la prueba hay que traer a colación la





Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2005 después de afirmar que la diligencia en el asesoramiento en este tipo de contratos no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes, continúa diciendo que en los procesos que versen sobre reclamaciones de este tipo, la carga probatoria acerca del cumplimiento del deber de correcta información y asesoramiento debe pesar sobre el profesional financiero. Lo cual es lógico por cuanto nos encontramos ante un hecho negativo para el cliente, como es la ausencia de información.

Cuarto.- Expuesto lo anterior, son dos las cuestiones cuyo análisis se debe abordar, de una parte, la información que debía de suministrar la entidad demandada al cliente, a los efectos que tuviera cabal conocimiento del producto, y si fue o no suficiente en términos de la normativa aplicable, y en segundo lugar, la influencia que la información suministrada tuvo sobre la formación de la voluntad del actor en relación a la tipología de cliente a la que pertenecía.

Respecto a la normativa aplicable en el sector bancario en el momento de la contratación y en relación con el deber de información, ha de partirse de que resulta aplicable al caso la Ley 47/2007, de 19 de diciembre (EDL 2007/212884), por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio del Mercado de Valores (EDL 1988/12634), y el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero (EDL 2008/4324), sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, que son las normas que transpusieron en España la normativa MIFID, por lo que la demandada estaba obligada a efectuar una valoración del perfil del adquirente.

Asimismo, la Ley del Mercado de Valores fue modificada por la ley 47/2007, de 19 de diciembre, que incorporó al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/39/CE. En lo que aquí puede interesar, esta reforma obliga a tratar los intereses de los inversores "como si fueran propios" (artículo 79 de la Ley del Mercado de Valores), a dar una información "imparcial, clara y no engañosa" (artículo 79.bis 2), con el deber de facilitarles información comprensible "sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión" (artículo 79 bis 3), de suerte que tal información debe "incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias" (artículo 79 bis 3, pto. 3º), exigiendo además, aunque no se preste el servicio de asesoramiento, un deber de la entidad de identificar la cualificación y conocimientos del inversor con relación a un concreto producto "con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente", debiendo advertir al cliente de su inadecuación cuando así lo sea (artículo



79.bis 7 de la Ley del Mercado de Valores)).


La obligación de información que incumbe a las entidades bancarias depende, de modo, esencial, del perfil del cliente. Éste puede ser minorista, profesional o contraparte elegible. Al ser D. X(actor) , indubitadamente, un inversor minorista, la protección es máxima cuando, además, los productos que se le vendían eran complejos como los de autos (artículo 79 bis. 8, en relación con el artículo 2 apartados 2 al 8 de la Ley del Mercado de Valores). El propio banco admitió el carácter de producto complejo de los "obligaciones subordinadas necesariamente convertibles " (doc. 3 de la demanda) , artículo 79 bis. 7 de la Ley de Mercados de Valores,. Cuando se dan estas circunstancias, es decir, inversor minorista y producto complejo, la entidad queda sujeta a una obligación de información reforzada. Y el Tribunal Supremo, en su sentencia de 17 de junio de 2017 ha declarado expresamente el carácter complejo de los bonos necesariamente convertibles en acciones .

Quinto.- .- En el supuesto enjuiciado, no consta acreditado a instancia de la parte demandada, a quien le corresponde la carga de la prueba conforme al artículo 217.7 de la LEC, haber facilitado al actor esa concreta información a que alude el Tribunal Supremo en relación a los bonos necesariamente convertibles en acciones. Y tal información tampoco le fue facilitada por los empleados de la entidad financiera. Así , y a pesar de la tacha formulada por la parte actora , el testigo D. José Luis Moreno Sánchez (Director de la oficina y que intervino en la comercialización de los Bonos) manifestó simplemente que le explicó el tríptico; que era un producto complejo; que a día de hoy no podría explicar el producto; que suponía que el actor entendió el producto y los riesgos , que tenía contratado varias cosas como planes de pensión, fondos de inversión; que no recordaba si tenía acciones y que era un cliente habitual que venía a la oficina cada semana.

También depusieron como testigos -y también fueron tachadas por la parte actora-, otras dos empleadas de la entidad , D.^a Cristina Moreno Rubio y D.^a Montserrat Ponsa Herrera. Si bien, nada aportan en orden a la información suministrada por la entidad por cuanto eran interventoras y ninguna de ella recuerda haber explicado el producto, coincidiendo en señalar que solo firmaron el contrato.

El Tribunal Supremo tiene reiteradamente declarado que el incumplimiento por las empresas que operan en los mercados de valores de los deberes de información, por sí mismo, no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes puede incidir en la apreciación del error, y más concretamente en su carácter excusable (SSTS de Pleno de 20 de enero de 2014, 10





de septiembre de 2014 y 12 de enero de 2015).

En consecuencia, el incumplimiento por la entidad demandada BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. del estándar de información sobre las características de la inversión que ofrecía a su cliente, y en concreto sobre las circunstancias determinantes del riesgo, comporta que el error de la demandante sea excusable. Quien ha sufrido el error merece en este caso la protección del ordenamiento jurídico puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba y asesoraba.


Además, como también ha declarado el Tribunal Supremo en las sentencias antes citadas, 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. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional. El cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. El hecho de tener un patrimonio considerable, o que los clientes hubieran realizado algunas inversiones previas no los convierte tampoco en clientes expertos.

En relación a este último extremo, cabe indicar que, pese a las alegaciones vertidas por la entidad demandada en conclusiones sobre el perfil, supuestamente inversor del actor, no ha quedado acreditada tal condición, constando, por el contrario que en el test de conveniencia practicado el día 9 de mayo de 2009, Banco Popular califica al actor como **CLIENTE CON EXPERIENCIA EN PRODUCTOS FINANCIEROS NO COMPLEJOS..**

En definitiva, en la suscripción de BONOS CONVERTIBLES de BANCO POPULAR existió error esencial por parte del suscriptor al desconocer, por falta de información, los riesgos que comportaba el producto financiero complejo, considerándose dicho error excusable al haber incumplido la entidad financiera los deberes de información que le eran exigibles.

Por ello, procede anular los contratos de suscripción de B.O. POPULAR CAPITAL CONV. V. 2013 de fecha 5 de octubre de 2009 por importe de 10.000 € y de la sucesiva orden de canje por 10 valores BO. SUB. OB. CONV. POPULAR V. 11-15, en fecha de 9





de mayo de 2012 por importe de 10.000 €.

Sexto.- Efectos de la nulidad .

Dispone el artículo 1.303 del Código Civil "Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes".

Lo que prevé la ley es que tras la nulidad se proceda a la restitución volviendo "ex tunc" a la situación anterior.

En consecuencia, declarada la nulidad de los contratos lo que procede es la restitución por parte de la demandada del capital íntegro de la inversión, más gastos y comisiones cobrados con el interés legal desde la fecha del desembolso.

Por su parte, el demandante deberá devolver a la demandada los rendimientos o frutos obtenidos del producto durante los años de su vigencia con intereses legales desde la respectiva fecha de percepción.

Finalmente, La estimación de la pretensión de nulidad determina que no se entre a conocer de la pretensión subsidiaria de resarcimiento y/o indemnización de daños y perjuicios.

Séptimo: En materia de costas, al haber sido estimada la demanda, procede imponer su imposición a la parte demandada de conformidad con el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

FALLO

ESTIMO íntegramente la demanda presentada por el procurador D.^a Elisabeth Jorquera Mestres, en nombre y representación de D. X contra BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. . En consecuencia:

Declaro la nulidad de la orden de suscripción de **B.O. POPULAR CAPITAL CONV. V. 2013**, por importe de 10:000 euros de fecha 5 de octubre de 2009 y de la sucesiva orden de canje por 10 valores **BO. SUB. OB. CONV. POPULAR V. 11-15** por importe de 10.000 euros, en fecha de 9 de mayo de 2012, y **condenando a BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.** a la devolución al actor del precio de compra del producto financiero, 10.000,00.- euros, más gastos y comisiones cobrados, con el interés legal desde la fecha del desembolso, menos los rendimientos o frutos percibidos durante la vigencia de los contratos, sumando a dichas cantidades los intereses que legalmente



correspondan cuya concreción se efectuará en ejecución de sentencia; con expresa imposición a la parte demandada de las de costas procesales causadas.

Modo de impugnación: recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de Barcelona (art.455 LEC).

El recurso se interpone mediante un escrito que se debe presentar en este Órgano dentro del plazo de **VEINTE** días, contados desde el siguiente al de la notificación, en el que se debe exponer las alegaciones en que se base la impugnación, citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna. Además, se debe constituir, en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Órgano judicial, el depósito a que se refiere la DA 15ª de la LOPJ reformada por la LO 1/2009, de 3 de noviembre. Sin estos requisitos no se admitirá la impugnación (arts. 458.1 y 2 LEC).

Así por esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

indemnitas