

**JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 6
GUADALAJARA**

SENTENCIA: 00117/2017

JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 6 DE GUADALAJARA

PZA. FERNANDO BELADIEZ, S/N - PLANTA 6ª

Teléfono: 949209900, Fax: 949209972

Equipo/usuario: JGS

Modelo: 045700

N.I.G.: 19130 42 1 2016 0006688

JVB JUICIO VERBAL 0000828 /2016

Procedimiento origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000828 /2016

Sobre OTRAS MATERIAS

D/ña. XProcurador/a Sr/a. PABLO CARDERO ESPLIEGO, PABLO CARDERO
ESPLIEGO

Abogado/a Sr/a. ,

DEMANDADO D/ña. BANCO POPULAR ESPAÑOL SA

Procurador/a Sr/a. X

Abogado/a Sr/a.

SENTENCIA

En Guadalajara, a 29 de mayo de 2017

Vistos por el Ilmo. Sr. D. Jesús Gómez Sánchez, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia num. 6 de Guadalajara los presentes autos de Juicio Verbal 828/2016 sobre nulidad contractual, seguidos ante este Juzgado a instancia de D. Xy DÑA. X, representados por el Procurador D. Pablo Cardero Espliego y bajo la dirección letrada de D. Juan Luis Pérez Gómez-Morán, contra BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., representada por la Procuradora Dña. x y bajo la dirección letrada de D. x, se dicta la presente sentencia en virtud de los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Procurador D. Pablo Cardero Espliego en representación de D. Xy Dña. Xinterpuso demanda de Juicio Ordinario en la

que, tras alegar los fundamentos de hecho y derecho aplicables, solicitó que se dictase sentencia por la que se declare:

1. La nulidad o anulabilidad de la orden de suscripción de B.O POPULAR CAPITAL CONV. V. 2013 por importe de seis mil euros de 8 de octubre de 2009 y de la sucesiva orden de canje por 6 valores BO. SUB. OB. CONV. POPULAR V. 11.15 por importe de seis mil euros en fecha de 11 de mayo de 2012 por existencia de vicios del consentimiento otorgado por los actores y/e infracción de normas imperativas aplicables, condenando a BANCO POPULAR ESPAÑOL SA a la devolución de los actores del precio de compra del producto financiero, más gastos y comisiones cobrados, menos los rendimientos o frutos percibidos durante la vigencia de los contratos, sumando los intereses correspondientes.
2. Subsidiariamente, que se declare el derecho de los actores a ser indemnizados 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 contrato en cuantía de 90.000.-€, más gastos y comisiones menos los rendimientos o frutos percibidos durante la vigencia de los contratos, y menos el precio de canje en la fecha de conversión forzosa o en su defecto del precio de canje a fecha de interposición de demanda, más el interés legal condenando a la demandada a pagar dicha suma.
3. Condena en costas a la demandada.

SEGUNDO.- Emplazada la demandada BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. presentó contestación a la demanda en la que tras alegar

los fundamentos de hecho y de derecho aplicables solicitó que se dicte sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda con expresa condena en costas a la parte actora.

TERCERO.- En la audiencia previa los litigantes estuvieron conformes en que había existido un error en indicar que debía tramitarse un juicio ordinario al ser la cuantía de seis mil euros. Las partes estuvieron conformes en transformar el procedimiento como juicio verbal y señalar juicio para el 26 de mayo de 2017.

CUARTO.- El juicio se ha celebrado en la fecha indicada. Los actores han realizado alegaciones sobre la caducidad. Han propuesto prueba documental. La demandada ha propuesto prueba documental, interrogatorio de los actores y testifical de la Sra. Monterroso y de la Sra. Del Val. Se han admitido los medios de prueba y los actores han interpuesto recurso de reposición frente a la admisión del interrogatorio, que ha sido desestimado. Se ha practicado la testifical y no se ha practicado el interrogatorio de los actores porque no han comparecido, aunque la demandada ha solicitado finalmente el interrogatorio del Sr. Gómez y no el de la Sra. González.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Alegaciones de la demanda: Los actores afirman que son clientes habituales de Banco Popular y son ahorradores no inversores con riesgo conservador en cuentas, depósitos, acciones y fondos de inversión, pero sin experiencia en productos financieros complejos. En la demanda se indica que se contrataron el 8 de octubre de 2009 seis bonos popular por valor de seis mil euros y en mayo de 2012 un empleado de la demandada les llamó para renovar el contrato, firmándose una orden de canje. En la orden se hace mención, según la parte actora, a BO. POPULAR y se incluye una cláusula de exoneración

de responsabilidad. Se indica que existió un servicio de asesoramiento, pero la demandada incumplió sus deberes de información. En el primer contrato de 2009 se lo se hizo firmar a D. X y no a Dña. X y las respuestas no encajan con el perfil. En el segundo contrato que cataloga a D. X como persona sin experiencia en productos no complejos y cuatro años si tenía experiencia, lo que es una contradicción. Los actores detallan la naturaleza de los bonos indicando que era parte de una operación de recapitalización de la entidad financiera y el 17 de abril de 2012 acordó la conversión de la emisión inicial de bonos con vencimiento en octubre de 2013 en otra emisión de bonos que vencía el 25 de noviembre de 2011. La parte actora señala que el Tribunal Supremo ha indicado que los bonos convertibles en acciones son productos financieros complejos y arriesgados.

SEGUNDO.- Alegaciones de la contestación: En primer lugar, se formula excepción de inadecuación del procedimiento, lo que se resolvió en la audiencia previa al transformarse el procedimiento en juicio verbal. Se alega, en segundo lugar, que la acción de nulidad está caducada, porque se computa desde que los actores pudieron conocer que el producto contratado no era un simple depósito y señala la demandada que la fecha se sitúa en el momento de canjear los bonos suscritos el 8 de octubre de 2009 por los bonos convertibles en acciones 11-2015 en fecha 11 de mayo de 2012. En la contestación se indica que en ese momento los actores fueron conscientes del producto que habían contratado. Al haber presentado la demanda el 17 de noviembre de 2016 habrían transcurrido más de cuatro años desde el 11 de mayo de 2012, según la parte demandada. En la contestación se desarrolla la naturaleza del producto Bonos Popular canjeables en acciones suscritos el 8 de octubre de 2009, que se canjearon por los Bonos Popular Conv. V. 11-15 y que llegado el vencimiento el 11 de diciembre de 2015 se

canjearon por acciones. La demandada afirma que el personal que contactó con los actores no llevó a cabo ninguna función de asesoramiento y cumplió las obligaciones de la normativa al haberse realizado el test de conveniencia y la transmisión de las órdenes. En relación a la contratación de 2009, consta suscritas la orden de valores, el tríptico, test de conveniencia, documento de condiciones generales. En relación al canje de 2012, se suscribió la orden de suscripción, el tríptico, el test de conveniencia. Se indica que se envió información fiscal de 2009 en la que se informaba que la cotización estaba en un 97,886% y la de 2012 informaba de una cotización de una 40,974%. La demandada señala que el Sr. Gómez tenía experiencia en fondos de inversión.

TERCERO.- Los actores han ejercitado una acción de nulidad contractual por error en el consentimiento derivado de una falta de información suficiente sobre el producto que contrataron. Subsidiariamente, han ejercido una acción de indemnización de perjuicios. No es objeto de controversia la suscripción el 8 de octubre de 2009 de la orden de adquisición de "Bonos Popular capital conv. V. 2013" (doc. 1) y de la oferta pública de adquisición mediante canje de los bonos anteriormente mencionados por Bonos subordinados de obligaciones convertibles Popular V. 11-15 realizada el 11 de mayo de 2012 (doc. 2).

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz (Secc. 3^a) de 1 de junio de 2016 establece lo siguiente en relación a los bonos del Banco Popular que son objeto del presente procedimiento:

Expuestas las argumentaciones del recurrente, es conveniente comenzar con una serie de consideraciones respecto a la naturaleza del producto contratado, obligaciones subordinadas, -véase los documentos núms. 1 y 6 de la demanda, contrato de fecha 5 de octubre de 2009, de "Orden de Valores",

de adquisición de 50 valores, " Bonos Subordinados Popular Capital Convertibles V.2013" , por una suma total de 50.000 €, necesariamente canjeables por acciones de Banco Popular S.A., y canjeadas en fecha 2 de mayo de 2012 por " Bonos Subordinados Convertibles Popular V. 11-15":

- Se emiten conforme a la Ley del Mercado de Valores, 24/1988 de 28 de julio, y comparten con las participaciones preferentes el hecho de que ambas reconocen o crean deuda contra su emisor, son instrumentos de deuda, tal y como regulan los artículos 401 y ss del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio , por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

- Son una modalidad específica de obligaciones o valores de renta fija emitida por entidades de crédito que se rigen por las reglas generales de los valores negociables, en particular, de los valores de renta fija.

- Se definen, mayoritariamente, como un producto financiero con un nivel potencial de riesgo elevado, sirviendo para que las empresas (ya sean entidades financieras o no) se financien y puedan, de esa forma, tener dinero para realizar inversiones).

- Suelen tener un vencimiento determinado normalmente superior a los cinco años y que puede llegar a los treinta años; en función de la emisión, puede ser redimible (el principal tiene un vencimiento determinado en el tiempo), no redimible (el principal no tiene vencimiento y produce un deuda perpetua) y convertible en acciones (en la fecha fijada puede convertirse en acciones, bien a opción de la sociedad o de los titulares de las obligaciones); y si se quiere disponer del dinero antes de plazo, hay que vender el producto en un mercado secundario, de modo que existe la posibilidad de perder parte o la totalidad del capital, porque están vinculadas directamente a la solvencia de la entidad emisora,

y tampoco están cubiertas por el Fondo de Garantía de Depósitos.

- Constituyen una mutación o alteración del régimen de prelación común de las obligaciones, que obedece al propósito de fortalecer los recursos propios de las entidades de crédito y que supone que, en caso de concurso o liquidación, tales obligaciones ocupan un rango inferior a los créditos de los demás.

- Sus titulares carecen del derecho a la suscripción preferente respecto de futuras emisiones, del derecho de participación en las ganancias repartibles del emisor y de la revalorización de su patrimonio, y si participan en sus pérdidas.

- Concluyendo, deben integrarse dentro de la categoría de los valores complejos del artículo 79 bis de la Ley del Mercado de Valores , que considera valores no complejos a los valores típicamente desprovistos de riesgo y a las acciones cotizadas como valores ordinarios cuyo riesgo es de "general conocimiento", especificando, las acciones admitidas a negociación en un mercado regulado o en un mercado equivalente de un tercer país, los instrumentos del mercado monetario, las obligaciones u otras formas de deuda titulizada, salvo que incorporen un derivado implícito y las participaciones en instituciones de inversión colectiva armonizadas a nivel europeo, y como categoría genérica, aquellos en los que concurren las siguientes condiciones: una, que existan posibilidades frecuentes de venta, reembolso u otro tipo de liquidación de dicho instrumento financiero a precios públicamente disponibles para los miembros en el mercado y que sean precios de mercado o precios ofrecidos, o validados, por sistemas de evaluación independientes del emisor, otra, que no impliquen pérdidas reales o potenciales para el cliente que excedan del coste de adquisición del instrumento, y por

último, que exista a disposición del público información suficiente sobre sus características, información que deberá ser comprensible de modo que permita a un cliente minorista medio emitir un juicio fundado para decidir si realiza una operación en ese instrumento.

Pues bien, las obligaciones subordinadas no aparecen en la lista legal explícita de valores no complejos y no cumplen ninguno de los tres referidos requisitos, son un producto complejo con riesgos superiores a los de una cuenta o depósito tradicional, por lo que el perfil del inversor de este tipo de productos debería ser un inversor especializado y con conocimientos financieros.

(...)

El carácter indiscutiblemente complejo de las obligaciones subordinadas, como las que nos ocupan, especialmente en los casos en que se comercializan a inversores sin conocimientos precisos, como en el caso del actor, supone que la entidad bancaria debe ser extremadamente diligente en la obtención de la información sobre los datos esenciales de los clientes para conocer que el producto financiero puede ser ofrecido y también debe facilitar la información precisa para que el cliente sea plenamente consciente del objeto del contrato y de las consecuencias del mismo.

La jurisprudencia ha señalado que los bonos constituyen una modalidad específica de obligaciones o valores de renta fija emitida por entidades de crédito que se rigen por las reglas generales de los valores negociables, en particular, de los valores de renta fija y se definen como un producto financiero con un nivel potencial de riesgo elevado, sirviendo para que las empresas se financien y puedan, de esa forma, tener dinero para realizar inversiones. Además, responden al propósito de fortalecer los recursos propios de las entidades

de crédito y en caso de concurso las obligaciones ocupan un rango inferior a otros créditos. Por otra parte, la jurisprudencia entiende que deben integrarse dentro de la categoría de los valores complejos del artículo 79 bis de la Ley del Mercado de Valores.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2016 establece lo siguiente en relación a los bonos convertibles en acciones del Banco Popular:

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

2.- Según la clasificación de los productos financieros realizada por el art. 79 bis 8 a) LMV (actual art. 217 del Texto refundido de la Ley del Mercado de Valores aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), son productos no complejos, los que cumplan todas y cada una de las siguientes cuatro características: a) que sean reembolsables en cualquier momento a precios conocidos por el público; b) que el inversor no pueda perder un importe superior a su coste de adquisición, es decir, a lo que

invirtió inicialmente; c) que exista información pública, completa y comprensible para el inversor minorista, sobre las características del producto; y d) que no sean productos derivados. A sensu contrario, son productos o instrumentos financieros complejos los que no cumplen con todas o alguna de las características anteriores. Los productos complejos pueden suponer mayor riesgo para el inversor, suelen tener menor liquidez (en ocasiones no es posible conocer su valor en un momento determinado) y, en definitiva, es más difícil entender tanto sus características como el riesgo que llevan asociado.

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

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

depósito remunerado a tipo fijo, a la postre implica la adquisición obligatoria del capital del banco y, por tanto, puede suponer la pérdida de la inversión.

(...)

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.

4.- Las sentencias de esta Sala núm. 460/2014, de 10 de septiembre , y núm. 769/2014, de 12 de enero de 2015 , declararon que, en este tipo de contratos, la empresa que presta servicios de inversión tiene el deber de informar, y de hacerlo con suficiente antelación, conforme al art. 11 de la Directiva 1993/22/CEE , de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, el art. 79 bis LMV y el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero . 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 el cliente adquirió los bonos u obligaciones convertibles porque les fueron ofrecidos por empleados del Banco Popular. Como dijimos en la sentencia núm. 102/2016, de 25 de febrero, para que exista asesoramiento no es requisito imprescindible la existencia de un contrato remunerado ad hoc para la prestación de tal asesoramiento, ni que estas inversiones se incluyeran en un contrato de gestión de carteras suscrito por la demandante y la entidad financiera. Basta con que la iniciativa parta de la empresa de inversión y que sea ésta la que ofrezca el producto a sus clientes, recomendándoles su adquisición.

*5.- En este caso, conforme a lo declarado probado por la sentencia recurrida, no consta que hubiera esa información previa, y **ni siquiera la información que aparecía en la orden de compra del producto, prerredactada por la entidad financiera, era adecuada, puesto que no se explicaba cuál era su naturaleza, ni los riesgos que se asumían en función de la fecha de conversión.** Según dijimos en las ya citadas sentencias de Pleno núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014 , 460/2014, de 10 de septiembre , y 769/2014 de 12 enero de 2015 , 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.*

En consecuencia, el incumplimiento por la recurrente 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 hemos declarado 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.

CUARTO.- En el presente procedimiento se solicita la declaración de nulidad de las órdenes de compra de los bonos de 8 de octubre de 2009 y su posterior canje de 11 de mayo de 2012. Los actores alegan la inexistencia de información adecuada y el desconocimiento de lo que contrataron por ausencia de una información completa. La entidad demandada afirma que ofreció toda la información necesaria al haberse realizado el test de conveniencia, haberse entregado un ejemplar de información sobre los bonos subordinados y haberse

suscrito el ejemplar del resumen explicativo de condiciones de emisión. Estos documentos se han aportado con la contestación a la demanda.

En relación a la misma contratación de bonos y posterior canje, la Sentencia de de la Audiencia Provincial de Badajoz (Secc. 3ª) de 1 de junio de 2016 establece lo siguiente:

Insistiendo la parte demandada-recurrente que el actor recibió toda la información necesaria respecto del producto contratado, características y riesgos, hemos de indicar:

- El actor firmó un documento de fecha 5 de octubre de 2009, -véase documento núm. 1 de la demanda y 7 de la contestación-, en el que bajo el título de "ORDEN DE VALORES", se limita a recoger, el titular, la fecha de la orden, -no la del vencimiento-, la clase y denominación del valor, "BO. POPULAR CAPITAL CONV.V.2013", -no se dice que sean obligaciones subordinadas-, número de valores, 50, y total nominal, 50.000 euros, y en letra pequeña, se consignaba que el cliente conocía el significado y la trascendencia de la orden y recibía el tríptico de la emisión; en este documento no existe referencia alguna a la descripción del producto, objeto del mismo, sus requisitos, condiciones, efectos y prestaciones de las partes, se trata de una simple orden que sirve para múltiples tipos de operaciones de esta naturaleza, con independencia del producto objeto del mismo, y sin que la inclusión en el mismo de una declaración del inversor en el sentido de que conoce "su significado y trascendencia", en suma, los riesgos de la operación, signifique que se haya prestado al cliente o inversor minorista la preceptiva información, no constituyendo una presunción "iuris et de iure" de haberse cumplido dicha obligación ni de que el inversor, efectivamente, conozca los riesgos.

- Se acompaña también, como documento núm. 7 de la contestación a la demanda, el denominado "Resumen explicativo

de condiciones de la emisión de bonos subordinados necesariamente canjeables en acciones de Banco Popular Español S.A.", compuesto de seis folios, el último de ellos firmado por el actor, formulario, con letra pequeña, que es un documento de difícil comprensión.

Es decir, los términos en los que aparecen redactados ambos documentos son insuficientes para obtener un conocimiento cabal de lo que verdaderamente constituyen su objeto, como puede observarse de la simple lectura de los mismos.

- Se acompaña con la contestación a la demanda, como documento núm. 6, test de conveniencia, que permite concluir al Banco que el nivel de conocimientos y experiencia que se le debe asignar al actor es el de cliente con experiencia en productos financieros no complejos, obrando, asimismo, escrito firmado por el cliente que reza así "El cliente manifiesta que, pese a haber sido informado de que, en base a lo declarado a la entidad, ésta estima que el producto o servicio pudiera no ser adecuado al nivel de conocimientos y experiencia declarado, y tras haber sido informado sobre la naturaleza y los riesgos asociados al mismo, ha decidido, actuando por cuenta propia, de forma libre e independiente, y con base en sus propias estimaciones contratar el producto/servicio BO. POPULAR CAPITAL CONV.V.2013 "; pues bien, al respecto hemos de significar:

Todos estos documentos llevan la misma fecha y hora que el contrato de Orden de Valores, 13.30 horas, del 5 de octubre de 2009, lo que llama la atención y pone de manifiesto el carácter formalista de la información, ofrecida sin la suficiente antelación y con una finalidad real de búsqueda de un escudo protector frente a las posibles reclamaciones por defecto de información posteriores, sin dar tiempo material suficiente para comprender el alcance de los documentos que se

firmaban; como dice nuestro Tribunal Supremo, en sentencia núm. 460/2014, de 10 de septiembre , en este tipo de contratos, la empresa que presta servicios de inversión tiene un deber de informar con suficiente antelación, y la de 12 de enero de 2015 antes citada ".....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."

Llama también la atención que en ese documento se consigne "pese a haber sido informado de que, en base a lo declarado a la entidad, ésta estima que el producto o servicio pudiera no ser adecuado al nivel de conocimientos y experiencia

declarado..." , y "ha decidido, actuando por cuenta propia, de forma libre e independiente, y con base en sus propias estimaciones contratar...", cuando el Director de la Sucursal don Juan María , al ser preguntado por la dirección letrada del actor, "¿Usted le recomendó la contratación de los bonos?" responde afirmativamente, y en ningún momento refiere, a lo largo de su interrogatorio, que le informara que el Banco estimaba "que el producto pudiera no ser adecuado al nivel de conocimientos y experiencia declarado...".

En modo alguno, podemos concluir que esa información documental, que no fue adecuada, fue completada por una información clara y sencilla, y al mismo tiempo, completa, de modo verbal, por los empleados del Banco, sin que podamos afirmar que resulte acreditado con la testifical del Director de al sucursal, don Juan María , -recordemos que son los empleados de la entidad bancaria los obligados a facilitar tal información y, por tanto, responsables de la omisión en caso de no haberla facilitado-; basta ver su interrogatorio, toda la información que contesta le dió, prácticamente, se reducía a la alta rentabilidad del producto, su transformación en acciones después, y que cuando tuviera el Banco pérdidas no habría intereses, es decir, no se acredita que, ni antes ni durante la celebración del contrato, se ofreciera al actor información suficiente para comprender los riesgos que asumía al suscribir el producto ofrecido por la entidad apelante, información que se hacía precisa al carecer el actor de conocimientos financieros para comprender estos contratos complejos, cuando la propia entidad bancaria, como hemos apuntado, califica al cliente como cliente minorista.

Pues bien, teniendo en cuenta que en el caso de autos no hubo una información adecuada a las circunstancias concretas del sujeto y tipo de negocio, - recordemos un cliente minorista, que como revela la documentación de los distintos

productos contratados por el actor con el Banco y aportados con la contestación a la demanda, eran productos no complejos y sin riesgo, lo que corrobora el director de la sucursal-, lo que le hizo incurrir en un error, error que en cuanto recae sobre un elemento esencial que atiende a la propia finalidad del negocio, la propia inversión contratada y, en concreto, el alcance del riesgo asumido, tiene aptitud suficiente para invalidar su consentimiento, error que se reveló claramente como excusable en función de su conocimiento sobre inversiones financieras y sobre el producto en cuestión, el actor contrató el producto en la creencia de que era una inversión sin riesgo; y la conclusión es que ha habido un vicio esencial del consentimiento que da lugar a la nulidad del contrato, era la entidad demandada la obligada, conforme a las normas de distribución de la carga de la prueba del artículo 217 de la Lec , quien debía acreditar que proporcionó al actor la información necesaria, para que éste pudiera prestar un consentimiento cabal e informado sobre el producto que iba a contratar, cosa que no hizo, producto que se salía por completo de la línea de productos comunes que hasta ese momento había contratado con el Banco, recordando que la diligencia que le es exigible a la entidad bancaria no es la de un buen padre de familia, sino la de un ordenado empresario y representante legal, en defensa de los intereses de sus clientes; por todo lo cual, no procede sino la desestimación de este segundo motivo.

Se deben aplicar al presente procedimiento los anteriores razonamientos para estimar la pretensión de los actores porque el supuesto es similar y se aceptan las conclusiones de la anterior sentencia transcrita. Los actores suscribieron un documento de fecha 8 de octubre de 2009 en el que bajo el título de "ORDEN DE VALORES", se limita a recoger, el titular,

la fecha de la orden, -no la del vencimiento-, la clase y denominación del valor, "BO. POPULAR CAPITAL CONV.V.2013", -no se dice que sean obligaciones subordinadas-, número de valores, 6, y total nominal, 6.000 euros, y se consigna que el cliente recibía el tríptico de la emisión. En este documento no existe referencia alguna a la descripción del producto, objeto del mismo, sus requisitos, condiciones, efectos y prestaciones de las partes, se trata de una simple orden que sirve para múltiples tipos de operaciones de esta naturaleza, con independencia del producto objeto del mismo, y sin que la inclusión en el mismo de una declaración del inversor en el sentido de que conoce "su significado y trascendencia", en suma, los riesgos de la operación, signifique que se haya prestado al cliente o inversor minorista la preceptiva información. El documento nº 4 de la contestación es el denominado "Resumen explicativo de condiciones de la emisión de bonos subordinados necesariamente canjeables en acciones de Banco Popular Español S.A." compuesto de varios folios, con letra pequeña, que es un documento de difícil comprensión y que no se encuentra suscrito por los actores. Del análisis de estos documentos se puede concluir, al igual que la anterior sentencia transcrita, que dados los términos en los que aparecen redactados, estos documentos son insuficientes para obtener un conocimiento cierto de lo que verdaderamente constituyen su objeto. El documento nº 6 es el test de conveniencia en el que la entidad demandada concluye que el producto no es adecuado al nivel de conocimiento de los actores. No obstante, la demandada ofreció el producto y permitió la suscripción del mismo.

Al igual que en la sentencia transcrita puede indicarse que todos estos documentos llevan la misma fecha (11 de mayo de 2012 en el supuesto de la renovación) lo que pone de manifiesto el carácter formalista de la información ofrecida

sin la suficiente antelación y con una finalidad real de búsqueda de una protección frente a las posibles reclamaciones por defecto de información posteriores, sin que se pueda advertir que haya existido un tiempo suficiente para comprender el alcance de los documentos que se firmaban. Se puede deducir que la información documental no se considera adecuada y que las testigos no facilitaron una información completa y explicativa de todas las consecuencias de la contratación del producto. La Sra. Monterroso se ha centrado en indicar que intervino en la primera contratación, que se entregó el folleto y que se realizó el test de conveniencia. Ha indicado que advirtió que el producto se convertiría en acciones. Esto último no es suficiente, según la jurisprudencia, ya que *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.* La testigo ha indicado que el actor sabía que el interés era alto y que el producto se convertiría en acciones. Esto, según se ha indicado, no es suficiente para concluir que los actores tenían un conocimiento completo del producto y de lo que realmente contrataban. Ha manifestado que el actor tenía varios fondos de inversión y acciones. La jurisprudencia ha señalado que la contratación anterior en productos de riesgo no es suficiente, porque la experiencia del contratante debe ser en productos complejos y en bonos subordinados. No se ha probado que los actores hubieran invertido en este tipo de productos con anterioridad. La testigo Sra. del Val ha señalado que conoce a los actores y que intervino en la renovación de 2012. Ha señalado que

explicó el producto. Ha indicado que el bono se convertía en acciones en 2013, pero que el banco ofertó la renovación y los actores lo admitieron. Ha indicado que explicó el producto, según venían en los documentos. Esta declaración no es suficiente para entender que se facilitó a los actores toda la información necesaria sobre la complejidad del producto que contrataron. La testigo ha indicado que explicó el producto en los términos del documento y la jurisprudencia transcrita ha señalado que esto no es suficiente, porque en los documentos no se detalla la complejidad del producto y los riesgos reales.

No se ha acreditado que, ni antes, ni durante la celebración de los contratos, se ofreciera a los actores información suficiente para comprender los riesgos que asumían al suscribir un producto complejo y carecer de conocimientos financieros sobre este tipo de producto. La ausencia del actor al interrogatorio no implica que se deban tener por reconocidos los hechos a los efectos solicitados por la demandada y que se hubiera cumplido el deber de información. Le corresponde a la actora la carga de la prueba de haber facilitado toda la información necesaria para que los actores estuvieran completamente informados del producto complejo que contrataron. El artículo 304 LEC no implica de forma obligatoria que la incomparecencia de la parte al juicio suponga que se deban tener por reconocidos los hechos. Por otra parte, se ha renunciado al final de la vista al interrogatorio de la Sra. González, pero esta persona, que no ha comparecido, también intervino en la suscripción y es titular del producto.

Del análisis de los medios de prueba y de las alegaciones de las partes se concluye que la demandada no facilitó una información completa y adecuada de los productos contratados a los actores, que eran clientes minoristas y consumidores.

Incurrieron en un error sobre el producto complejo contratado y no conocían el riesgo de la contratación. Por esta razón el error sufrido por la ausencia de información constituye un vicio del consentimiento que da lugar a la nulidad de los contratos. La demandada no ha probado haber facilitado la información necesaria.

QUINTO.- Otro motivo de oposición es la caducidad de la acción porque se indica en la contestación que ha transcurrido el plazo de cuatro años previsto en el artículo 1301 CC. La demandada señala que la acción de nulidad se computa desde que los actores pudieron conocer que el producto contratado no era un simple depósito y la demandada afirma que la fecha se sitúa en el momento de canjear los bonos suscritos el 8 de octubre de 2009 por los bonos convertibles en acciones 11-2015 en fecha 11 de mayo de 2012. En la contestación se indica que en ese momento los actores fueron conscientes del producto que habían contratado. Al haber presentado la demanda el 17 de noviembre de 2016 habrían transcurrido más de cuatro años desde el 11 de mayo de 2012, según la parte demandada.

No se puede estimar la pretensión de la entidad demandada al no considerarse que la acción haya caducado. La consumación del contrato, según ha indicado la parte demandada en la vista, se produjo el 25 de noviembre de 2015 cuando se produjo el canje automático de los bonos en acciones. En octubre de 2009 se suscribieron los bonos y en mayo de 2012 se produjo el canje de los bonos de vencimiento 2013 por los de 2015. El error inicial en la contratación de 2009 perdura en la renovación de 2012. Debe entenderse que la fecha de inicio del cómputo del plazo de cuatro años del artículo 1301 CC es la del canje de los bonos por acciones. Los actores habían invertido seis mil euros en seis bonos y recibieron a cambio unas acciones en noviembre de 2015. En ese momento se entiende

la consumación del contrato y es cuando los actores tuvieron real conocimiento de lo que habían contratado y los riesgos.

Se aplican los mismos razonamientos que esgrime la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Secc. 5) de 24 de marzo de 2017 establece que *la recurrente pretende que tal conocimiento aconteció con motivo del canje de los bonos adquiridos en el año 2.009 por otros ofertados en el año 2.012 de similares características y tal no se puede aceptar, pues si es que la complejidad del producto y el riesgo asociado a ella se identifica con el desconocimiento (o el conocimiento difuso o erróneo) de que la obligada conversión en el futuro del bono en acciones se producirá tomando como referencia un precio por acción fijado anticipadamente, se comprende que ese negocio de canje carecía de virtualidad para que los actores pudiesen percatarse de su error. En este sentido, el resumen explicativo de las condiciones de nueva emisión de bonos justifica ésta y su oferta a los adquirentes de los bonos emitidos en el año 2.009 por la pérdida de valor de mercado de esos bonos con respecto al capital de la inversión, alentando a la suscripción de los nuevos para minimizar o evitar un resultado económico negativo (folio 233) sin explícita referencia alguna al valor de las acciones que resultarían de su conversión de no suscribirse la nueva emisión, en la que, por otro lado, se fija un nuevo precio de conversión; dicho de otro modo, **el error inicial al adquirir los bonos en el año 2.009 permanece al suscribir el canje en el año 2.012, pues esta operación no desvela el error sino que lo perpetúa al mantener al suscriptor ajeno a la verdadera naturaleza del producto y sus riesgos, conocimiento al que, efectivamente, llega en el momento del canje pero de los bonos por acciones y no de unos bonos por otros de similares características.***

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria de 22 de marzo de 2017 señala que *comprobamos que en 2012 no se llevó a*

*cabo el canje por acciones, sino que se le ofreció por el Banco al demandante que se canjearan los bonos iniciales por otros bonos, ampliando así la vigencia del producto financiero hasta 2015, que **es cuando en definitiva se produjo el canje de los bonos por acciones, y en este momento es cuando pudo tener cabal conocimiento del error padecido en cuanto a las características y riesgos del producto. De tal manera que al no haber transcurrido 4 años desde 2015 hasta la fecha de la demanda, en 2016, no cabe apreciar la caducidad alegada.***

Por todo lo anteriormente expuesto se estima la pretensión de los actores y se declara la nulidad de la orden de suscripción de 8 de octubre de 2009 de BO. POPULAR CAPITAL CONV. V. 2013 por importe de seis mil euros y de la sucesiva orden de adquisición mediante canje de los bonos anteriormente mencionados por BO. SUB. OB. CONV. POPULAR V. 11-15 realizada el 11 de mayo de 2012. La demandada restituirá a los actores la suma de seis mil euros, más los gastos y comisiones cobrados, más los intereses legales desde la fecha de suscripción. Los actores restituirán los intereses percibidos, así como los rendimientos obtenidos y las acciones percibidas y los dividendos, más el interés legal desde la fecha de percepción de los rendimientos. El artículo 1303 CC establece que 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. Por esta razón, los litigantes deben devolverse todas las prestaciones recibidas por la contratación del producto con sus intereses. Los actores deben reintegrar los rendimientos obtenidos, las acciones percibidas y los dividendos percibidos con sus intereses legales. Todas estas operaciones se realizarán en ejecución de sentencia.

SEXTO.- En materia de costas, resulta de aplicación el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que indica que en los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones. Por tanto, a tenor de lo dispuesto en este precepto, las costas se imponen a la demandada al haber sido estimada íntegramente la demanda.

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

F A L L O

Se estima íntegramente la demanda interpuesta por D. X y DÑA. x , representados por el Procurador D. Pablo Cardero Espliego, contra BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., representada por la Procuradora Dña. x , y se establecen los siguientes pronunciamientos:

Se declara la nulidad de la orden de suscripción de 8 de octubre de 2009 de BO. POPULAR CAPITAL CONV. V. 2013 por importe de seis mil euros y de la sucesiva orden de adquisición mediante canje de los bonos anteriormente mencionados por BO. SUB. OB. CONV. POPULAR V. 11-15 realizada el 11 de mayo de 2012. La entidad demandada restituirá a los actores la suma de seis mil euros, más los gastos y comisiones cobrados, más los intereses legales desde la fecha de suscripción. Los actores restituirán los intereses percibidos, así como los rendimientos obtenidos y las acciones percibidas y los dividendos, más el interés legal desde la fecha de percepción de los rendimientos.

Se condena a la demandada al abono de las costas procesales.



Notifíquese esta Sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la presente puede interponerse recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, en este mismo Juzgado, en un plazo de veinte días a contar desde la notificación de la misma, advirtiéndoles de la necesidad de constitución de depósito en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones del Juzgado, en los términos indicados en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Así por esta sentencia, se pronuncia y firma.

La anterior sentencia ha sido publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez que la suscribe, de lo que doy fe.