JUZGADO DE 1ª INSTANCIA E INSTRUCCIÓN Nº 05 DE NAVALCARNERO
C/ Ronda de San Juan, 4 , Planta Baja - 28600
Tfno: 918354903
Fax: 918111336
42020310

NIG: 28.096.00.2-2018/0002561
Procedimiento: Procedimiento Ordinario 346/2018
Materia: Contratos bancarios
NEGOCIADO B
Demandante: D./Dña. X
PROCURADOR D./Dña. JOSE LUIS SERRANO IGLESIAS
Demandado: BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.
PROCURADOR D./Dña. X

SENTENCIA Nº 163/2019

En Navalcarnero a cinco de diciembre de dos mil diecinueve

Vistos por Doña Maria del Carmen Díaz Sierra, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº5 de Navalcarnero, los presentes autos de juicio ordinario, registrados con el número 346 del año 2018 a instancia de Doña X representado por el Procurador Don Jose Luis Serrano Iglesias contra BANCO POPULAR ESPAÑOL SA representado por la Procuradora Doña X.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Procurador Don Jose Luis Serrano Iglesias, en la representación indicada, presento escrito de demanda, que correspondió a este Juzgado, en la que en síntesis alegaba que la actora cuando era menor de edad y representada por su madre suscribió Bonos Subordinados Necesariamente Canjeables en Acciones del Banco Popular Español I/2010 el dos de diciembre de 2010 por importe de 150.000 euros, siendo defectuosamente asesorada , incumpliendo sus deberes sobre la información previa del art. 70 de la LMV. Tras aducir los fundamentos de derecho que estimaba de aplicación terminaba solicitando se dictara sentencia por la que se declare la nulidad o anulabilidad de la orden de suscripción de BO POPULAR CAPITAL 8% por importe de 150.000 eros pro existencia de viso del consentimiento otorgado e infracción de normas imperativas, condenando al demandado a la devolución a los actores del precio de compra del producto financiero mas gastos y comisiones cobrados menos los rendimientos o frutos percibidos durante la vigencia de los contratos, sumando a dichas cantidades los intereses que legalmente les correspondan y subsidiariamente se declare el derecho a ser indemnizados por daños perjuicios en cuantia de 150.000 euros mas gastos y comisiones menos los rendimientos o frutos percibidos durante la vigencia del contrato menos el precio de canje en fecha de conversión forzosos más el interés legal

que corresponda y condene al BPE a pagar dicha suma, todo ello con expresa condena en costas a la demandada.

SEGUNDO.- Admitida la demanda por decreto de treinta de mayo de dos mil dieciocho por la demandada compareció la Procuradora Doña X quien presento escrito oponiéndose a la demanda.

TERCERO.- Celebrada la audiencia previa y tras intentar la conciliación sin éxito, por la parte actora se propone como medio de prueba: documental, testifical. Todos los medios de prueba fueron admitidos.

CUARTO.-En el acto del juicio tras practicarse las pruebas propuestas y admitidas, quedaron las actuaciones conclusas para sentencia.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Es un hecho no controvertido que la actora representada por su madre, al ser menor de edad, suscribió con fecha 26 de noviembre de dos mil diez Bonos Subordinados Necesariamente Canjeables en Acciones del Banco Popular Español I/2010 por importe de 150.000 euros

La parte ejercita en primer lugar acción de nulidad por infraccion de normas imperativas aplicables.

No obstante debe tenerse en cuenta que tal como ha declarado el Tribunal Supremo Así, en la Sentencia de 1 de junio de 2.017, recuerda que constituye "jurisprudencia reiterada de esta Sala de que el incumplimiento de los deberes de información que el art. 79 bis LMV impone en caso de contratación de productos financieros complejos con clientes minoristas, no determina la nulidad de pleno de derecho del contrato.

"En la sentencia 380/2016, de 3 de junio, afirmamos que "la infracción de los deberes legales de información contenidos en el art. 79 bis LMV, incorporados con la Ley 47/2007, de 15 de noviembre, que traspuso la Directiva MiFID, no vicia por sí de nulidad absoluta el contrato o negocio, y por ello no puede ser apreciada de oficio". En esa sentencia transcribíamos el razonamiento que habíamos expuesto en la anterior sentencia 716/2014, de 15 de diciembre, para justificarlo:

"La normativa comunitaria MiFID no imponía la sanción de nulidad del contrato para el incumplimiento de los deberes de información, lo que nos lleva a analizar si, de conformidad con nuestro derecho interno, cabría justificar la nulidad del contrato de adquisición de este producto financiero complejo en el mero incumplimiento del deber de recabar el test de conveniencia, al amparo del art. 6.3 CC.

"Conforme al art. 6.3 CC, "los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención". La norma legal que introdujo los deberes legales de información del art. 79bis LMV no estableció, como consecuencia a su incumplimiento, la nulidad del contrato de adquisición de un producto financiero. Sin embargo sí que dispuso expresamente otro efecto distinto, de orden administrativo, para

el caso de contravención. La Ley 47/2007, al tiempo que traspuso la Directiva MiFID, estableció una sanción específica para el incumplimiento de estos deberes de información del art. 79 bis, al calificar esta conducta de "infracción muy grave" (art. 99.2.bis LMV), lo que permite la apertura de un expediente sancionador por la Comisión Nacional del Mercados de Valores (CNMV) para la imposición de las correspondientes sanciones administrativas (art. 97 y ss LMV).
"Con lo anterior no negamos que la infracción de estos deberes legales de información pueda tener un efecto sobre la validez del contrato, en la medida en que la falta de información pueda provocar un error vicio, en los términos que expusimos en la Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014.
"Pero la mera infracción de estos deberes, en concreto, en este caso el deber de recabar el test de conveniencia, no conlleva por sí sola la nulidad de pleno derecho del contrato, como pretende el recurrente, por las razones antes apuntadas y porque, con la contravención de estos deberes legales no cabe advertir que se hayan traspasado los límites autonomía privada de la voluntad (art. 1255 CC)".

Por tanto en atención a la doctrina expuesta debe desestimarse la petición de nulidad.

SEGUNDO.- En segundo lugar alega la anulabilidad por vicio del consentimiento.

La parte demandada se opone alegando la caducidad de la acción dado que en el mes de junio de 2012 de produjo la conversión de los bonos en acciones.

La doctrina del Tribunal Supremo, en materia de caducidad de la acción de nulidad de los contratos de adquisición de productos financieros complejos, señala que el cómputo del plazo de caducidad debe realizarse, tal y como indica el *artículo 1301 del Código civil* , desde el momento en que el contrato se consuma, es decir cuando agota sus efectos, y siempre que en tal momento el adquirente haya podido tener conocimiento del contenido y riesgos del producto que adquiría (*Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015* y *19 de febrero de 2018*).

En concreto, la *Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2018* , al referirse a su vez a la *Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015* , señala:

" *sentó como doctrina la de que "en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo"."*

Por tanto, no se trata de fijar el día inicial en aquel en que conste que el cliente ha tenido un conocimiento efectivo del error, sino desde el momento en que se produce algún tipo de evento que permite conocer el error. En el presente supuesto es el canje de los bonos por acciones el que permite tener conocimiento del error padecido, iniciándose por ello el cómputo del plazo de caducidad.

Producido el canje de los bonos por acciones, el contrato quedó consumado, teniendo en tal momento el adquirente la posibilidad de conocer el contenido y consecuencias del producto que había adquirido.

Dado que el canje se produce en junio de 2012 y la demanda se presenta en el mes de abril de 2018, es claro que la acción esta caducada, y ello sin perjuicio de cuando alcanzo la mayoría de edad la actora, teniendo en cuenta que lo que se ejercita en una acción de anulabilidad por vicio del consentimiento, siendo que su madre fue la que contrato en su nombre.

TERCERO.- Llegados a este punto debe analizarse la acción de daños y perjuicios alegada por la actora.

Igualmente la parte demandada alega la prescripción de la acción.

Debe tenerse en cuenta que la acción de responsabilidad contractual tenía asignado un plazo de prescripción de 15 años, tal y como disponía el *artículo 1964 del Código civil* en su redacción vigente en el momento de celebrarse la contratación.

Por tanto, la acción para exigir indemnización por daños y perjuicios no se encuentra prescrita.

Tampoco cabe aplicar el plazo del *artículo 945 del Código de Comercio* tal como alega la demandada dado que el mismo se refiere a la actuación de los Agentes de Cambio y Bolsa y Corredores de Comercio, que actuaban como fedatarios y mediadores de los clientes en la adquisición de títulos, por lo que es aplicable únicamente cuando el demandado actúa en nombre y en cumplimiento de la orden de compra del cliente (Ver *Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2009*), pero no cuando, como en este caso ocurre, la demandada es comercializadora del producto, más en concreto, del producto por ella confeccionado y emitido.

CUARTO.- La *Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2.014* , referida también a un producto complejo y de riesgo como es el analizado, establece que las entidades que comercializan productos financieros de tal índole deben prestar una información clara, objetiva y que además permita al cliente comprender los riesgos asociados a la contratación.

Indica a este respecto:

"Información sobre los instrumentos financieros. El art. 79 bis LMV regula los deberes de información que recaen sobre las entidades financieras que presten estos servicios de inversión. Estos deberes no se reducen a que la información dirigida a sus clientes sea imparcial, clara y no engañosa (apartado 2), sino que además deben proporcionarles, "de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión", que " deberá incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias " (apartado 3).

"El art. 64 RD 217/2008, de 15 de febrero , regula con mayor detalle este deber de información sobre los instrumentos financieros y especifica que la entidad financiera debe "proporcionar a sus clientes (...) una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional". Y aclara que esta descripción debe "incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera

suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas".

"En su apartado 2, concreta que "en la explicación de los riesgos deberá incluirse, cuando sea justificado en función del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los conocimientos y perfil del cliente, la siguiente información:

"a) Los riesgos conexos a ese tipo de instrumento financiero, incluida una explicación del apalancamiento y de sus efectos, y el riesgo de pérdida total de la inversión.

"b) La volatilidad del precio de ese tipo de instrumento financiero y cualquier limitación del mercado, o mercados, en que pueda negociarse.

"c) La posibilidad de que el inversor, asuma, además del coste de adquisición del instrumento financiero en cuestión, compromisos financieros y otras obligaciones adicionales, incluidas posibles responsabilidades legales, como consecuencia de la realización de transacciones sobre ese instrumento financiero.

"d) Cualquier margen obligatorio que se hubiera establecido u otra obligación similar aplicable a ese tipo de instrumento".

En cuanto a la labor de información que corresponde a la entidad comercializadora del producto financiero, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido señalando que dicha información ha de transmitir al cliente información veraz, comprensible y suficiente para que el mismo pueda tener cabal idea de la naturaleza, contenido y riesgos del producto que adquiere, no bastando con una información genérica o que se refiera a lo obvio, debiendo constatar que el cliente conoce suficientemente las características del producto que adquiere.

Dicha información, por tener que ser realizado en términos comprensibles para el cliente y permitir al comercializador del producto constatar que conoce los riesgos y el contenido del mismo, no se cumple con la mera entrega o puesta a disposición del cliente de la documentación con la información del producto.

Así lo indica la *sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2017* :

" *Estos deberes de información que pesan sobre la entidad prestadora de servicios financieros, en el caso de que el cliente sea minorista, se traducen en una obligación activa, que no se cumple con la mera puesta a disposición del cliente de la documentación contractual (así, sentencia 694/2016, de 24 de noviembre , con cita de las sentencias 244/2013, de 18 de abril , 769/2014, de 12 de enero , y 489/2015, de 16 de septiembre)."*

Igualmente la referida *Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2.014* , que además de esta labor de asesoramiento, la entidad financiera deberá realizar el test de conveniencia o idoneidad, analizando las diferencias entre uno y otro, señalando que el de conveniencia, que tiene por objeto básicamente de determinar si el cliente es apto para contratar el producto de que se trate,

debe realizarse cuando la entidad financiera no presta servicios de asesoramiento, limitándose a ejecutar la voluntad del cliente. El test de idoneidad, que se superpone al de conveniencia, debe realizarse cuando la entidad financiera realiza labores de asesoramiento, y tiene por objeto, básicamente, analizar la situación financiera y objetivos perseguidos por el inversor al objeto de aconsejarle el producto más conveniente.
Debe tenerse en cuenta que, constando acreditado que la demandada realizó labores de comercialización de un producto financiero complejo y de riesgo, corresponde a ésta probar que suministró información en los términos referidos, ya que de lo contrario se impondría al demandante la carga de una prueba de un hecho negativo (Ver *Sentencias de esta Sala de 27 de Noviembre* y 11 de septiembre de 2013, y *Baleares, sección 3ª, de 17 de octubre de 2012* , *Valencia, 26 de abril de 2006* , *León, Sección 1ª, de 5 de marzo de 2013* y *Orense, sección 1ª, de 28 de febrero de 2012*).

En el presente supuesto, aparte de que no consta debidamente probado que se haya realizado el correspondiente test, en todo caso, el mero suministro de información escrita no puede entenderse como cumplimiento de la obligación de prestar información al actor sobre el contenido y riesgos del producto, en términos asequibles y comprensibles, cumpliendo con ello el elevado nivel de información que debe ser suministrado con arreglo a la normativa ya reseñada.

La testifical realizada no aporta nada, dado que manifiestan no recordar nada de la contratación

De tal forma que comprobado el incumplimiento de la obligación de información y asesoramiento -que indudablemente constituía una de las obligaciones asumidas por la entidad bancaria demandada, frente a la demandante, en virtud de la relación jurídica que les ligaba-, obligaría a la entidad demandada, conforme a lo prevenido por el artículo 1101 del Código Civil , a resarcir a los demandantes los daños y perjuicios derivados del mismo. Daños y perjuicios que se han de concretar en el importe de la disminución finalmente sufrida por el capital invertido, por cuanto es evidente que tal es el verdadero perjuicio originado por el incumplimiento contractual de la entidad demandada que determinó la suscripción, por los demandantes del producto financiero litigioso.

Por lo que ha de acogerse la demanda en el sentido de condenar a la demandada como indemnización debida, a la devolución de la cantidad invertida en Bonos Subordinados Necesariamente Canjeables I/10, minorado en la cuantía de los intereses líquidos percibidos por los demandantes, Sin que se pueda apreciar en modo alguno que el Demandante haya obtenido beneficio de la inversión pues el valor que otorga la entidad bancaria a las acciones no se ajusta a la realidad, y de conformidad con la doctrina del TS afectos indemnizatorios expuesta en la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2019 dice al respecto: ".... *Esta sala, en la sentencia citada por la recurrente pero también en otras posteriores,, tiene declarado con relación al incumplimiento contractual, como título de imputación de la responsabilidad de la entidad bancaria por los daños sufridos por los clientes en la adquisición de productos financieros complejos, como las obligaciones subordinadas y las participaciones preferentes, que el daño causado viene determinado por el valor de la inversión realizada menos el valor al que ha quedado reducido el producto y los intereses o rendimientos que fueron cobrados o percibidos por los clientes.*

Los intereses legales se devengarán desde la inversión, como medio de fijar la indemnización conforme a lo establecido por el TS en sentencia de 4 de julio de 2018 que declara que "para la determinación del daño indemnizable derivado del incumplimiento de las obligaciones de información de la entidad financiera (art. 1101 del Código Civil), hay que tener en cuenta no solo la pérdida del capital invertido, sino también los eventuales rendimientos económicos percibidos por los clientes con relación a los productos financieros de inversión de que se trate", lo que incluye, según precisa en el párrafo siguiente, que la entidad financiera abone al demandante "las cantidades no recuperadas tras la venta de las acciones obtenidas en el canje, con sus intereses legales desde la fecha de las inversiones realizadas".

QUINTO - Respecto a las costas procesales conforme al art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al haberse estimado la demanda, debe imponerse las costas a la parte demandada

FALLO

ESTIMAR la demanda interpuesta por el Procurador Don Jose Luis Serrano Iglesias en nombre y representación de Doña X contra BANCO POPULAR ESPAÑOL SA, condenando a la demandada al al abono de una indemnización consistente en la devolución de la cantidad invertida en Bonos Subordinados Necesariamente Canjeables I/10 (150.000) minorado en la cuantía de los intereses líquidos percibidos por los demandantes, suma que devengará el interés legal desde la fecha de inversión, con expresa condena en costas a la parte actora.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de apelación , que en su caso, deberá interponerse ante este mismo Juzgado dentro de los veinte días siguiente al en que se notifique esta resolución

Llévese el original al libro de sentencias.

Por esta mi sentencia, de la que se expedirá testimonio para incorporarlo a las actuaciones, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Juez que la dictó, estando celebrando audiencia pública ordinaria en el día de su fecha, doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.