

Expediente

Cliente... :
Contrario : BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.
Asunto... : JUICIO VERBAL 104/18-b1
Juzgado.. : PRIMERA INSTANCIA 30 BARCELONA

Resumen**Resolución**

07.02.2019 **LEXNET**
SENTENCIA PARCIALMENTE ESTIMATORIA 06/02/19

Términos

07.03.2019 **FINE RECURSO APELACIÓN**

Saludos Cordiales



Juzgado de Primera Instancia nº 30 de Barcelona

Avenida Gran Vía de les Corts Catalanes, 111, edifici C, planta 8 - Barcelona - C.P.: 08075

TEL.: 935549430
 FAX: 935549530
 EMAIL: instancia30.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120178123373

Juicio verbal (250.2) (VRB) 104/2018 -B1

Materia: Juicio verbal (resto de casos)

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:
 Para ingresos en caja. Concepto: 0618000003010418
 Pagos por transferencia bancaria: [REDACTED]
 Beneficiario: Juzgado de Primera Instancia nº 30 de Barcelona
 Concepto: 0618000003010418

Parte demandante/ejecutante: [REDACTED]

Parte demandada/ejecutada: BANCO POPULAR
 ESPAÑOL, S.A., BANCO SANTANDER S.A.

Procurador/a: [REDACTED]

Procurador/a: [REDACTED]

Abogado/a: [REDACTED]

Abogado/a: [REDACTED]

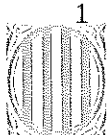
SENTENCIA Nº 27/2019

Magistrado: [REDACTED]

Barcelona, 6 de febrero de 2019

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Procuradora Sra. [REDACTED], en representación de D^a. [REDACTED], presentó demanda contra la entidad "Banco Popular Español, S.A.". Se señala que en fecha 2 de octubre de 2009 la actora suscribió unos bonos convertibles en acciones emitidos por la entidad "Banco Popular Español, S.A." por importe de 6.000 euros. La demandante es una cliente minorista, sin especiales conocimientos en materia bancaria ni financiera. Era cliente de la entidad demandada desde el año 2006, con motivo de la suscripción de un préstamo hipotecario. Mantenía una relación de confianza con los empleados de la oficina, dejándose guiar por sus indicaciones en materia de inversión, siempre de acuerdo con su perfil minorista y conservador. La Sra. [REDACTED] siempre había destinado su dinero a imposiciones a plazo fijo o a libretas de ahorro, siempre productos sin riesgo. Debido a que en el año 2009 finalizaba el periodo de una imposición, la demandante recibió una llamada del empleado de su oficina bancaria, ofreciéndole suscribir un producto que le proporcionaría una rentabilidad altísima, que le permitiría disponer de su dinero en todo momento, y que no ofrecía riesgo. Por tales explicaciones, la Sra. [REDACTED] concibió ese producto como un mero depósito. En ningún momento se informó a la demandante de que se trataba de un producto complejo, con un elevado riesgo, ni de que era contradictorio con





su perfil conservador. No se hizo entrega previa de ningún folleto ni tríptico. No se hizo test Mifid. Sólo se le dijo que era un producto con la garantía del banco, seguro y sin riesgo.

Se señala que la demandante, aunque reconoce la contratación, ha podido constatar con posterioridad que la firma que aparece en la orden de valores no fue realizada por ella. En el momento de la contratación no se le informó debidamente de características esenciales del contrato, como el vencimiento a tres años, que la rentabilidad no era constante, que la liquidez no era inmediata, que no se podía asegurar la recuperación del dinero, y que el producto no era garantizado. La demandada hizo una labor de asesoramiento inadecuado, al recomendar a la actora la firma de este producto. Después de suscribir el contrato, la demandante no fue informada de la necesidad de adoptar decisiones sobre la buena marcha del producto. Tampoco se le informó de la evolución de la inversión efectuada, ni del estado de la entidad emisora.

En diciembre de 2015 la demandante recibió información sobre sus cuentas, y fue entonces cuando pudo comprobar que sus ahorros se habían convertido en 173,357750 euros, como consecuencia de un canje obligado de sus bonos en acciones de "Banco Popular". La demandante quedó perpleja y acudió a la oficina bancaria para pedir explicaciones.

Con todo ello, se afirma que el contrato fue firmado por error. También se sostiene que la demandada actuó con dolo. También se indica que la demandada actuó con negligencia, e hizo prevalecer sus propios intereses sobre los de su cliente.

Tras exponer los fundamentos de derecho considerados aplicables, se solicitaba que se dictase sentencia por la que:

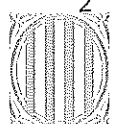
- a) Con carácter principal, se declare la nulidad, por error y dolo en el consentimiento prestado por la demandante, del contrato de suscripción de BONOS del BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., suscrito en fecha 2 de octubre de 2009, por importe nominal inicial de 6.000 euros.
- b) A consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. a estar y pasar por la anterior declaración de nulidad y al reintegro a la actora de la suma de SEIS MIL EUROS (6.000 €) correspondiente con el principal, menos los intereses percibidos según las liquidaciones abonadas a la demandante desde la fecha de la suscripción de los bonos hasta la sentencia, y a indemnizar a la actora los daños y perjuicios causados correspondientes con el importe total de dichas liquidaciones. Todo, más los intereses legales devengados de dicha cantidad desde (a fecha de presentación de la

Codi Segur de Verificació: RFP9VGI0KX4I4W3AH1W9SISIMQVETJPKG

Signat per

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://eipca1.justicia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Data i hora 06/02/2019 09:46





demanda hasta su completo pago, dejándose sin efecto la totalidad de gastos, y comisiones que se hayan imputado como consecuencia de los contratos y ordenes anuladas.

c) Subsidiariamente, que se declare el incumplimiento de las obligaciones de diligencia, lealtad e información de la demandada y en consecuencia, se declare la resolución del contrato de suscripción de BONOS del BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. suscrito en fecha 2 de octubre de 2009, por importe nominal inicial de 6.000 euros.

d) A consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada a estar y pasar por la anterior declaración de resolución así como a abonar a la actora la suma de SEIS MIL EUROS (6.000 €) de principal, correspondiente con el capital inicial invertido, menos los intereses percibidos según las liquidaciones abonadas a mi mandante desde la fecha de las distintas órdenes de compra de los precitados títulos hasta la sentencia, cuyo importe se determinará en sede de ejecución de sentencia y a indemnizar a mi demandante de los daños y perjuicios causados correspondientes con el importe total de dichas liquidaciones, cuyo importe se determinará en ejecución de sentencia. Todo, más los intereses legales devengados de dicha cantidad desde la fecha de presentación de la demanda hasta su completo pago, dejándose sin efecto la totalidad de gastos, y comisiones que se hayan imputado como consecuencia de los contratos y ordenes anuladas.

e) Subsidiariamente, en caso de no considerarse todo lo anterior, se condene a la demandada a indemnizar a la actora los daños y perjuicios causados por el dolo y negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones de diligencia, lealtad, buena fe e información, al pago de la suma de SEIS MIL EUROS (6.000 €) descontando el valor de su rescate y si dicho valor varía, cuantificado en el momento del pago, en tanto que dicha cantidad resultante será el equivalente al valor del quebranto económico sufrido por la actora, más el interés legal devengado de dicha cantidad desde la fecha de presentación de la demanda hasta su completo pago sin comisiones ni gastos.

f) Que se condene, en todo caso, a la demanda a abonar el importe de los gastos y costas que se devenguen en el presente procedimiento.

SEGUNDO.- Por Decreto de 19 de febrero de 2018 se admitió a trámite la demanda y se emplazó a la demandada para contestarla en el plazo legal de diez días.

TERCERO.- El Procurador Sr. [REDACTED], en representación de la entidad "Banco Popular Español, S.A.", presentó escrito de contestación a la demanda. Como circunstancias a tener en cuenta en este proceso, se relata que en fecha 2 de octubre de

Codi Segur de Verificació: KP9VGI0KXK4V3AHW9SISM/QVETJPKG

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Signat per [REDACTED]

Data i hora 06/02/2019 09:46





2009 la demandante suscribió una orden de valores consistente en la suscripción de 6 bonos "BO POPULAR CAPITAL CONV V 2013" ("bonos I/2009"), por importe de 6.000 euros. En fecha 4 de mayo de 2012 firmó la orden de canje de esos bonos por los bonos "BO SUB OB COV POPULAR V 11-15" ("bonos II/2012"). En fecha 11 de diciembre de 2015 esos bonos se convirtieron en acciones de "Banco Popular". Y, finalmente, en fecha 7 de junio de 2017, las autoridades europeas acordaron la resolución de "Banco Popular", procediéndose a la amortización de las acciones titularidad de la demandante.

Se alega caducidad de la acción de anulabilidad, por transcurso del plazo de cuatro años del artículo 1301 del Código Civil (en adelante, CC). Cuando menos, en el año 2012 la demandante debió tener conocimiento de las características y riesgos de este producto, al firmar la orden de canje de los títulos de 2009. La demandada informaba con carácter periódico del curso de la inversión, y trasladó a la actora los distintos trípticos, tanto el de la emisión de 2009 como el de la de 2012. La emisión de estos bonos constituyó un hecho notorio. Se alega también excepción de la acción de responsabilidad e indemnización de daños y perjuicios regulada en el art. 1101 CC, por aplicación del plazo de tres años del art. 945 del Código de Comercio.

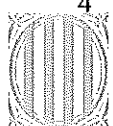
En cuanto a los hechos relatados en la demanda, se resalta que la demandante adquirió en 2009 un producto consistente en bonos convertibles, en el año 2012 los canjeó voluntariamente por una nueva emisión, y en 2015, tal y como se había previsto en un principio, esos bonos fueron convertidos en acciones. Como fruto de ese contrato, la demandante percibió durante toda la vigencia de los bonos unos rendimientos totales de 2.392,71 euros. La demandante suscribió un contrato de depósito y administración de valores. El servicio prestado consistió en la ejecución de una orden precisa. No había recomendación personalizada al cliente por parte de la entidad, ni un asesoramiento concreto sobre la manera más adecuada de invertir sus ahorros. La información facilitada fue ajustada a la relación contractual entre las partes, y se cumplió plenamente la normativa Mifid. Los empleados de la entidad cumplieron escrupulosamente con la obligación de informar a la cliente de la naturaleza y características del producto, así como de los riesgos que se asumían en la contratación. En la contratación se cuenta con toda la documentación necesaria y explicativa de la operación: en la operación de 2009, orden de valores, tríptico resumen explicativo y test de conveniencia del que resultó que la actora era una "cliente con experiencia en productos financieros complejos"; en la operación de 2012, orden de valores, tríptico y documento acreditativo de haber recibido un ejemplar completo de la información relativa a la naturaleza de los bonos subordinados obligatoriamente convertibles, y sus riesgos inherentes. En los trípticos se explican de manera clara todos los riesgos derivados de la contratación, en concreto la conversión anticipada en acciones, el riesgo de conversión

Codi Segur de Verificació: KP9VGB10KX41W3AH1W9SISMVETJPKG

Signat per

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejcat.justicia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Data i hora 06/02/2019 09:46





anticipada, el riesgo de no percepción de las remuneraciones, el riesgo de mercado, la posibilidad de descensos en la cotización de las acciones y el riesgo de liquidez. Se cumplió la normativa Mifid, la entidad demandada pudo conocer el nivel de conocimientos de la demandante respecto de productos financieros no sólo mediante la cumplimentación de un test, sino también mediante la información previa de la que ya disponía la entidad. La entidad demandada sólo tenía a obligación de conservar el test durante cinco años. Si bien la demandante era una cliente minorista y consumidora, también es cierto que se trataba de una cliente activa e informada, y estaba familiarizada con la negociación bancaria, con experiencia en la gestión financiera. En este caso, el verdadero motivo de la demanda no es el hecho de haber prestado el consentimiento contractual sin haber sido informada la cliente de las características y riesgos del producto, sino la disconformidad con la resolución de la entidad, la mala evolución de los títulos y la posterior amortización de las acciones. "Banco Popular" no adoptó ninguna de esas decisiones, sino que le fueron impuestas por imperativo legal, tras ser aprobadas por la Junta Única de Resolución en fecha 7 de junio de 2017 e implementadas por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB).

En la fundamentación jurídica de la demanda se expone la inexistencia de error como vicio invalidante del consentimiento. Y, en caso de concurrir tal error, el mismo no cumpliría los requisitos generales de esencialidad y excusabilidad para poder fundamentar la anulación del contrato, ni el mismo habría quedado acreditado. Tampoco concurren los requisitos legales para la estimación de la acción de responsabilidad del art. 1101 CC por incumplimiento de las obligaciones de diligencia, lealtad e información, ni para la acción de resolución contractual del art. 1224 CC. Finalmente, en caso de una hipotética estimación de la demanda, la demandada tendría que restituir los 6.000 euros invertidos, más intereses legales. Y, a su vez, la actora estaría obligada a restituir los cupones trimestrales percibidos, en su importe bruto, más el interés legal derivado de esos cupones, así como el importe obtenido desde el canje en acciones en concepto de dividendos y los derivados de la venta de derechos de suscripción preferente, y la diferencia entre el valor de las acciones en el momento de la finalización del contrato y el momento de la presentación de la demanda.

Tras exponer los fundamentos de derecho considerados aplicables, se solicitaba sentencia desestimando la demanda, con costas a la parte actora.

CUARTO.- Tras una suspensión por el motivo que obra en las actuaciones, se celebró juicio en fecha 30 de enero de 2019. Con carácter previo, se estimó la petición formulada previamente por la parte demandada, de la que ya se había dado traslado a la parte actora, según la cual se tuvo por personada en las actuaciones como parte demandada a la entidad "Banco de Santander, S.A.", como sucesora procesal de "Banco Popular Español, S.A.", con





motivo de la absorción ocurrida entre las sociedades.

No fue posible llegar a un acuerdo. La parte demandante aclaró como alegación complementaria que la pretensión de nulidad abarca tanto la operación suscrita en el año 2009 como la del año 2012, derivada de la misma. Además, indicó que su pretensión adicional de daños y perjuicios ha de entenderse referida a la reclamación de hacer propios los importes percibidos como rendimientos durante la vigencia del contrato. Además, se indicó que la cantidad señalada en la contestación como rendimientos no era correcta. Se oyó a la parte demandada sobre estas alegaciones, y por S.Sª. se tuvo por aclarado el Suplico de la demanda en tales términos. No hubo cuestiones procesales que resolver. Se concedió un trámite a las partes para impugnar los documentos aportados. Se fijaron los hechos controvertidos. Se practicaron las pruebas declaradas pertinentes, en concreto documental, interrogatorio de parte y testifical. Tras un trámite de informe y conclusiones, las actuaciones quedaron pendientes de sentencia.

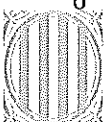
QUINTO.- En la sustanciación de este juicio se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se ejercita por Dª. [REDACTED] una acción de nulidad, relativa a varios contratos de suscripción de valores, referidos a la adquisición de bonos subordinados de "Banco Popular, S.A.", denominados "BO POPULAR CAPITAL CONV.V.2013", suscritos en fecha 2 de octubre de 2009 (doc. nº 5 de los acompañados a la demanda), así como a la suscripción de bonos denominados "BO SUB OB POPULAR V 11-15" que fueron adquiridos con motivo del canje de los anteriores, en fecha 4 de mayo de 2012 (docs. nº 89 de los acompañados a la contestación a la demanda). El nominal total de estas operaciones fue de 6.000 euros.

Se ejercita la acción de nulidad contemplada en los arts. 1300 y ss. del CC, por entender que la demandada vulneró normas de imperativo cumplimiento, omitiendo el deber de información, e induciendo a la cliente a un error en la prestación del consentimiento. Todo ello ha de dar lugar, según la parte actora, a la restitución de las cantidades abonadas en cumplimiento de aquel contrato, con los correspondientes intereses.

Con carácter subsidiario, se ejercita la acción de indemnización por los perjuicios causados, conforme al art. 1101 CC, y ello como consecuencia del dolo y negligencia de la demanda en el cumplimiento de sus obligaciones de diligencia, lealtad, buena fe e información.





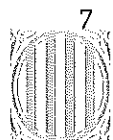
SEGUNDO.- En lo que se refiere a la acción de nulidad, según el art. 1261 CC, no hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1º) Consentimiento de los contratantes. 2º) Objeto cierto que sea materia del contrato. 3º) Causa de la obligación que se establezca.

Ante ello, el art. 1300 CC establece: *"Los contratos en que concurren los requisitos que expresa el artículo 1261 pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley"*.

TERCERO.- En primer lugar, cabe analizar la excepción de caducidad de la acción que se ha alegado por la parte demandada. La representación de "Banco Popular Español, S.A." entiende que dicha acción está caducada, por haber transcurrido el plazo de cuatro años previsto en el art. 1301 CC. Dicho precepto establece que la acción de nulidad sólo durará cuatro años, que *"empezarán a correr, en (...) los casos de error, o dolo, o falsedad de causa, desde la consumación del contrato"*.

La Jurisprudencia se ha pronunciado reiteradamente sobre qué ha de entenderse por "consumación del contrato", distinguiendo claramente este concepto del de "perfección" contractual. La consumación se identifica con el cumplimiento íntegro de las obligaciones derivadas de la relación negocial y, tratándose de contratos de tracto sucesivo, con la completa satisfacción de las recíprocas prestaciones. Así se destacaba en la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 11 de junio de 2003, que citaba numerosas resoluciones anteriores del Alto Tribunal, en el mismo sentido.

La STS de 12 de enero de 2015, ha fijado criterios en torno al momento inicial del plazo de caducidad en la acción de nulidad por error y vicio del consentimiento de los contratos bancarios o financieros complejos. Para el Alto Tribunal, al interpretar hoy el art. 1301 CC, en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento, no puede obviarse el criterio interpretativo relativo a "la realidad social del tiempo en que (las normas) han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas" (art. 3 CC). En los casos de contratos bancarios, financieros y de inversión, la complejidad es considerable, y el concepto de "consumación del contrato" no puede interpretarse como si de un negocio jurídico simple se tratara. En la fecha en que el art. 1301 CC fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la

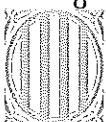




finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la "actio nata", conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento.

Por ello, para el Tribunal Supremo: *"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. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error"*. Esta doctrina ha sido reiterada en las SSTs de 16 de septiembre de 2015, 25 de febrero de 2016, 29 de junio de 2016, etc.

En este caso, es evidente la conexión entre los contratos de 2009 y 2012, en la medida en que el segundo de ellos supuso la adquisición de unos bonos nuevos por canje de los anteriores. Ese canje se produjo en un momento anterior al previsto inicialmente para el canje obligatorio de los primeros bonos (23 de octubre de 2013, según consta en el tríptico o resumen explicativo aportado como doc. nº 7 de la contestación). Pero es que, en cualquier caso, de la prueba practicada se desprende que el canje operado en el año 2012 suponía una operación que venía sustancialmente a tener las mismas características que la anterior, en el sentido de que la demandante continuaba percibiendo periódicamente unos cupones, como rendimiento derivado de un capital, con sometimiento a un plazo de vencimiento. La pretensión de la parte demandada se basa, precisamente, en el desconocimiento de que el producto adquirido consistía en la adquisición de unos bonos convertibles en acciones, y que sólo tuvo conocimiento de esta circunstancia en el año 2015, cuando esta conversión se produjo efectivamente. No cabe presumir que en el año 2012, y con motivo del canje, la demandante ya tuvo conocimiento de esta circunstancia. Ése es un postulado esencial que mantiene la parte demandada como fundamento de la oposición, pero la negativa del mismo es también un planteamiento fundamental en la pretensión de nulidad contractual de la parte actora. Apreciar la caducidad de la acción por entender que en el año 2012 la demandante tuvo conocimiento de la naturaleza, características y riesgos del producto, supondría no sólo





resolver sobre la caducidad de la acción, sino también sobre el fondo del litigio. Y, por supuesto, ha de ser la acción ejercitada y los fundamentos de la misma lo que ha de determinar si la misma ha caducado o no. En este sentido, no cabe retrotraer el inicio del cómputo de la acción de nulidad más allá de la fecha que, en este caso, constituye propiamente la "consumación del contrato", entendida como momento en que quedaron debidamente cumplidas las obligaciones asumidas por ambas partes como consecuencia del contrato. Tal consumación no se produjo hasta la conversión de los bonos en acciones, en el año 2015. Por tanto, no cabe entender que hasta entonces pueda considerarse iniciado el cómputo del plazo de caducidad previsto en el art. 1303 CC, conforme a los criterios fijados por el Tribunal Supremo. Puesto que la demanda que dio origen a este procedimiento se presentó en fecha 28 de septiembre de 2018, no cabe considerar que la acción ejercitada haya caducado. No puede presumirse que la demandante conociera la realidad del producto adquirido hasta el momento anterior a que se produjese tal conversión obligatoria.

CUARTO.- En lo que se refiere al fondo de la cuestión debatida, cabe citar la STS de 17 de junio de 2016, que se dictó precisamente en relación con un recurso interpuesto por "Banco Popular" contra una sentencia que anuló un contrato de suscripción de bonos subordinados, por apreciar error en el consentimiento. Dicha resolución estudió las características de este producto financiero, y el singular deber de información que su comercialización impone al emisor, en los siguientes términos:

"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

Codi Segur de Verificació: KP99/GI0KXK4W3A4HW9SISIMQVETJPKG

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://sijat.justicia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Signat per

Data i hora 06/02/2019 09:46





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".

Y, respecto a los deberes de información y su relación con la formación de la voluntad del cliente, la misma STS de 17 de junio de 2016 indica:

"1.- Las Sentencias del Pleno de esta Sala núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, y 769/2014, de 12 de enero de 2015, así como las sentencias 489/2015, de 16 de septiembre, y 102/2016, de 25 de febrero, recogen y resumen la jurisprudencia dictada en torno al error vicio en la contratación de productos financieros y de inversión. Afirmábamos en esas sentencias, con cita de otras anteriores, que hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea. Es necesario





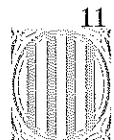
que la representación equivocada merezca esa consideración, lo que exige que la equivocación se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

2.- El art. 1266 CC dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer (además de sobre la persona, en determinados casos) sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261.2 del mismo Código Civil). La jurisprudencia ha exigido que el error sea esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones, respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa (Sentencia núm. 215/2013, de 8 abril).

3.- El error invalidante del contrato ha de ser, además de esencial, excusable, esto es, no imputable a quien lo sufre. El Código Civil no menciona expresamente este requisito, pero se deduce de los principios de autorresponsabilidad y buena fe. La jurisprudencia niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que ignoraba al contratar. En tal caso, ante la alegación de error, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida.

La diligencia exigible ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso. En principio, cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible, y si no lo hace, ha de cargar con las consecuencias de su omisión. Pero la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas, no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, de modo que es exigible una mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto, y, por el contrario, es menor cuando se trata de persona inexperta que entra en negociaciones con un experto, siendo preciso para apreciar la diligencia exigible valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta, aunque no haya incurrido en dolo o culpa.

En definitiva, el carácter excusable supone que el error no sea imputable a quien lo sufre, y que no sea susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe. Ello es así porque el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando este no merece esa protección por su conducta negligente, ya que





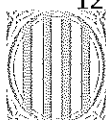
en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración.

4.- En el ámbito del mercado de valores y los productos y servicios de inversión, el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo, de acuerdo con lo declarado por esta sala en las citadas Sentencias núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, y núm. 769/2014, de 12 de enero, entre otras".

Más concretamente, al profundizar en el contenido y alcance de ese deber de información, el Tribunal Supremo destaca en la misma Sentencia la obligación de explicar no sólo las características, sino en especial los riesgos inherentes al producto:

"1.- La normativa del mercado de valores -básicamente el 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 - da una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza.

No se trata de cuestiones relacionadas con los móviles subjetivos de los inversores (la obtención de beneficios si se producen determinadas circunstancias en el mercado), irrelevantes, como tales, para la apreciación del error vicio. La trascendencia que la normativa reguladora del mercado de valores reconoce a la información sobre los riesgos aparejados a la inversión, al exigir una información completa y comprensible sobre tal





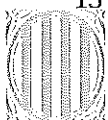
cuestión, muestra su relación directa con la función económico-social de los negocios jurídicos que se encuadran en el ámbito de la regulación del mercado de valores.

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



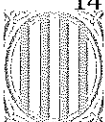


condiciones de la conversión en acciones de las que deriva el riesgo de pérdidas al realizarse el canje. El mero hecho de entregar un tríptico resumen del producto en el que se haga referencia a la fecha de valoración de las acciones no basta por sí mismo para dar por cumplida esta obligación de informar 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".

Y, sin duda, este deber de información se refuerza cuando el cliente-inversor ostenta la condición de consumidor, ya que en tal caso el art. 60 del Texto Refundido de la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios impone el deber de proporcionar una información previa al contrato, relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales, y en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas. Tal información ha de ser comprensible y adaptada a las circunstancias tanto de la operación como del cliente interesado en la inversión.

En definitiva, los bonos necesariamente convertibles son activos de inversión que se convierten en acciones automáticamente en una fecha determinada. Por tanto, el poseedor de estos bonos no tiene la opción, sino la seguridad, de que recibirá acciones. A la fecha de 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. Como destacaba el Tribunal Supremo en la resolución transcrita, 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 posible bajada de la acción.





QUINTO.- Teniendo en cuenta los criterios jurisprudenciales que acaban de exponerse, y a la vista del conjunto de la prueba practicada, deberá declararse la nulidad de los contratos a los que se refiere este litigio, estimando con ello la acción principal ejercitada en este pleito. En primer lugar, no cabe considerar que la Sra. [REDACTED] tuviese especiales conocimientos sobre productos financieros y mercados de finanzas, hasta el punto de poder conocer el contenido de los contratos suscritos sin una adecuada información. Incluso aunque la demandante fuese titular de otros productos bancarios, como se ha aducido por la demandada, ello no constituiría un elemento suficiente para presumir unos conocimientos precisos sobre las características y riesgos que implicaban los bonos subordinados convertibles a los que se refiere este pleito. Ése es el criterio que también se deriva de la STS de 25 de febrero de 2016. La Sra. [REDACTED] es una persona a la que, como mucho, cabría atribuir un nivel medio de conocimientos generales, en la medida en que puede presumirse que acudía a su oficina bancaria y se interesaba por el estado de sus cuentas. Pero, en todo caso, ello revelaría un nivel de conocimientos ajustado al que correspondería a cualquier ciudadano interesado en la llevanza ordenada de su patrimonio. No se ha aportado ninguna prueba que permita concluir que esta cliente estuviese suficientemente ilustrada en la contratación de inversiones complejas y de riesgo, hasta el punto de no precisar ninguna información adicional. Es más, resulta evidente que se trataba de una cliente minorista, merecedora de un grado máximo de protección en la contratación.

Por otro lado, es evidente que la parte demandada será la que deba asumir la carga de la prueba respecto de la adecuada información sobre las características y riesgos del producto. Ello es así debido a que no puede someterse a la demandante a la carga de probar un hecho negativo (como sería, en este caso, la ausencia de información), y porque es la demandada la que dispone de un más fácil acceso a los medios de prueba (art. 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en adelante LEC). Y, sobre todo, la carga de la prueba debe recaer sobre la parte demandada, en la medida en que es una entidad profesional que opera en el ámbito bancario para la obtención de un lucro, mientras que la actora ostenta la condición de consumidora, con la especial normativa protectora que ello conlleva.

Y, en cuanto a la prueba relativa a la información suministrada a la demandante, llama la atención que en las órdenes suscritas no consta la naturaleza, composición, perfil, categoría, objetivos de gestión, política de inversión y factores de riesgo de los bonos subordinados. La información vendría dada por la aportación de trípticos y resúmenes independientes del propio contrato. Es más, en la escueta y abigarrada redacción de las "CONDICIONES" que aparece en la orden de 2009 aparece la mención a un "*contrato de depósito y administración de valores*" que puede llevar a equívoco a un cliente consumidor

Codi Segur de Verificació: KP9VGI0KXK4W2AHW9SISM0VETJPKG

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://sijat.justicia.gencat.cat/IAE/consultaCSV.html>

Signal per

Data i hora 06/02/2019 09:46





poco avezado en materia bancaria. Lo mismo puede ocurrir con otros términos que aparecen a lo largo de la documentación, que pueden resultar equívocos para un cliente no experimentado en materia bancaria, como "garantizado" o "renta fija".

Y es que, como destaca la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sec. 15ª, de 25 de julio de 2012, para que la entidad financiera se vea exonerada de responsabilidad, no será suficiente con la inclusión de una cláusula genérica en el contrato sobre recepción de información y asunción de riesgos. En concreto, la documentación exigible en la contratación constituye algo más que una engorrosa formalidad. Ello es así porque se presume que con muy alta probabilidad el cliente carece de la formación necesaria para comprender los riesgos del producto, así como la adecuación del mismo a sus necesidades financieras. Por consiguiente, el papel de las entidades bancarias en esta contratación no es el de velar exclusivamente por sus propios intereses, sino el de hacerlo también por los del cliente, aconsejándole la contratación del producto más adecuado a sus necesidades. Ese deber es un imperativo legal que está justificado por el carácter de productos de difícil comprensión y alto riesgo. Quienes intermedian en la contratación, u ofrecen estos productos en el mercado, deben asumir, por mandato del legislador, un papel de garantes de los derechos de los clientes que va mucho más allá de la simple intermediación y se concreta en funciones de verdadero asesoramiento, esto es, esa función que, según la contestación a la demanda, "Banco Popular" afirma no haber desarrollado en este caso.

En ese sentido, resulta especialmente significativa la STS de 7 de julio de 2014, que si bien se refiere a una pretensión de nulidad de un contrato de swap, contiene una argumentación que es trasladable a este caso. La habitual desproporción que existe entre la entidad que comercializa servicios financieros y los clientes, derivada de la asimetría informativa sobre productos complejos, es lo que ha determinado la necesidad de una normativa específica protectora del inversor no experimentado. La Jurisprudencia ha abordado en numerosas ocasiones el alcance de las obligaciones del profesional respecto del inversor y, en concreto, el elevado estándar de información exigible a la empresa que presta el servicio (SSTS de 18 de abril de 2013 y 20 de enero de 2014, por citar las más recientes). Conforme a esta línea jurisprudencial, *"el cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa, como una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe que se contienen en el art. 7 CC, y para el cumplimiento de ese deber de información no basta con que esta sea imparcial, clara y no engañosa, sino que deberá incluir de manera comprensible información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión y también orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias"*.



Y, para discernir si un servicio constituye o no un asesoramiento en materia financiera, no ha de estarse tanto a la naturaleza del instrumento financiero como a la forma en que éste es ofrecido al cliente, valoración que debe realizarse con los criterios establecidos en el art. 52 de la Directiva 2006/73, según la doctrina fijada por la STJUE de 30 de mayo de 2013 (C-604/2011). Así, tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un producto "que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público".

SEXTO.- Es por ello que, más allá de si en el resumen o en el tríptico de cada emisión se hacían constar de manera más o menos precisa los riesgos de esta contratación, cabe analizar la prueba practicada en relación a la información que de manera concreta y específica le fue facilitada a la demandante. En la medida en que los bonos eran gestionados por el mismo banco o por terceros vinculados con el mismo, puede presumirse que la contratación fue recomendada por el personal de la oficina de la que la demandante era cliente. La aparente normalidad de las operaciones, en el sentido de que nunca se dejaron de abonar "intereses" o rendimientos, es un dato que sin duda afianzaría la creencia de que se trataba de un producto seguro.

A criterio de este juzgador, las pruebas practicadas en este proceso no son esclarecedoras como para entender que la demandada haya superado las exigencias derivadas de la carga de la prueba que le atañe, en relación a la información facilitada a los actores. En especial, ha prestado declaración como testigo D. [REDACTED] trabajador de "Banco Popular" en la fecha en que se produjo la contratación, y que intervino de manera directa en la comercialización de los bonos en el año 2009. Pues bien, ante todo resulta llamativo que el testigo afirmase que, en el momento inicial de la contratación de los bonos convertibles en acciones, la cliente tendría que firmar cuando menos cuatro documentos: el contrato de depósito y administración de valores que sirviese de marco a la suscripción (salvo que estuviese ya firmado con motivo de una operación anterior), la orden de adquisición de valores, el tríptico-resumen informativo de las características del producto y el test Mifid. Presumiblemente, todo debía firmarse el mismo día. En este caso, la parte actora ha negado la falta de autenticidad de algunas de las firmas que aparecen en tales documentos. Y, aunque no se ha aportado ningún dictamen pericial caligráfico, llama poderosamente la atención la clara disparidad entre las rúbricas y garabatos que aparecen en los documentos firmados en el año 2009 y los firmados en el año 2012. Esta circunstancia permite cuando menos poner en duda que la comercialización y consiguiente aportación de información precontractual y contractual se llevasen a cabo de una forma adecuada, máxime si se tiene en cuenta que el propio Sr. [REDACTED] indicó que en un primer momento informó de las





características del producto no directamente a la Sra. [REDACTED], sino a su pareja. En cuanto al test Mifid que supuestamente correspondería a la operación de 2009 (doc. nº 8 de los acompañados a la contestación a la demanda), en este caso la rúbrica o garabato sí se asemeja a la documentación correspondiente a la operación del año 2012, pero por la fecha que aparece en el propio documento resultaría que dicho test se cumplimentó más de un mes después de que se adquiriesen los bonos, y no de manera previa a la operación. Podría tratarse, por tanto, de un test cumplimentado con motivo de otra contratación. Todas estas irregularidades permiten cuando menos poner en duda la pulcritud y rigurosidad que según el testigo se habrían seguido al informar a la cliente sobre las características y riesgos de este producto.

Por otro lado, este testigo reconoció no haber intervenido en la contratación de 2012, y ello es muy relevante en este caso, en la medida en que no ha quedado probado que la operación realizada en esa fecha fuese consecuencia de una información previa por parte de la entidad de que el valor de las acciones de la entidad había tenido una evolución muy desfavorable, y que la no aceptación de dicho canje habría supuesto una pérdida importante para la cliente respecto del capital invertido. De la documentación aportada no consta que la Sra. [REDACTED] no fuese debidamente advertida de esa circunstancia, con lo que el canje bien pudo provenir de una mera información de que el contrato podría renovarse por tres años más en términos similares a los que habían operado hasta entonces, con una plasmación para la cliente en la percepción cotidiana y periódica de rendimientos.

Y, volviendo a la contratación de 2009, el propio testigo Sr. [REDACTED] reconoció haber sido él mismo, como empleado de la entidad demandada, quien llamó a la actora para ofrecerle este producto. Más allá de la contratación en el año 2009 de una hipoteca multdivisa, que no es en absoluto un producto especulativo mediante el que el cliente pretenda obtener beneficios (sino, en todo caso, percibir un préstamo con unas cuotas de amortización más bajas en que en caso de que la operación fuese en euros), no existe material probatorio en las actuaciones para poder presumir que la demandante fuese una cliente con cierta aversión al riesgo, que estuviese dispuesta a contratar operaciones en las que existiese un peligro de pérdida prácticamente total del capital invertido (es lo que ocurrió en este caso), como contrapartida de unos rendimientos más elevados que en una operación segura y garantizada. Con ello, es presumible que si el Sr. [REDACTED] ofreció o recomendó a la Sra. [REDACTED] la suscripción de bonos convertibles en acciones de "Banco Popular, S.A." fue en la expectativa de que la entidad emisora mantendría una situación sólida de solvencia económica, de modo que las posibilidades de pérdida de capital se habrían entendido como remotas. De hecho, no se ha probado que las previsiones sobre conversión posterior en acciones se explicasen con ejemplos, y considerando los posibles escenarios que en el

Codi Segur de Verificació: KP9VGDKKX14W3AHWSSISMQVETJPKG

Signat per [REDACTED]

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://eiccat.justicia.gencat.cat/iap/consultaCSV.html>

Data i hora: 06/02/2019 09:46





futuro podían darse. Con ello, existen datos en las actuaciones que hacen pensar que, para los empleados de la entidad demandada, este producto tenía una consideración de poco arriesgado en el momento de la contratación (año 2009). Aunque el producto no estaba garantizado por el Fondo de Garantía de Depósitos, la consideración general era la de que la entidad emisora era fuerte y solvente, con lo que no se percibía un riesgo real de pérdida de capital. En este caso, y ante la arraigada idea de que "Banco Popular" era una entidad sólida, el lógico riesgo de volatilidad de las acciones no se percibía como un especial peligro para clientes poco familiarizados con la contratación bancaria. Es más, según consta en el tríptico-resumen, si durante la vigencia del contrato el valor de la acción se depreciaba en un 80%, la conversión en acciones se haría teniendo en cuenta esa depreciación, pero no consta que ese posible escenario no se explicase de antemano, seguramente porque nadie esperaba que una hipótesis así pudiera llegar a darse.

En suma, a criterio de este juzgador, no consta que se proporcionase una información adecuada sobre las condiciones y riesgos del producto; la documentación entregada tampoco permitía, para alguien profano o sin una sólida formación financiera, llegar a comprender la verdadera naturaleza de los valores que suscribía y los riesgos asociados; y, además, durante los años que siguieron la dinámica económica (plasmada en la percepción periódica de rendimientos) pareció confirmar la percepción de que se trataba un producto de alta rentabilidad y con poco riesgo, apto para clientes minoristas. Con todo ello, no cabe sino concluir que la demandada no cumplió con los deberes de diligencia e información que le eran exigibles.

La realización de un test de conveniencia resulta ociosa cuando, acto seguido, se hace firmar al cliente una cláusula prerredactada en la que contradice su resultado. En todo caso, no se ha probado por la demandada que se proporcionase una información que reuniera los requisitos legales sobre el producto que se ofrecía. Atendiendo al perfil minorista de la demandante, habría sido necesario un importante esfuerzo de información para explicar las características de este producto financiero, toda vez que la Sra. [REDACTED] era una persona ajena al ámbito bancario y el producto contratado era de una complejidad significativa. En este escenario, la mera entrega de los trípticos y resúmenes de las correspondientes emisiones, con una redacción compleja y de difícil lectura para una persona profana en la materia, no constituye una muestra suficiente del cumplimiento de las obligaciones legales que competen a la entidad financiera.

Atendiendo al propio contenido y formato de los documentos firmados, es presumible que la demandante fuese informada de que las operaciones concertadas implicaban un cierto nivel de riesgo. Pero, en todo caso, aceptó prestar el consentimiento contractual movida por el





asesoramiento de los empleados de "Banco Popular", en la confianza de que esos hipotéticos escenarios desfavorables no se llegarían a dar en el futuro. La entidad financiera debía explicar detalladamente la mecánica del producto y su sensibilidad a cambios en determinadas variables que afectarían a los valores, con datos y escenarios reales de mercado. Ante ello, es evidente que clientes minoristas, aunque tengan estudios universitarios y un nivel de conocimiento general adecuado, de ningún modo pueden valorar la conveniencia e idoneidad de la contratación sin el asesoramiento de la entidad financiera. Y, sin duda, en este caso se debieron de minimizar los posibles escenarios adversos de la inversión, potenciando de manera inadecuada las bondades del producto, e interpretando de manera sesgada e incorrecta los valores tomados como referencia. Sólo así puede entenderse que la actora, que era inversora minorista sin especiales conocimientos financieros, aceptase prestar el consentimiento en un producto que implicaba poner en riesgo la nada desdeñable cuantía de 6.000 euros.

SÉPTIMO.- La STS de 21 de noviembre de 2012 establece que hay error, determinante de vicio de consentimiento, cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta, es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea. La mencionada Sentencia cita a su vez las Sentencias 114/1985, de 18 de febrero, la 295/1004, de 29 de marzo, la 756/1996, de 28 de septiembre, la 434/1997, de 21 de mayo, y la 695/2012, de 12 de noviembre. El elemental respecto a la palabra dada (*pacta sunt servanda*) impone la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y pueda quien lo sufrió quedar desvinculado del mismo. El contrato constituye el instrumento jurídico por el que quienes lo celebran, en ejercicio de su libertad, deciden crear una relación jurídica entre ellos y someterla a una *lex privata*, cuyo contenido determinan. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos (STS de 15 de febrero de 1977).

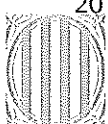
En primer lugar, para que quepa hablar de error como vicio del consentimiento, es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración. Quien afirma haber errado habrá de acreditar que efectivamente actuó movido por tal error, sin que baste la apreciación de ese error como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias. Además, el art. 1266 CC establece que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer, además de sobre la persona, en determinados casos, sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo. Es decir, el error ha de recaer sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261.2 CC). Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones (respecto de la

Codi Segur de Verificació: KP8VGI0KXXI4W3A4HWP9SISMQVETJPKG

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://sjusticia.gencat.cat/IAPI/consultaCSV.html

Signat per

Data i hora 06/02/2019 09:46





sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato) que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa. Las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración en el momento de la perfección o génesis de los contratos (SSTS de 8 de enero de 1962, 29 de diciembre de 1978, 21 de mayo de 1997, etc.). Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano.

Finalmente, el error ha de ser excusable. La jurisprudencia (SSTS de 4 de enero de 1982, 28 de septiembre de 1996, 17 de julio de 2000, 13 de mayo de 2009, etc.) exige tal cualidad, no mencionada en el artículo 1266 CC, porque valora la conducta del ignorante o equivocado. No cabe otorgar protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, por el contrario, cabe amparar a la parte contratante que actuó confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida.

OCTAVO.- En este caso, si bien no hay ninguna prueba relevante que permita afirmar que la demandada actuó de forma dolosa, sí cabe apreciar que concurrió este error invalidante del consentimiento. Sin duda, la actora aceptó suscribir estos contratos movida por el asesoramiento de la demandada, que mediante la asistencia de su personal comercial le aconsejó en la adquisición de este producto.

Por la parte demandada se ha negado que existiera una relación de asesoramiento propiamente dicha. Pues bien, como destaca la ya citada STS de 25 de febrero de 2016, aunque ciertamente no se suscribió por las partes un contrato de gestión o asesoramiento propiamente dicho, ello no es obstáculo para que se aprecie que la perfección de estas operaciones vino claramente determinada por la actuación del personal de "Banco Popular", hasta el punto de que puede presumirse que la demandante no habría prestado ese consentimiento contractual de no haber sido por las indicaciones recibidas al respecto. No es admisible la alegación consistente en que la función de la demandada consistió en una mera intermediación. Tampoco cabe aceptar que la actuación de la demandada, materializada en las visitas y reuniones concertadas con la cliente, consistiese únicamente en el traslado de ofertas de productos de inversión.

La demandante requirió los servicios de "Banco Popular" interesando una asistencia estable en materia financiera, que englobase la totalidad de su patrimonio. Es decir, demandó un





asesoramiento sobre cuál era el modo más idóneo para invertir sus ahorros. La relación entre la actora y "Banco Popular" tenía un carácter continuado, lo que sin duda generaba una apariencia de relación estable de asesoramiento financiero. Es decir, con independencia de si existía o no un contrato de gestión de cartera, la prueba practicada revela que en este caso hubo una relación consolidada de asesoramiento, que necesariamente se sostenía en un clima de confianza personal.

Con ello, cabe extraer la conclusión de que "Banco Popular" asumió una función de asesoramiento financiero, y que la adquisición de estos bonos o valores vino dada por un consejo o recomendación previa por el personal de la oficina bancaria, que necesariamente tuvo que presentar el producto bajo la perspectiva optimista de que generaría importantes beneficios, y de que los riesgos se basaban en escenarios que en la práctica no llegarían a suceder. En cualquier caso, ese juicio sobre la probabilidad de que se diesen las hipótesis desfavorables que desembocarían en pérdidas de capital para la cliente no pudo ser realizado por ésta (ya que no se ha probado que contase con los conocimientos técnicos ni experiencia para efectuar ese análisis), sino por los empleados de "Banco Popular", que transmitieron a su cliente una opinión favorable a la contratación de este producto.

A criterio de este juzgador, cuando una entidad financiera, que tiene entre otros fines el de captar inversiones, se comporta de este modo, crea una especial situación de confianza en el cliente. El principio general de buena fe, el de diligencia en la gestión de negocios ajenos, y el respeto a la confianza creada, justifican que se exija a dicha entidad extremar sus funciones, dando una información completa y continuada. Sólo así el consumidor podría prestar un consentimiento consciente ante una operación contractual de tanta complejidad y riesgo como la que aquí se analiza.

En conclusión, la prueba practicada permite concluir que la demandante prestó su consentimiento movida por el asesoramiento prestado por el personal de "Banco Popular", en la creencia de que el producto era beneficioso para sus intereses, y sin percatarse de un riesgo cuya verdadera magnitud, por sus escasos conocimientos financieros, no era capaz de calibrar ni valorar. Deberá, por tanto, declararse la nulidad de los contratos.

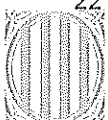
NOVENO.- Eso sí, en cuanto a las consecuencias que deben derivarse de esa nulidad, el artículo 1303 CC establece que *"declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con sus intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes"*. Por la parte actora se pretende que la demandada abone la suma de 6.000 euros, equivalente al capital invertido, con sus correspondientes intereses, y sin duda esa pretensión debe

Codi Segur de Verificació: KP8VGDKXKX14W2AHW9SISM0VETJPKG

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://sjcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html>

Signat per

Data i hora 06/02/2019 09:46

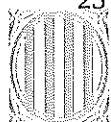




estimarse. Eso sí, han de tenerse en cuenta las restantes prestaciones derivadas de los contratos que se anulan por esta sentencia, y que sin duda también han de ser objeto de restitución. Por ello, el recobro por la parte actora de las cantidades invertidas ha de estar condicionada a la recíproca entrega de los títulos o bonos adquiridos (a día de hoy, acciones), que constituyen un activo patrimonial que puede conllevar unas expectativas de beneficio en el futuro. Y, asimismo, también habrá de restituir las cantidades percibidas como cupones o rendimientos pactados, también con sus correspondientes intereses. Esa restitución de rendimientos ha de realizarse atendiendo a la cantidad bruta, y no neta, conforme estableció la STS de 20 de diciembre de 2016.

No cabe acceder a la pretensión de la parte actora de hacer suyos los rendimientos que se han ido devengando durante la vigencia del contrato, como una indemnización adicional de daños y perjuicios, tal y como se ha solicitado por la parte actora. Ante todo, cabe mencionar que cualquier pretensión por la parte actora de indemnización de daños y perjuicios habría requerido la debida cuantificación y acreditación del perjuicio sufrido, cosa que no se aprecia en modo alguno en este caso. En segundo lugar, cabe mencionar la ya copiosa jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la necesidad de deducir las cantidades percibidas por el cliente a la hora de resolver la acción indemnizatoria del art. 1101 CC por a falta de información en productos bancarios complejos, precisamente por el hecho de tratarse de un beneficio del que el cliente ha disfrutado precisamente gracias al producto contratado, y que debe minimizarse en cualquier pretensión indemnizatoria por su parte (SSTS de 30 de diciembre de 2014, 16 de noviembre de 2017, 14 de febrero de 2018 y 22 de marzo de 2018, entre otras muchas). Recuerda el Alto Tribunal: *«En el ámbito contractual, si una misma relación obligacional genera al mismo tiempo un daño -en el caso, por incumplimiento de la otra parte- pero también una ventaja -la percepción de unos rendimientos económicos-, deben compensarse uno y otra, a fin de que el contratante cumplidor no quede en una situación patrimonial más ventajosa con el incumplimiento que con el cumplimiento de la relación obligatoria. Ahora bien, para que se produzca la aminoración solamente han de ser evaluables, a efectos de rebajar el montante indemnizatorio, aquellas ventajas que el deudor haya obtenido precisamente mediante el hecho generador de la responsabilidad o en relación causal adecuada con éste»*.

De hecho, si de lo que se trata es de valorar el perjuicio que la entidad demandada ha provocado en la demandante, necesariamente deberán deducirse las cantidades que la cliente haya podido percibir como intereses o remuneraciones de los productos. El perjuicio causado por la demandada a la actora debe verse reducido en la medida en que ésta se haya podido aprovechar, durante el tiempo de vigencia de los contratos, de unos rendimientos o intereses que se han reconocido como superiores a los del mercado





tradicional de renta fija. La parte actora pretende que se le reconozca un derecho a hacer suyas estas sumas, ya que de lo contrario se ocasionaría un enriquecimiento injusto a favor de la demandada, y un empobrecimiento de la cliente. En puridad, esta pretensión sólo podría tener acomodo en el ejercicio de una acción de indemnización por lucro cesante, que no se ha plantado como tal en la demanda. Siendo así, se podría hablar de una "pérdida de oportunidad", en el sentido de que, al haberse destinado los ahorros a estos bonos convertibles en acciones, se habrían dejado de percibir otros rendimientos derivados de productos bancarios sin riesgo, que la cliente habría deseado suscribir.

Sin embargo, este juzgador no puede compartir estas valoraciones. Esa "pérdida de oportunidad" o privación de los rendimientos derivados de otro producto bancario sólo puede dar lugar a una indemnización a favor de la actora en los casos de acreditación precisa y certera de que existió una intención clara dirigida a percibir un rendimiento, circunstancia que, precisamente, es contraria al relato fáctico contenido en la demanda.

Es cierto que, durante el tiempo de vigencia de los bonos convertibles el capital podría haberse invertido en otros productos bancarios, sin riesgo, de los que se habría podido obtener algún tipo de rendimiento. Lo que ocurre es que, para estimar esa pretensión, la parte demandante debería haber acreditado una intencionalidad expresa de contratar este tipo de productos, y de obtener unos rendimientos. Desde luego, la Sra. [REDACTED] no deseaba asumir ningún riesgo, pero de hecho ello podría haberse dado mediante el mero mantenimiento del dinero en la cuenta corriente. Es más, si lo que se pretendía era destinar el dinero a gastos ordinarios, o a cobertura de necesidades propias, habría sido lógico dejar el dinero en la cuenta de ahorro, incluso más que contratar un depósito a plazo fijo, que es un producto que carece de riesgo pero que no se caracteriza por su liquidez, y en el que la disponibilidad de los fondos en cualquier momento puede estar penalizada.

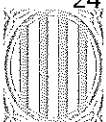
En cualquier caso, no se ha acreditado que la actora deseara contratar un depósito a plazo fijo, ni obtener un rendimiento específico de los 6.000 euros a los que se refiere este litigio. Afirmar que la Sra. [REDACTED] deseaba que ese dinero se depositase a un plazo fijo constituye una presunción que no puede ser aceptada por este juzgador. No se ha probado que la demandante pretendiese obtener un "beneficio". Al pretender hacer suyos estos rendimientos, la posición de la parte actora encierra una contradicción, ya que su argumentación implica superar el mero ánimo conservador o de ahorro para pretender dotar a la Sra. [REDACTED] de un afán inversor, siquiera modesto y sin riesgo, pretendiendo que ello sea una característica generalizada y normal de cualquier cliente bancario minorista. No cabe atribuir a los empleados de banca una obligación legal ni contractual de procurar a sus clientes el beneficio derivado de un depósito a plazo fijo, por muy "standard" que pueda

Codi Segur de Verificació: KP9VG10KXX14W3AHM9S1SMQVETJPKG

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/IA/consultacSV.html>

Signat per [REDACTED]

Data i hora 06/02/2019 09:46





considerarse ese producto bancario. Y, en el fondo, ésa es la visión que subyace en la posición mantenida por la parte demandante en este pleito, al vehicular esta pretensión como una petición adicional de daños y perjuicios (ni siquiera cuantificada), derivada de la nulidad contractual.

Puesto que la nulidad contractual ha de generar la restitución de todas las prestaciones derivadas del contrato, y atendiendo al significativo lapso de tiempo en que la relación jurídica ha surtido efectos, no procede hacer una mera compensación, como las partes han indicado, sino que cada apunte deberá generar los intereses legales correspondientes. Sólo así se dará una efectiva restitución a la situación anterior al contrato, y el transcurso del tiempo no beneficiará a ninguna de las partes. Se trata de una liquidación de cierta complejidad que, en cualquier caso, cualquiera de las partes ha de estar en disposición de hacer, ya que se basa en liquidar los abonos y cargos realizados entre ambas.

El deber de contraprestación recíproca impide la apreciación de la situación de mora. Procede hacer un pronunciamiento en tal sentido, por ser consecuencia de la aplicación del precepto invocado por la parte actora (art. 1303 CC), en todos sus términos.

DÉCIMO.- Como ya se ha dicho, la imposición del tipo de interés del dinero conforme al art. 1303 CC, en relación con prestaciones recíprocas, conduce a que no proceda imponer intereses moratorios adicionales. No obstante, resultarán de aplicación los intereses procesales genéricos del art. 576 LEC.

UNDÉCIMO.- En cuanto a las costas, es evidente que la desestimación de la petición de la actora de hacer propios los rendimientos percibidos durante la vigencia del producto tiene una importancia cuantitativa significativa en este pleito. La parte demandada ha cuantificado estos rendimientos en 2.392,71 euros, mientras que la demandante, que ha conocido desde la contestación a la demanda la liquidación efectuada de contrario, no ha aportado ninguna cuantificación. Por tanto, deberá considerarse que la demanda ha sido objeto de una estimación únicamente parcial, de modo que cada una de las partes deberá abonar las costas causadas a su instancia, y las comunes por mitad (art. 394 LEC).

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

FALLO

Estimando parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. [REDACTED], en representación de D^a. [REDACTED], contra la entidad "BANCO POPULAR





ESPAÑOL, S.A." (hoy, "BANCO SANTANDER, S.A.", **DECLARO LA NULIDAD** de los siguientes contratos:

a.-) Órdenes de valores "*BO POPULAR CAPITAL CONV.V.2013*", de fecha 2 de octubre de 2009, con un valor nominal de 6.000 euros (doc. nº 5 de los acompañados a la demanda).

b.-) Órdenes de canje y suscripción de valores "*BO SUB OB POPULAR V 11-15*", de fecha 4 de mayo de 2012, con un valor nominal de 6.000 euros (doc. nº 9 de los acompañados a la contestación a la demanda).

En consecuencia, **CONDENO** a la entidad "BANCO POPULAR, S.A." (hoy, "BANCO SANTANDER, S.A." a abonar a la actora la cantidad de **seis mil euros (6.000,00 €)**, más los intereses del art. 1303 del Código Civil (interés legal del dinero), desde la fecha del cargo en la cuenta de la demandante hasta la fecha de esta sentencia. No obstante, dicha condena dineraria estará **condicionada a la restitución por la parte demandante de los títulos adquiridos** con motivo de los contratos cuya nulidad se declara en esta resolución, así como al **reembolso de las cantidades brutas percibidas como cupones o rendimientos** derivados de los contratos objeto de anulación, también con el incremento de los intereses del art. 1303 del Código Civil desde la fecha de abono en la cuenta de los demandantes hasta la fecha de esta sentencia.

A la cantidad objeto de condena le serán de aplicación los intereses del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (interés legal del dinero, incrementada en dos puntos), desde la fecha de esta sentencia hasta el completo pago.

Todo ello debiendo abonar cada parte las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que esta Sentencia no es firme, y que contra la misma cabe **recurso de apelación**, que deberá interponerse ante este Juzgado, en un plazo de veinte días desde su notificación, y del que conocerá la Audiencia Provincial de Barcelona. Conforme a la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, para la interposición de dicho recurso deberá constituirse un depósito de 50 euros, que deberá consignarse en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Juzgado tiene abierta en el Banco de Santander, S.A. (entidad núm. 0049), sucursal 3569, cuenta número 0618-0000-02-0104-18, debiéndose hacer constar que se realiza en concepto de "recurso". Tal depósito deberá ser acreditado en el momento de interponer el recurso, ya que en caso contrario no se procederá a su admisión.





Así por esta mi Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

El Magistrado

Los interesados quedan informados de que sus datos personales han sido incorporados al fichero de asuntos de esta Oficina Judicial, donde se conservarán con carácter de confidencial y únicamente para el cumplimiento de la labor que tiene encomendada, bajo la salvaguarda y responsabilidad de la misma, dónde serán tratados con la máxima diligencia.

Quedan informados de que los datos contenidos en estos documentos son reservados o confidenciales, que el uso que pueda hacerse de los mismos debe quedar exclusivamente circunscrito al ámbito del proceso, que queda prohibida su transmisión o comunicación por cualquier medio o procedimiento y que deben ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de justicia, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que puedan derivarse de un uso ilegítimo de los mismos (Reglamento EU 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo y Ley Orgánica 3/2018, de 6 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales).

Codi Segur de Verificació: KFP9VGDKKX14W3A4H19SISIMQVETJPKG

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html>

Signat per

Data i hora 06/02/2019 09:46

