



Mónica López Manso

Cliente
Letrado
Procedimiento
Notificación
Procesal

Francisco [REDACTED]
David Gonzalez Salinero
315/17 7
09/03/2018
[REDACTED]

Referencia

11528

Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de L'Hospitalet
Resolución 09/03/2018

Juzgado de Primera Instancia nº 2 de L'Hospitalet de Llobregat

Avenida Carrilet, 2, Edif.H CdJ - Hospitalet de Llobregat (L') - C.P.: 08902

TEL.: 935548180
FAX: 935548164
EMAIL: instancia2.hospitalet@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0810142120170064936

Procedimiento ordinario 315/2017 -7

Materia: Juicio ordinario otros supuestos

Cuenta BANCO SANTANDER:

Beneficiario: Juzgado de Primera Instancia nº 2 de L'Hospitalet de Llobregat

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

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

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

Parte demandante/ejecutante: Francisco [REDACTED]
[REDACTED] Gloria [REDACTED]
Procurador/a: Monica Lopez Manso, Monica Lopez Manso
Abogado/a: David Gonzalez Salinero

Parte demandada/ejecutada: BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A.
Procurador/a: [REDACTED]
Abogado/a: [REDACTED]

SENTENCIA Nº 72/2018

Magistrado: Javier Solé Vilas

Hospitalet de Llobregat (L'), 6 de marzo de 2018

Habiendo sido vistos por el Ilmo. Magistrado Sr. Xavier Solé Vilas titular del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Hospitalet de Llobregat los presentes autos de Juicio Ordinario registrados con nº 315/2017 en donde ha intervenido como parte demandante D. Francisco [REDACTED] y Dña. Gloria [REDACTED] representados por la procuradora Mónica López y asistidos por el letrado David González y como parte demandada BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. representado por el procurador [REDACTED] y asistido por la letrada [REDACTED] se procede a dictar resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El presente procedimiento se inició por demanda interpuesta por D. Francisco [REDACTED] y Dña. Gloria [REDACTED] contra BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. por la que se solicitó se acordara la nulidad de los contratos de adquisición de orden de valores de 3-10-2009 para la suscripción de 240 títulos de bonos subordinados obligatoriamente convertibles en acciones, serie 1/2009 con emisión el 23-10-2009, emitidas por POPULAR CAPITAL S.A.





y garantizadas por BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. por un importe de 240.000 euros , orden de valores de 7-10-2009 para la suscripción de 10 títulos de bonos subordinados obligatoriamente convertibles en acciones, serie 1/2009 con emisión el 23-10-2009 , emitidas por POPULAR CAPITAL S.A. y garantizadas por BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. por un importe de 10.000 euros, y la orden de valores para la suscripción por canje de 250 títulos de bonos subordinados obligatoriamente convertibles serie 1/2009 con emisión, canjeadas por 250 bonos necesariamente convertibles en acciones de BANCO POPULAR , serie 11/2012 emisión de mayo de 2012 y convertibles en acciones de BANCO POPULAR el 25-11-2015 , emitidas por BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. por un importe de 250.000 euros, con condena a la restitución de la cantidad de 250.000 euros ,. descontando una serie de cantidades , más los intereses desde la suscripción de los contratos o subsidiariamente una serie de acciones que son de ver en la demanda, más los intereses legales y costas .

Segundo.- Admitida a trámite la demanda por decreto y comprobando que por razón de la cuantía se debía continuar por los trámites del juicio ordinario tal y como prevé el art. 249.2 de la LEC, se dio traslado de la demanda a la demandada para que la contestara en un plazo de 20 días , contestando en plazo , citándose a ambas partes para la fase de audiencia previa para el 20 de septiembre de 2017.

Tercero.- El día señalado se celebró la audiencia previa, compareciendo la actora y la demandada debidamente representadas, y donde cada parte solicitó la práctica de pruebas que fueron admitidas de la forma que es de ver en el acta, citándose para la vista a celebrar el 28 de febrero de 2018, donde se practicó la prueba, quedando el pleito visto para sentencia .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- En este proceso por D. Francisco [REDACTED] y Dña. Gloria [REDACTED] accionaron contra BANCO POPULAR ESPAÑOL , S.A. y solicitaron se acordara la nulidad de los contratos de adquisición de orden de valores de 3-10-2009 para la suscripción de 240 títulos de bonos subordinados obligatoriamente convertibles en acciones, serie 1/2009 con emisión el 23-10-2009 , emitidas por POPULAR CAPITAL S.A. y garantizadas por BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. por un importe de 240.000 euros , orden de valores de 7-10-2009 para la suscripción de 10 títulos de bonos subordinados obligatoriamente convertibles en acciones, serie 1/2009 con emisión el 23-10-2009 , emitidas por POPULAR CAPITAL S.A. y garantizadas por BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. por un importe de 10.000 euros, y la orden de valores para la suscripción por canje de 250 títulos de bonos subordinados obligatoriamente convertibles serie 1/2009 con emisión, canjeadas por 250 bonos necesariamente convertibles en acciones de BANCO POPULAR , serie 11/2012 emisión de mayo de 2012 y convertibles en acciones de BANCO





POPULAR el 25-11-2015 , emitidas por BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. por un importe de 250.000 euros, con condena a la restitución de la cantidad de 250.000 euros ,, descontando una serie de cantidades , más los intereses desde la suscripción de los contratos o subsidiariamente una serie de acciones que son de ver en la demanda, más los intereses legales y costas por la existencia de vicios del consentimiento en la firma de dichos contratos , ya que fueron engañados en la firma de los mismos por personal de la demandada y hubo error por su parte en la firma de tales contratos , ya que de haber sabido las características de los productos complejos que adquirirían no los habrían firmado , reclamando por esos vicios del consentimiento o subsidiariamente por la negligencia en el asesoramiento ofrecido por el personal de la demandada. BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. se opone alegando que el Sr. Olmedo era una persona capaz y con unos conocimientos financieros superiores a la media , por lo que en ningún caso se le engañó , que ellos no realizaron ningún asesoramiento a los actores y además alega que la actora fue debidamente informada y que no hubo vicio del consentimiento alguno en la firma del producto , por lo que no debe admitirse ninguna de las acciones ejercitadas .

Segundo.- En relación a las pruebas practicadas se oye a dos testigos , D. Joaquín [REDACTED] que refiere que trabajo con el Sr. [REDACTED] en la empresa de seguros [REDACTED] y que el Sr. Olmedo tenía funciones administrativas y de relativas a personal , no de contratación o temas financieros , declarando a continuación D. [REDACTED] director de la oficina donde se contrataron los productos y que refiere que los demandantes vinieron a contratar el producto a su oficina , empezando la relación en los años 2008 y 2009 , refiriendo que el Sr. [REDACTED] siempre traía información económica y que se les informó de las características del producto y de sus riesgos , que normalmente se entregaba un tríptico explicativo y que se le volvió a dar a la actora posteriormente , refiriendo que cuando él se fue de la oficina el producto aún estaba en vigor y que no participó en el canje . Refiere que en el momento de la firma no era necesaria la realización de test alguno, pero que se hizo test de idoneidad. Declara que la garantía era la propia entidad pero que no era previsible ni la crisis económica o que la entidad pudiera tener problemas graves . A continuación declaran los peritos que se ratifican en sus dictámenes refiriendo D. [REDACTED] que el productos supone una compra de acciones con una entrega diferida en el tiempo , pagándole un interés a cambio , teniendo una mayor remuneración por el interés ya que el riesgo es mayor , declarando que la CNMV requería de informes adicionales al ser un producto para minoristas , aunque no eran necesarios ni los tests de idoneidad ni los de evaluación, declarando que en el momento de la contratación no habían indicadores que habría recesión económica o el deterioro que se produjo a posteriori en el sector financiero . Declara que era un producto complejo y que no sabe quién tomo la iniciativa para la firma del producto . A continuación declara D. Marcos Morales que refiere que analizó el perfil inversor de los demandantes y que éste era minorista y conservador , refiriendo que por la naturaleza y los riesgos del mismo no era un producto para los actores , siendo obligatorio la realización de un test de idoneidad , debiendo existir un asesoramiento previo ya que era un producto complejo. Refiere que en el tríptico se habla de riesgos pero no se habla de la magnitud de los mismos , ni se habla del descenso de acciones , existiendo el canje en 2012 por la nueva normativa . Refiere que el Sr. [REDACTED] le dijo que el





banco le había ofrecido el producto y que era previsible una bajada en la cotización de las acciones del BANCO POPULAR .

Una vez vistas las pruebas, la actora solicita se declare la nulidad de los contratos firmados alegando que no se le informó debidamente de las consecuencias de la firma de los productos que adquiriría , constando que como consumidor, debía exigirse a la demandada un mayor deber de información, que este caso no existió , haciendo constar que reclama la nulidad de los contratos por la existencia de vicios de consentimiento en los mismos , sea como dolo de la demandada o error por su parte , por tanto lo que reclama a fin de cuentas la actora es la anulación del contrato por vicios del consentimiento tanto en lo que se refiere a la petición principal como alagunas de las formuladas de forma subsidiaria .

En relación a dicha cuestión, la regulación se encuentra en los art. 1261 y siguientes del CC. estableciéndose que el consentimiento es uno de los elementos esenciales del contrato , considerándose nulo el consentimiento prestado por error o dolo conforme al art. 1265 del CC. , constando en el art. 1266 “ Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo.El error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiese sido la causa principal del mismo.El simple error de cuenta sólo dará lugar a su corrección.” y el art. 1269 que tipifica que “Hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho”.

Constando finalmente en el art.1300 “ Los contratos en que concurran los requisitos que expresa el artículo 1.261 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.”

Este el cuerpo legal que debemos aplicar en este caso y ver si es posible estimar la acción ejercitada por los demandantes frente al demandado .

En relación a la clase de producto comercializado debemos estar a la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2016 que establece que “Los bonos necesariamente convertibles son activos de inversión que se convierten en **acciones** automáticamente en una fecha determinada, y por tanto, el poseedor de estos bonos no tiene la opción, sino la seguridad, de que recibirá **acciones** en la fecha de intercambio. A su vencimiento, el inversor recibe un número prefijado de **acciones** , a un precio determinado, por lo que no tiene la protección contra bajadas del precio de la acción que ofrecen los convertibles tradicionales. Los bonos necesariamente convertibles ofrecen al inversor sólo una parte de la futura subida potencial de la acción a cambio de un cupón prefijado, y exponen al inversor a parte o a toda la bajada de la acción. Por ello, estos instrumentos están más cercanos al capital que a la deuda del emisor; y suelen tener, como ocurre en el caso litigioso, carácter subordinado.

2.- Según la clasificación de los productos financieros realizada por el art. 79 bis 8 a) LMV (actual art. 217 del Texto refundido de la Ley del Mercado de Valores aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), son productos no complejos, los que cumplan todas y cada una de las siguientes





cuatro características: a) que sean reembolsables en cualquier momento a precios conocidos por el público; b) que el inversor no pueda perder un importe superior a su coste de adquisición, es decir, a lo que invirtió inicialmente; c) que exista información pública, completa y comprensible para el inversor minorista, sobre las características del producto; y d) que no sean productos derivados. A *sensu contrario*, son productos o instrumentos financieros complejos los que no cumplen con todas o alguna de las características anteriores. Los productos complejos pueden suponer mayor riesgo para el inversor, suelen tener menor liquidez (en ocasiones no es posible conocer su valor en un momento determinado) y, en definitiva, es más difícil entender tanto sus características como el riesgo que llevan asociado.

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

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

Tercero .- Una vez examinada la normantiva y la calificación del producto como complejo debemos comprobar si concurre alguno de los vicios del consentimiento alegados . De lo actuado se constata que el Sr. [REDACTED] trabajaba en una aseguradora y la Sra. [REDACTED] era peluquera , siendo clientes minoristas , tal como se ha acreditado de las pruebas practicadas . De lo actuado se constata que el Sr. [REDACTED] no tenía especiales conocimientos financieros , más allá de lo que pudiera tener un particular y más allá de las preguntas más o menos minuciosas que pudiera realizar a los empleados que comercializaron el producto o de los periodicos financieros que consultara , tal como indicó el Sr. Abaurrea en su testimonio .

A la vista de ello debemos seguir con el criterio fijado por el Supremo en la misma sentencia reseñada que establece que “ La Ley 47/2007, de 19 de noviembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores, tuvo como finalidad la incorporación al ordenamiento jurídico español de tres directivas europeas: la Directiva 2004/39/CE, la Directiva 2006/73/CE y la Directiva 2006/49/CE. Las dos primeras, junto con el Reglamento (CE)





1287/2006, de directa aplicación desde su entrada en vigor el 1 de noviembre de 2007, constituyen lo que se conoce como normativa " MiFID " (acrónimo de la Directiva de los Mercados de Instrumentos Financieros, en inglés Markets in Financial Instruments Directive), que creó un marco jurídico único armonizado en toda la Unión Europea para los mercados de instrumentos financieros y la prestación de servicios de inversión. Esta incorporación de MiFID a nuestro Derecho supuso una modificación sustancial de la LMV y su normativa de desarrollo respecto de su ámbito de aplicación, la regulación de los mercados de instrumentos financieros y de las empresas de servicios de inversión, las normas de conducta en los mercados de valores y el régimen de supervisión, inspección y disciplina.

En cuanto a la categorización de los clientes, antes de la reforma las entidades tenían que ofrecer un trato homogéneo y cumplir las mismas normas de conducta respecto de todos sus clientes, independientemente del nivel de conocimientos o experiencia que tuvieran. Por el contrario, la *Ley 47/2007, introduciendo un nuevo art. 78 bis* en la LMV, las obliga a clasificar al cliente en tres categorías: cliente minorista, cliente profesional y contraparte elegible, a los efectos de dispensarles distintos niveles de protección. El cliente minorista es la categoría residual en la que hay que clasificar a quienes no puedan ser considerados clientes profesionales o contrapartes elegibles (o hayan pedido no ser tratados como tales). Al cliente minorista se le debe otorgar el mayor nivel de protección, estando obligada la entidad que le presta servicios de inversión a cumplir todas las normas de conducta. El cliente profesional es aquél al que se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos. Por tal motivo se le puede otorgar un menor nivel de protección, en particular, respecto de la obligación de conocerlo o de facilitarle información. Tienen la consideración de clientes profesionales las entidades financieras y demás personas jurídicas que, para poder operar en los mercados financieros, hayan de ser autorizadas o reguladas por Estados, sean o no miembros de la Unión Europea, los Estados y Administraciones regionales, los organismos públicos que gestionen la deuda pública, los bancos centrales y organismos internacionales y supranacionales, y los empresarios que cumplan ciertas condiciones en cuanto a volumen del activo, cifra anual de negocio o recursos propios, los inversores institucionales y aquellos otros que lo soliciten, renuncien de forma expresa a su tratamiento como clientes minoristas y satisfagan ciertos requisitos relacionados con su experiencia y conocimientos.

2.- Ahora bien, la cuestión no es que la Audiencia, al interpretar los preceptos resultantes de dicha reforma legal, haya errado jurídicamente al no considerar a Grupo Alcor como cliente profesional, a los efectos de evaluar las obligaciones de información que competían a la entidad financiera recurrente, sino que dicha entidad ni siquiera clasificó al cliente como profesional o minorista antes de ofrecerle el producto objeto de litigio: bonos subordinados necesariamente convertibles en [acciones](#) . Y, al contrario, en la misma fecha, al concertar un contrato de depósito y administración de valores, sí que lo clasificó expresamente como minorista. Al no partir de dicha base, el recurrente pretende alterar la base fáctica de la sentencia, lo que no es admisible en el recurso de casación.





Ante la falta de clasificación específica del cliente para la celebración de este contrato en particular, la Audiencia considera probado que se trataba de un cliente minorista, no solo porque así lo había clasificado otro **banco** para la concertación de un contrato de depósito de valores, y porque el propio **Banco Popular** también lo había considerado así en el citado contrato de depósito y administración de valores de la misma fecha, sino también tomando en consideración la previa actividad inversora de la demandante y por su propia estructura empresarial.

3.- Frente a dichas conclusiones probatorias de la sentencia recurrida, de las que necesariamente hemos de partir, la recurrente pretende alterar la base fáctica para hacer supuesto de la cuestión y atribuir a Grupo Alcor un carácter de cliente profesional que no está acreditado en el procedimiento “

Visto cual es el criterio , en este caso podemos hablar de clientes minoristas , al ser particulares sin especial formación económica y sin que la demandada en el propio ámbito de la contratación los califique de forma distinta y por tanto con un mayor nivel de protección , tal como exige la legislación y la jurisprudencia sobre el tema , protección que en este caso no obtuvieron ya que como indicó el Sr. Morales en su testimonio y en la pericial elaborada , los instrumentos que se les suministraron son propios de clientes mayoristas y la información suministrada insuficiente , inadecuada e incompleta , siendo el producto comercializado un producto complejo , con múltiples y elevados riesgos , reducida liquidez y con muy elevados contratiempos , como se expone en la pericial del Sr. Morales y que debe ponerse en relación con la declaración del Sr. Abaurrea que también declaró que la garantía del producto era la propia entidad , pero que no era previsible ni la crisis económica o que la entidad pudiera tener problemas graves , por tanto puede concluirse que no se informó de todos los riesgos del producto a los clientes , y de todos los escenarios en que se podían verse inmersa su cotización , debiendo prevalecer el informe del Sr. Morales antes que el informe del Sr. Manso , ya que el informe del Sr. Morales parte de un análisis directo de las características de los demandantes y no es genérico como el del Sr. Manso , tal y como éste mismos declaró .

En cuanto a las consecuencias de esa deficiente información , debemos remitirnos a la sentencia del Supremo reseñada que ante un supuesto similar establece “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.

La información sobre los riesgos.

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.

5.- En este caso, conforme a lo declarado probado por la sentencia recurrida, no consta que hubiera esa información previa, y ni siquiera la información que aparecía en la orden de compra del producto, prerredactada por la entidad financiera, era adecuada, puesto que no se explicaba cuál era su naturaleza, ni los riesgos que se asumían en función de la fecha de conversión.





Según dijimos en las ya citadas *sentencias de Pleno núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014* , *460/2014, de 10 de septiembre* , y *769/2014 de 12 enero de 2015* , el incumplimiento por las empresas que operan en los mercados de valores de los deberes de información, por sí mismo, no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes puede incidir en la apreciación del error, y más concretamente en su carácter excusable.

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

Además, como también hemos declarado en las sentencias antes citadas, para la entidad de servicios de inversión la obligación de información que establece la normativa legal del mercado de valores es una obligación activa, no de mera disponibilidad. Es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, no sus clientes, inversores no profesionales, quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional. El cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. El hecho de tener un patrimonio considerable, o que los clientes hubieran realizado algunas inversiones previas no los convierte tampoco en clientes expertos. “

Aplicando ese criterio , debemos considerar que existe error en la parte actora y que no se le suministró la información adecuada en la celebración del reseñado contrato en consecuencia debemos concluir que son anulables por falta de consentimiento al concurrir vicios del consentimiento los contratos de adquisición de orden de valores de 3-10-2009 para la suscripción de 240 títulos de bonos subordinados obligatoriamente convertibles en acciones, serie 1/2009 con emisión el 23-10-2009 , emitidas por POPULAR CAPITAL S.A. y garantizadas por BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. por un importe de 240.000 euros , orden de valores de 7-10-2009 para la suscripción de 10 títulos de bonos subordinados obligatoriamente convertibles en acciones, serie 1/2009 con emisión el 23-10-2009 , emitidas por POPULAR CAPITAL S.A. y garantizadas por BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. por un importe de 10.000 euros, y la orden de valores para la suscripción por canje de 250 títulos de bonos subordinados obligatoriamente convertibles serie 1/2009 con emisión, canjeadas por 250 bonos necesariamente convertibles en acciones de BANCO POPULAR , serie 11/2012 emisión de mayo de 2012 y convertibles en acciones de BANCO POPULAR el 25-11-2015 , emitidas por BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. por un importe de 250.000 euros, con condena a la restitución de la cantidad de





250.000 euros , más los intereses desde la suscripción de los contratos, descontando las cantidades percibidas en concepto de cupones , aplicando idéntico interés a esas cantidades y devolución a la demandada de las acciones de BANCO POPULAR fruto de la conversión obligatoria de 25-11-2015 y los posibles dividendos de dichas acciones , sin necesidad de entrar en las acciones ejercitadas subsidiariamente al estimarse la principal .

Cuarto.- Se imponen las costas al demandado al dictarse una sentencia estimatoria en aplicación del art. 394.1 de la LEC.

FALLO

Estimar la demanda interpuesta por D. Francisco [REDACTED] y Dña. Gloria [REDACTED] contra BANCO POPULAR , S.A. y declarar que son anulables por vicios del consentimiento los contratos de adquisición de orden de valores de 3-10-2009 para la suscripción de 240 títulos de bonos subordinados obligatoriamente convertibles en acciones, serie 1/2009 con emisión el 23-10-2009 , emitidas por POPULAR CAPITAL S.A. y garantizadas por BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. por un importe de 240.000 euros , orden de valores de 7-10-2009 para la suscripción de 10 títulos de bonos subordinados obligatoriamente convertibles en acciones, serie 1/2009 con emisión el 23-10-2009 , emitidas por POPULAR CAPITAL S.A. y garantizadas por BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. por un importe de 10.000 euros, y la orden de valores para la suscripción por canje de 250 títulos de bonos subordinados obligatoriamente convertibles serie 1/2009 con emisión, canjeadas por 250 bonos necesariamente convertibles en acciones de BANCO POPULAR , serie 11/2012 emisión de mayo de 2012 y convertibles en acciones de BANCO POPULAR el 25-11-2015 , emitidas por BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. por un importe de 250.000 euros, con condena a la restitución de la cantidad de 250.000 euros , más los intereses desde la suscripción de los contratos, descontando las cantidades percibidas en concepto de cupones , aplicando idéntico interés a esas cantidades y devolución a la demandada de las acciones de BANCO POPULAR fruto de la conversión obligatoria de 25-11-2015 y los posibles dividendos de dichas acciones y costas .

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de apelación en el plazo de 20 días ante este mismo juzgado del que conocerá la Audiencia Provincial de Barcelona siendo necesario que el recurrente constituya un depósito de 50 euros para recurrir la presente resolución tal y como regula la Disposición Adicional Décimo Quinta de la LOPJ tras su reforma por la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre, requisito sin el cual no será admitido a trámite el recurso.





Así por esta mi sentencia, la pronuncio, mando y firmo. Doy fe.

Codi Segur de Verificació: L3J79X96FN709ZFWLCHQEX3Z0F8U5C

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

Signat per Solé Vilas, Javier;

Data i hora 07/03/2018 09:23

