



## JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.2 OVIEDO

SENTENCIA: 00200/2016.

### Juicio Ordinario nº 92/16.

## SENTENCIA

En Oviedo, a diecisiete de octubre de 2016.

Vistas por María Fidalgo Fidalgo, Magistrado del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de esta ciudad, los presentes autos de Juicio Ordinario que, bajo el nº 92/16, se siguen a instancia del Procurador Sra. González Rubín, en representación de Don \_\_\_\_\_, asistido por el Letrado Sr. Ballesteros Garrido, frente a BANCO POPULAR S.A., representada por el Procurador Sr. Suárez Saro y asistida por el Letrado Sra. Bonías Trebolle y atendiendo a los siguientes

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** La Sra. González Rubín, en la representación indicada, formuló demanda de juicio ordinario frente a las personas identificadas en el encabezamiento de esta resolución, suplicando que se dicte sentencia en la que declare la nulidad de la compra de los bonos subordinados necesariamente convertibles en acciones Banco Popular efectuada por el demandante el 2 de octubre de 2009, así como su canje por nuevos bonos similares de 11 de mayo de 2012, con obligación del Banco de restituir al actor los 45.000 euros que invirtió, con sus intereses legales desde la fecha de desembolso, el 23 de octubre de 2009, debiendo el demandante reintegrar al banco las acciones recibidas por conversión de los bonos y los intereses y dividendos percibidos, a su vez, con el interés legal del dinero desde cada percepción, todo ello con imposición de costas a la parte demandada. Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la parte demandada, que contestó, oponiéndose a la misma.



**SEGUNDO.** En la audiencia previa, celebrada el 5 de julio de 2016, una vez fijado el objeto del proceso y sin que se lograra acuerdo entre las partes, se continuó el acto con la proposición de prueba documental, interrogatorio de parte y testifical, que se practicaron en el acto del juicio, celebrado el 29 de septiembre de 2016, quedando los autos vistos para sentencia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** La demanda rectora de los presentes autos expone que el actor, nacido en 1943 y con estudios primarios, es cliente del Banco Popular desde hace más de veinte años, siendo su esposa la que se encargaba de las relaciones con la entidad, hasta su fallecimiento, en junio de 2009, momento en el que él tuvo que hacerse cargo de todo, encontrándose muy deprimido por la reciente pérdida de su esposa en la fecha en la que firmó la operación que da lugar a la demanda, por lo que siguió a ciegas la recomendación de la directora de la oficina, que le llamó, en octubre de 2009, para que acudiera a la oficina, donde le indicó que el dinero que tenía a plazo fijo le estaba dando un rendimiento muy bajo y que el Banco tenía un nuevo producto con unos intereses elevados, garantizados durante tres años y que permitía recuperar el dinero en cualquier momento, procediendo Don [redacted], con tan escasa información, a firmar la cancelación del plazo fijo, una orden de valores BO POPULAR CAPITAL CONV.V.2013 por importe de 45.000 euros y un contrato de depósito y administración de valores, todo ello sin entrega de documentación alguna ni evaluación de su idoneidad para el producto. En mayo de 2012, el actual director de la oficina llamó a Don [redacted] y le explicó que los bonos estaban teniendo pérdidas muy importantes a causa de la bajada de las acciones de la entidad y que para recuperar la inversión, estaban haciendo un canje por otros bonos, para prolongar aquélla en tanto las acciones subían. El actor no entendía nada, puesto que el producto se le había presentado como exento de riesgo y finalmente, el director le convenció para que firmase la renovación de los bonos, entregándole un folleto y una hoja adicional con información. El 25 de noviembre de 2015 se produjo el vencimiento de los bonos emitidos en mayo de 2012, que fueron convertidos en acciones, con una relación de conversión de 17,61 euros, por lo que se entregaron al actor 2.600 acciones. En base a lo expuesto y alegando que no prestó un consentimiento válido, dado que carecía del preciso

conocimiento de las características del producto que estaba adquiriendo, insta el actor la declaración de nulidad del contrato, por error en el consentimiento, al amparo de los artículos 1265, 1266 y 1300 del Código Civil y subsidiariamente, la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento por la demandada de sus obligaciones contractuales.

La demandada alega la caducidad de la acción entablada, así como que cumplió todas las obligaciones de información sobre el producto legalmente establecidas, siendo el cliente perfectamente consciente de lo que contrataba, que era de su interés por la elevada rentabilidad que ofrecía y habiendo sido titular de doce fondos de inversión con anterioridad a la suscripción de este producto; la inexistencia de pérdida, dado que el valor de las acciones es susceptible de recuperación; la sanación del vicio en el consentimiento por el canje de los bonos y en definitiva, que el consentimiento prestado fue plenamente válido.

**SEGUNDO.** Alega la demandada, en primer término, la caducidad de la acción de nulidad ejercitada de contrario dado que, tal y como establece el artículo 1.301 del Código Civil, ha transcurrido en exceso el plazo de 4 años previsto para el ejercicio de la misma. Añade que debemos atender al momento en el que las partes tienen conocimiento de las obligaciones que han asumido y que éste no es otro que cuando reciben la documentación que refleja el descenso de la cotización de las acciones en las que se convertirían, necesariamente, a través de la información fiscal correspondiente al ejercicio 2009 y facilitada por mi mandante en marzo de 2010, de modo que en marzo de 2014 habría finalizado el plazo de caducidad de la acción.

*Esta excepción ha de ser desestimada, conforme a la doctrina sentada por la sentencia del Pleno de Sala 1ª 769/2014, de 12 de enero, expresamente citada por la 376/2015, de 7 de julio, que insiste en la doctrina tradicional, al señalar que: "No puede confundirse la consumación del contrato a que hace mención el art. 1301 del Código Civil con la perfección del mismo. Así lo declara la sentencia de esta Sala núm. 569/2003, de 11 de junio, que mantiene la doctrina de sentencias anteriores, conforme a las cuales la consumación del contrato tiene lugar cuando se produce «la realización de todas las obligaciones» (sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1897, 20 de febrero de 1928 y 11 de julio de 1984),*

«cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes» (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1989) o cuando «se hayan consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó» (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1983)".

Y añade más adelante: "Se exige con ello una situación en la que se haya alcanzado la definitiva configuración de la situación jurídica resultante del contrato, situación en la que cobran pleno sentido los efectos restitutorios de la declaración de nulidad. Y además, al haberse alcanzado esta definitiva configuración, se posibilita que el contratante legitimado, mostrando una diligencia razonable, pueda haber tenido conocimiento del vicio del consentimiento, lo que no ocurriría con la mera perfección del contrato que se produce por la concurrencia del consentimiento de ambos contratantes".

En este caso, pues, habiendo tenido lugar la conversión en acciones el 25 de noviembre de 2015, ése ha de ser el día inicial del cómputo, de modo que, presentada la demanda en febrero de 2016, la acción no había caducado. Es más, aun considerando como *dies a quo* el 11 de mayo de 2012, fecha en la que en la demanda se explica que el actor acudió a la oficina, donde le explicaron la conveniencia de aceptar un canje por otros bonos, debido a las pérdidas del producto, la acción estaría viva al tiempo de presentación de la demanda. No resulta admisible la tesis sostenida por la demandada conforme a la cual la información fiscal remitida en 2010 al cliente le hizo conocer su error, lo que no resulta verosímil dada su falta de conocimientos en materia financiera y el hecho de que la declaración de IRPF se la hacía la propia entidad.

**TERCERO.** La cuestión es, pues, determinar si el demandante adquirió los bonos convertibles en acciones con el conocimiento preciso sobre los mismos para prestar válidamente su consentimiento, como sostiene la demandada o éste se prestó en base a un error que lo invalida, para lo que ha de partirse, teniendo en cuenta el objeto del contrato, no sólo de los preceptos del Código civil, sino también de la normativa aplicable a los consumidores y al mercado de valores, examinando el cumplimiento por parte de la entidad demandada de los deberes de información que dicha normativa le impone, siempre partiendo de que la carga de la prueba de tales extremos pesa sobre la entidad demandada, puesto que resulta imposible para

el actor acreditar un hecho negativo, como es la ausencia de la información precisa para que contratase con conocimiento de causa.

La reciente sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de junio de 2016, resuelve un recurso de casación precisamente sobre el error en el consentimiento en la adquisición de este mismo producto, comercializado por la misma entidad, por lo que resulta especialmente relevante para la resolución del supuesto que nos ocupa y se transcribirá aquí en gran parte:

*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.*

*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 sólo 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.*



Acerca de la complejidad de las obligaciones necesariamente convertibles en acciones, dice el Tribunal Supremo lo siguiente:

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

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

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

3. Pero es que, además, si tenemos en cuenta que los bonos necesariamente convertibles en acciones del Banco Popular son un producto financiero mediante el cual y, a través de distintas etapas, hasta llegar a la conversión en acciones ordinarias de esa misma entidad, el banco se recapitaliza, siendo su principal característica que al inicio otorgan un interés fijo, mientras dura el bono, pero después, cuando el inversor se convierte en accionista del banco, la aportación adquiere las características de una inversión de renta variable, con el consiguiente riesgo de pérdida del capital invertido, es claro que se trata de un producto no sólo 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.

**CUARTO.** En este supuesto, contamos con la prueba documental obrante en autos y con las declaraciones del demandante y de la empleada del Banco Popular que comercializó el producto y su valoración, como veremos, no proporciona ni atisbo de esa cuidadosa información que debería haber sido facilitada al cliente, cuya condición de minorista no ofrece duda alguna, tanto por su perfil, como por el hecho de que la demandada omitió la preceptiva clasificación previa.

Así, la orden de compra se refiere a “BO. POPULAR CAPITAL CONV. V. 2013”, lo que evidentemente hace imposible intuir siquiera de qué producto se trata, sin que conste que en el momento de la adquisición se le entregase información acerca de los riesgos que conllevaba aquél, que sí se le facilitó en el año 2012. Doña , la empleada de la entidad que vendió el producto, reconoció que ella llamó a Don .

para ofrecérselo, respondiendo con ambigüedad a la pregunta sobre la explicación de los riesgos, que “en toa la documentación aparecía” y a la relativa al test de conveniencia, que “había que hacerlo porque, si no, no se podía contratar” y sobre el de idoneidad, que “no era necesario porque ya tenía productos de ese estilo, que se ofrecía a gente que tenía un perfil de riesgo”, afirmación esta última carente de prueba alguna, puesto que no se ha acreditado que el actor hubiese adquirido esos fondos de inversión a los que alude la demandada, lo que, por otra



parte, tampoco eximiría a la entidad de haber procedido en debida forma en la comercialización de los bonos convertibles, que nada tienen que ver con los fondos aludidos. Doña                    reconoció asimismo que desconocía el nivel de estudios de Don                    y que es cierto que era su mujer la que iba antes a la oficina porque tenía más tiempo. Finalmente, reconoció no saber si se realizó o no el test de conveniencia, así como la falta de firma del tríptico y el hecho de que no explicó por qué el Banco vendía ese producto, ni su calificación crediticia.

Lo expuesto lleva a concluir que el demandante contrató el producto en cuestión sin un conocimiento de sus características esenciales, es decir, afectado de error en el consentimiento, excusable, por cuanto no podía por sí solo salir del mismo. En este sentido, señala la sentencia citada que *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. (...) 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. 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.*

No cabe tampoco acoger la alegación de confirmación del contrato, que no concurre en este caso, ya que conforme a las SSTS 769/2014, de 12 de enero de 2015 y 535/2015, de 15 de octubre, *la confirmación del contrato anulable es la manifestación de voluntad de la parte a quien compete el derecho a impugnar, hecha expresa o tácitamente después de cesada la causa que motiva la impugnabilidad y con conocimiento de ésta, por la cual se extingue aquel derecho purificándose el negocio anulable de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración.* No hay tal voluntad en este supuesto, en el que la conversión de los bonos en acciones no fue un acto consentido por el demandante, sino algo que venía dado por el contenido del contrato suscrito.

**QUINTO.** En cuanto a las costas procesales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y dado que se estima íntegramente la demanda, se condena a su abono a la demandada.

## FALLO

Que estimando la demanda formalizada por Don , frente a BANCO POPULAR S.A., declaro la nulidad del contrato de compra de los bonos subordinados necesariamente convertibles en acciones Banco Popular efectuada por el demandante el 2 de octubre de 2009, así como su canje por nuevos bonos similares de 11 de mayo de 2012, con obligación del Banco de restituir al actor los 45.000 euros que invirtió, con sus intereses legales desde la fecha de desembolso, el 23 de octubre de 2009, debiendo el demandante reintegrar al banco las acciones recibidas por conversión de los bonos y los intereses y dividendos percibidos, a su vez, con el interés legal del dinero desde cada percepción.

Se impone a la parte demandada el abono de las costas.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Asturias, que



se interpondrá por medio de escrito que ha de presentarse en este Juzgado en el plazo de veinte días hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, previa constitución del depósito para recurrir de 50 euros.

Así lo acuerda y firma María Fidalgo Fidalgo, Magistrado del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Oviedo.

**PUBLICACIÓN.** La anterior sentencia ha sido dada, leída y publicada por la Magistrado que la suscribe hallándose celebrando audiencia pública en el día de su fecha. Doy fe.

