



JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.2 LEON

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

AVDA. INGENIERO SAENZ DE MIERA, 6, (C.I.F. S-2400033-C)

Teléfono: 987895189, Fax: 987895188

Equipo/usuario: SAA

Modelo: N04390

N.I.G.: 24089 42 1 2016 0003616

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000432 /2016

Procedimiento origen: /

Sobre **OTRAS MATERIAS**

DEMANDANTE D/ña. [REDACTED]

Procurador/a Sr/a. CRISTINA DE PRADO SARABIA

Abogado/a Sr/a. BERNARDO LUIS GARCÍA ANGULO

DEMANDADO D/ña. BANCO POPULAR ESPAÑOL SA

Procurador/a Sr/a. JAVIER SUAREZ QUIÑONES FERNANDEZ

Abogado/a Sr/a. JORGE CAPELL NAVARRO

SENTENCIA NUM: 123/17

En LEON, a veintiocho de marzo de dos mil diecisiete.

El/La Sr/a. D/ña. ROSA MARIA GARCIA ORDAS, MAGISTRADO-JUEZ de Primera Instancia nº 002 de LEON y su Partido, habiendo visto los presentes autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 432/2016 seguidos ante este Juzgado, entre partes, de una como demandante [REDACTED] con Procurador D/ña. CRISTINA DE PRADO SARABIA y Letrado Sr/a. D/ña. BERNARDO L. GARCIA ANGULO, y de otra como demandado/a D/ña. BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. con Procurador/a D/ña. JAVIER SUAREZ QUIÑONES FERNANDEZ y Letrado Sr/a. D/ña. JORGE CAPELL NAVARRO, sobre PROCEDIMIENTO ORDINARIO, y,

ANTECEDENTES DE HECHO

en nombre y representación de [REDACTED], se presentó demanda de Juicio Ordinario frente a BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. solicitando se dicte sentencia por la que:

1.- Se declare la nulidad del contrato de suscripción de Bo. Popular capital conv.v.2013, de fecha 02 de octubre de 2009 acompañado a la demanda, así como la del de canje por Bo. Sub.Ob.Conv.Popular V.11-15 de fecha 17 de mayo de 2012 también acompañado al presente, y en consecuencia, la

recíproca restitución de las prestaciones habidas entre las partes, más los intereses legales.

2.- Subsidiariamente, y solo para el supuesto de que no fuera estimada la petición anterior, se declare la resolución del contrato de suscripción de Bo. Popular capital conv.v.2013, de fecha 02 de octubre de 2009 acompañado a la demanda, así como la del de canje por Bo. Sub.Ob.Conv.Popular V.11-15 de fecha 17 de mayo de 2012 también acompañado al presente, con indemnización a su mandante de los daños y perjuicios causados.

3.- En cualquiera de los dos casos anteriores, con expresa imposición en costas a la entidad demandada.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la parte demandada por término de veinte días para contestar a la demanda, presentando el/la procurador/a Sr/a. Suarez Quiñones Fernández en nombre y representación de BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., escrito de contestación. Citadas las partes para la celebración de la Audiencia Previa, comparecieron las personadas con sus procuradores y asistidos de sus Letrados, manifestando que subsiste el litigio y solicitando el recibimiento del pleito a prueba. Admitidas las pruebas propuesta, se practicaron en el acto de la vista del juicio con el resultado obrante en autos, y, previas las alegaciones efectuadas por los Letrado de ambas partes, quedaron los autos conclusos para sentencia.

TERCERO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales correspondientes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la demanda rectora de los presentes autos el actor alega que ha sido durante años cliente de Banco Popular, es una persona sin estudios universitarios ni formación financiera dedicado al comercio de la harina, y que en 2008 formalizo un depósito a plazo fijo por 420.000€ al tiempo que concertó una póliza de crédito en un valor de 400.000€ y al vencimiento de la primera en 2009 se le ofertó un producto de similar seguridad y mejor rendimiento a cuatro años que se ofrecía a los mejores clientes, siendo así suscribió BO POPULAR CAPITAL CONV V 2013 y antes del vencimiento se le oferto cambiarlo por BO SUB OB COV POPULAR v11-15, pero llegado el vencimiento le dice que se ha convertido en acciones por 12.135,04 € y posteriormente el 31/12/2015 se comunica una pérdida del 83% de lo invertido.

Ejercita acción de declaración de nulidad de los contratos con restitución las prestaciones o subsidiariamente la resolución.

Frente a tal reclamación la demandada se opone alegando que los trípticos o folletos explicativos en las dos ocasiones fueron entregados al actor, añade que la actuación en 2012 accediendo a la adquisición mediante canje supone una

confirmación del posible error inicial, que durante toda la vigencia del contrato, seis años, pues venció en noviembre de 2015, en ningún momento se instó la resolución contractual, que es un empresario que ejerce de director financiero de la compañía, ha participado junto con su esposa en diferentes fondos de inversión, en concreto y en Banco Popular participaron del fondo "Ev Europa Protección" por 50.000€, en 2010 compraron 3.500 acciones de la entidad, y en otra serie de fondos a través de Bestinvver por importe de un millón y medio de euros, respecto a la naturaleza de producto alega que no es necesariamente de alto riesgo, que durante su vigencia puede deshacerse de él, no son ilíquidos, existe un mercado secundario en el que cotizan, que tenía unas interesantes condiciones remuneratorias, en concreto un 7%, por las que el actor percibió 135.000€, que la entidad cumplió con las exigencias en la contratación, se firmó el contrato de depósito y administración de valores, por lo que no se puede exigir a la demandada una responsabilidad en materia de asesoramiento, y jamás se presentó el producto como garantizado, incluso el empujado intento disuadirle de la operación o aconsejarle en su caso reducir el capital invertido, teniendo el actor un pleno y cabal conocimiento del producto.

SEGUNDO.- Respecto a la condición y perfil del actor el régimen jurídico resultante de la Ley del Mercado de Valores y de la normativa reglamentaria que la desarrolla, interpretadas a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva 1993/22/CEE de la que son desarrollo, impone a las empresas que actúan en el mercado de valores, y en concreto a las que prestan servicios de gestión discrecional de carteras de inversión, la obligación de recabar información a sus clientes sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión, y la de suministrar con la debida diligencia a los clientes cuyas carteras de inversión gestionan una información clara y transparente, completa, concreta y de fácil comprensión para los mismos, que evite su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Deben observar criterios de conducta basados en la imparcialidad, la buena fe, la diligencia, el orden, la prudencia y, en definitiva, cuidar de los intereses de los clientes como si fuesen propios, dedicando a cada cliente el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos, respondiendo de este modo a la confianza que el inversor deposita en el profesional en un campo tan complejo como es el de la inversión en valores mobiliarios.

Y la sentencia del Pleno del TS de 20 de enero de 2014 razona que debe considerarse al cliente como minorista por exclusión, cuando no se acredita ser inversor experto o cualificado, al encuadrarse en la definición siguiente: "Al

propio tiempo debe señalarse que los artículos 38 y 39 del RD 1.310/2.005 distinguen entre tres clases de inversores en valores negociables: el inversor o cliente minorista, el inversor iniciado o experto y el inversor cualificado, siendo calificado el minorista por exclusión, pues lo es quien no es ni experto, ni cualificado, siendo dicho minorista merecedor de una mejor protección jurídica que la procurada por el principio de auto tutela, previo acceso a una información reglada sobre el emisor y los valores que rige el mercado primario, pues la simple disposición de la información reglada y su registro en la Comisión Nacional del Mercado de Valores no desactiva la responsabilidad del emisor y demás sujetos intervinientes, ya que ello no produce el efecto de capacitar a todo inversor para considerar la naturaleza y riesgos, ni para evaluar la situación financiera actual y previsible del emisor".

Sentado lo anterior, respecto del perfil de [REDACTED], la propia demandada la califica de minorista en el «contrato básico para la prestación de servicios de inversión a clientes minoristas» de 14 de diciembre de 2007 (folio 374 y siguientes). Aun así, los productos que se relacionan en la contestación como contratados por este de profesión empresario en el ramo de Harina, eran fondos de inversión o acciones, productos que nada tienen que ver con un producto complejo como estos derivados, y se trata de operaciones de 2010 por tanto posteriores a la que es objeto de litigio.

Por otra parte, su condición de administrador, gerente o director financiero de una empresa familiar que nada tiene que ver con el sector financiero o bursátil, sino que es una empresa dedicada al ramo de la harina. Como declara el TS S 15 de septiembre de 2015, la actuación en el mercado de valores exige un conocimiento experto, que no lo da la actuación empresarial en otros campos. El hecho de tener un patrimonio considerable, en este caso de más de un millón de euros o que los clientes hubieran realizado algunas inversiones previas no los convierte tampoco en clientes expertos, puesto que no se ha probado que en esos casos se diera a los demandantes una información adecuada para contratar el producto con conocimiento y asunción de los riesgos de una inversión compleja y sin garantías.

A ello se suma la falta de actuación en la calificación y elaboración de los test oportuno y que por tanto pese a ser empresario el actor es acreedor de la especial protección establecida en la normativa, sorprendiendo enormemente que la demandada trate de eludir estas obligaciones mediante la aportación de un documento (nº 8) de advertencia e información por falta de cumplimiento el test y evaluación que aparece fechado el 26 de noviembre de 2013, (posterior a la contratación) lo que se articula como práctica de la entidad para intentar salvar o sanar sus incumplimientos.

TERCERO.- Respecto a la naturaleza del producto declara la S AP León de 12 de Enero de 2017 citando al del TS de 17 de junio de 2016 ; "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".

Respecto al error en el consentimiento vinculado a la información proporcionada por la entidad bancaria. La entidad demandada afirma, que el actor es un inversor avezado habiendo contratado diversos fondos de inversión y acciones por valor de más de un millón y medio de euros, que el empleado del banco le facilitó toda la información y se le entregaron los folletos o trípticos informativos además que incluso se intentó persuadirle de la inversión, alegación esta última que

no deja de ser sorprendente al tratarse de un producto emitido por el propio banco que ha de presumirse ha sido ofertado por el mismo, siendo evidente que 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 la Sala Primera del TS en las sentencias núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, entre otras. No es posible entonces trasladar la carga de la prueba al actor.

Para valorar si la entidad demandada prestó la información necesaria es preciso concretar la normativa aplicable., el art. 79 bis LMV y el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, destacan la importancia del 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. Además no es suficiente para excluir la existencia de un error esencial con que el cliente sea consciente de que está contratando un producto que, al consistir en una inversión, implica un alto nivel de riesgo, aunque ignore los detalles del mismo, y en este sentido se pronuncia la Sentencia del TS de 10 de septiembre de 2014Jurisprudencia Ponente: RAFAEL SARAZA JIMENA) que argumenta al respecto: "No queda constancia de los concretos conocimientos de la Sra. Estibaliz , ni de que tuviera la condición de inversora profesional, ni en qué consistía su experiencia previa, ni que la misma le hubiera reportado un conocimiento de todos los riesgos que asumían los demandantes en la contratación de los productos".

Las sentencias del TS núm. 460/2014, de 10 de septiembre declara:" No cumple este requisito la información que se encuentra en el propio contrato de inversión ni es suficiente prueba la declaración del empleado de la entidad que comercializó el producto. Tampoco 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 porque les fueron ofrecidos por empleados del Banco Popular. Existe asesoramiento cuando la iniciativa parte de la empresa de inversión que ofrece el producto a sus clientes y recomienda su adquisición. En este caso no consta que se proporcionara esa información y la que aparece en la orden de compra no es adecuada ni tampoco explicaba la naturaleza de los bonos y los riesgos que se asumían en función de la fecha de conversión."

En este caso sorprende que el empelado que testifico Sr. , refleja una actuación contraria a las anteriores exigencias, con total desconocimiento de la formación y perfil del cliente, admitiendo no realizar los test exigibles, admite no informar sobre la situación financiera de la entidad, ni que la inversión pasaría a ser activo de la misma como tampoco se le informó de las previsiones de cotizaciones las acciones, remitiéndose proactivamente a la entrega del folleto o tríptico informativo.

Sobre esta cuestión, citamos nuevamente la Sentencia del TS de 17 de junio de 2016Jurisprudencia citada STS 17/06/2016 que en una inversión en Bonos convertibles del Banco Popular dice literalmente: "... 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".

Este caso de inversión en un producto idéntico debe obtener la misma respuesta. El incumplimiento por la demandada del estándar de información sobre las características de la inversión que ofrecía a sus clientes, y en concreto sobre las circunstancias determinantes del riesgo, comporta que el error del 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.

Por tanto debe concluirse que concurre error invalidante.

CUARTO.- Respecto a la confirmación, que pueda suponer o no el canje de 2012 es evidente que no puede mantenerse que mediante la novación ha tenido lugar la confirmación de la cláusula nula, pues la confirmación del contrato sólo es posible respecto de aquellos contratos que reúnan los requisitos expresados en el art. 1.261 CC como así se dispone en el art. 1.310 CC y, por tanto, la misma sólo opera respecto a negocios jurídicos cuyo vicio no impide la existencia, lo que no es el caso.

Es oportuno recoger aquí la doctrina que se relata en la S AP León de 27 de octubre de 2016 citando la de 27 de junio de 2016 al afirmar: "La jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentencias de 22 de diciembre de 2009 y 17 de junio de 2010, en relación con los artículos 1274 y 1275 del Código Civil sobre la causa de los contratos, y la doctrina de la continuada influencia de la causa en el contrato, fija el principio de propagación de la ineficacia contractual o extensión de los efectos de la ineficacia contractual a otros actos o contratos que guardan relación con el inválido. Por tanto, no se produce una confirmación del contrato inicial por el canje de las obligaciones por bonos convertibles en acciones, pues la finalidad de la inversora al suscribirlo era solamente minimizar las pérdidas. El Tribunal Supremo en la citada sentencia de 17 de junio de 2010 mantiene, en una situación muy similar a la presente, que los contratos están causalmente vinculados en virtud del nexo funcional, dado que sin las pérdidas del primero no se hubiera celebrado el segundo, que tenía por finalidad tratar de paliarlas o conjugarlas. Por ello, debe mantenerse que existe una ineficacia en cadena o propagada, de tal modo que la ineficacia del contrato de origen que es presupuesto acarrea la nulidad del contrato dependiente que es consecuencia suya."

Y en el caso de autos en el canje se dan incluso las mismas circunstancias de la contratación inicial, una oferta de la entidad, sin información de riesgo ni posibilidad de conocerlo pues se sigue informando en la orden del mismo valor nominal de 420.000€, y que decir de la final conversión en acciones respecto a la que el actor no disponía de facultad de acción y venía lastrado por las actuaciones anteriores.

QUINTO.- Las consecuencias de la nulidad es la restitución de las respectivas prestaciones, de las cosas que hubieren sido materia del contrato con sus frutos y el precio con sus intereses, conforme a lo dispuesto en el artículo 1303 del Código Civil.

Como consecuencia de lo anterior, las entidad demandada deberá proceder a la restitución del capital invertido de 420.000 euros más su intereses, conforme a la previsión del artículo 1303 del CC, que, a falta de previsión legal, no puede ser otro que el interés legal del dinero desde que se

hicieron las inversiones hasta el día que definitivamente restituye el importe entonces pagado.

El demandante reintegrara a la demandada las acciones, los beneficios, dividendos u otros frutos cobrados durante la vigencia del contrato, que se determinarán en ejecución de sentencia partiendo de la liquidación efectuada por la demandada y no contradicha que fija los rendimientos hasta noviembre de 2015 en 133.718,15€ incrementados en el interés legal desde su percepción.

SEXTO.- En cuanto a las costas, de conformidad con el art 394 LEC procede imponerlas a la parte demandada.

F A L L O

Que **estimando íntegramente** la demanda, interpuesta por la Procuradora Sra. De Prado Sarabia en nombre y representación de [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] contra la entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A., debo declarar y declaro la NULIDAD, de los contratos:

1º La Orden de Valores, de 2 de Octubre de 2009, Código de, Clase y denominación del valor: BO. POPULAR CAPITAL CONV. V. 2013, por importe de 420.000€.

2º Canje, de 17 de mayo de 2012 por el que se adquirió el producto BO.SUB.OB.COMMNV.POPULAR V.11-15ISIN ES 0313790059, por importe de 50.000€.

3º Con las consecuencias inherentes a estas declaraciones, esto es, debiendo restituirse las partes las prestaciones recíprocas recibidas en cumplimiento de dichos contratos, que incluyen el reintegro por la demandada BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. a la actor de los 420.000€ más los intereses legales calculados sobre ese importe, devengados a partir de la fecha de ejecución de la Orden cuya nulidad se declara, hasta su total reintegro, con devolución por el actor a la demandada BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. de los intereses o rendimientos percibidos, (133.718,15€ hasta noviembre de 2015) más los intereses legales que éstos a su vez hubieran producido, con las compensaciones a que hubiere lugar, y la entrega de los títulos obtenidos como resultado del Canje.

4. Con expresa imposición a la parte demandada de las costas causadas en este procedimiento.

Dedúzcase testimonio de la presente resolución que se unirá a las actuaciones archivándose el original en el libro correspondiente

MODO DE IMPUGNACIÓN: recurso de apelación, que se interpondrá ante el Tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente de la notificación de aquélla.

Dicho recurso carecerá de efectos suspensivos, sin que en ningún caso proceda actuar en sentido contrario a lo resuelto (artículo 456.2 L.E.C.).

Conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.

El depósito deberá constituirlo ingresando la citada cantidad en el SANTANDER en la cuenta de este expediente 0837 0000 indicando, en el campo "concepto" la indicación "Recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir, tras la cuenta referida, separados por un espacio la indicación "recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación"

En el caso de que deba realizar otros pagos en la misma cuenta, deberá verificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando, en este caso, en el campo observaciones la fecha de la resolución recurrida con el formato DD/MM/AAAA.

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

EL/LA MAGISTRADO/JUEZ,