



Sección 1a Civil de la Audiencia Provincial de Girona (UPSD AP Civil Sec.1)

Plaza Josep Maria Lidón Corbí, 1 - Girona - C.P.: 17001

TEL.: 972942368
FAX: 972942373
EMAIL:aps1.girona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 1702342120168139253

Recurso de apelación 104/2018 -1

Materia: Apelación civil

Órgano de origen:Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Blanes
Procedimiento de origen:Procedimiento ordinario 494/2016

Parte recurrente/Solicitante:

Parte recurrida: TARGOBANK, SA

Procuradora: MARIA

Procurador/a: '

Abogado/a: RAMIR C. BASCOMPTE DALMAU

Abogado/a:

SENTENCIA Nº 173/2018

Magistrados:

- Fernando Ferrero Hidalgo
- Carles Cruz Moratones
- Nuria Lefort Ruiz de Aguiar

Girona, 7 de mayo de 2018

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 5 de febrero de 2018 se han recibido los autos de Procedimiento ordinario 494/2016 remitidos por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Blanes a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora ' en nombre y representación de contra la sentencia de fecha 24/05/2017 y en el que consta como parte apelada la Procuradora en nombre y representación de





TARGOBANK, SA.

Segundo. El contenido del fallo de la Sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso es el siguiente:

"FALLO

Que DESESTIMANDO la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales _____, en nombre y representación de _____ contra TargoBank SA, debo ABSOLVER y ABSUELVO a ésta de los pedimentos de la demanda.

Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad."

Tercero. El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para este tipo de recursos.

Se señaló fecha para la celebración de la deliberación, votación y fallo, que ha tenido lugar el día 02/05/2018.

Cuarto. En la tramitación de este procedimiento se han observado las normas procesales esenciales aplicables al caso.

Se designó ponente al **Magistrado Fernando Ferrero Hidalgo.**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpuso recurso de apelación por DÑA. _____ contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Blanes, en la que se desestimó la demanda interpuesta por dicha parte contra TARCOBANK, S.A. y en la que se ejercitaba la acción de anulabilidad por error en el consentimiento del contrato suscrito en día 2 de octubre del 2.009, en virtud del cual los demandantes adquirirían de la





demandada "Bonos subordinados necesariamente canjeables en acciones del Banco Popular, S.A. CON.V.2013", por importe de 15.000 euros, a razón de 1.000 euros cada bono y del contrato de fecha 10 de mayo del 2.012, en virtud del cual realizaron una suscripción de "Bonos subordinados obligatoriamente convertibles en acciones V.11-15", mediante canje de los anteriores

SEGUNDO.- Sobre la caducidad de la acción.

La sentencia desestimó la demanda, al apreciar la caducidad de la acción, al fijar la fecha de consumación del contrato y conocimiento de los riesgos del producto en el momento en que se adquirieron los bonos convertibles necesariamente en acciones, octubre del 2.009 o, en su caso, al ser convertidos en nuevo bonos en mayo del 2.012.

Ante todo resulta necesario traer a colación, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero del 2015 en la que se estableció la siguiente doctrina:

Al interpretar hoy el art. 1301 del Código Civil 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 », tal como establece el art. 3 del Código Civil.

La redacción original del artículo 1301 del Código Civil, que data del año 1881, solo fue modificada en 1975 para suprimir la referencia a los «contratos hechos por mujer casada, sin licencia o autorización competente», quedando inalterado el resto del precepto, y, en concreto, la consumación del contrato como momento inicial del plazo de ejercicio de la acción.

La diferencia de complejidad entre las relaciones contractuales en las que a finales del siglo XIX podía producirse con más facilidad el error en el





consentimiento, y los contratos bancarios, financieros y de inversión actuales, es considerable. Por ello, en casos como el que es objeto del recurso no puede interpretarse la "consumación del contrato" como si de un negocio jurídico simple se tratara. En la fecha en que el art. 1301 del Código Civil 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. Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (art. 4:113).

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, 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.

Por lo tanto, la interpretación que debe darse a dicha doctrina debe ser una interpretación finalista y no literal, por ello, desde luego, no puede fijarse





Codi Segur de Verificació: 2FU8QNTMAE0QURMWDVRS5APA0B5U1W8B

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

Data i hora: 17/05/2018 05:00

Signat per Ferrero Hidalgo, Fernando; Cruz Moratones, Carles; Lefort Ruiz de Aguiar, Nuria;

el plazo para el inicio del plazo de caducidad en el momento en que se adquirieron los bonos, pero tampoco en un canje de unos bonos por otros, pues lo que el Tribunal Supremo exige es que a través de algún evento o de varios pueda deducirse que el cliente tuvo conocimiento del error en el que había incurrido, no bastando simplemente con la concurrencia de un hecho. Y así por ejemplo, en el auto de 4 de abril del 2016 se indica que deberá estarse al conocimiento real de aquello que había firmado, de sus características y riesgos, que podrá coincidir o no con un canje. Debe señalarse que la mayoría de las sentencias que se han sido dictadas sobre el canje de instrumentos híbridos, especialmente, participaciones preferentes y deudas subordinadas, fija como momento del inicio del cómputo de la caducidad el canje de dichos productos, porque intervino primero el FROB, que de forma obligatoria y por aplicación de la legislación dictada en el momento en que se convirtieron las participaciones preferentes en acciones y posteriormente se adquirieron por el Fondo de Garantías de Depósitos, pero, por un precio inferior al valor por el que se compraron, en cuyo momento se ha entendido que el inversor conoció el perjuicio sufrido.

En el presente caso, desde luego, ni en el año 2.009 se había consumado el contrato, ni la demandante y su esposo conocía debidamente los riesgos del producto que compraba. Ciertamente es que según manifestó su hijo en la declaración testifical les dijo que el riesgo que había era que los bonos al convertirse en acciones perdieran valor, pero como veremos, y según se razona por el Tribunal Supremo en la sentencia que citaremos posteriormente, el riesgo real no se encontraba en ello, sino en los mecanismos de conversión, que ninguno de los testigos fue capaz de explicar, con lo cual, si no lo sabían mal podían informar a los clientes.

Por otro lado, en el año 2012, cuando se canjean unos bonos por otros, ni interviene un órgano administrativo, ni se convierten los bonos en acciones, ni existe pérdida efectiva de valor. El Banco Popular emite en el año 2012 bonos subordinado obligatoriamente convertibles II/2012, en cuya emisión y según se desprende del resumen explicativo de las condiciones de su emisión,





que esta Sala conoce por otros litigios y por las diversas sentencias que se han ido dictado, pues en este procedimiento no se han aportado, se emite para la recompra de los bonos subordinados I/2009, y se indica que el valor de mercado se encuentra por encima del valor de estos, aunque por debajo del valor nominal desembolsado, aunque al momento efectivo de su conversión el valor nominal es idéntico. Es decir, aunque como reconoce la propia demandante que el empleado del banco, así como su hijo, les manifestó que los bonos que poseía habían perdido su valor, se les ofrece un nuevo producto con un valor de mercado superior, pero a su vez indicando en el documento de conversión que el valor nominal es el mismo y con lo previsión de que en un futuro las acciones del Banco aumentaría, con lo cual podría recuperar el valor nominal perdido. Lo lógico hubiera sido que se hubiera informado debidamente a los titulares de los bonos cual era el valor real de los bonos del año 2.009 y el valor de los bonos del año 2.012 y no realizar puras estimaciones de una forma genérica y sin resaltarse debidamente. Y, además, el inversor, en atención a los motivos por los que se emiten los nuevos bonos, podría pensar que se efectúa para darles mayor valor y liquidez, por lo que hemos dicho, de que se le informa de que se emite a la espera de que la acción aumente de valor.

Por lo tanto, no puede apreciarse a la vista de los términos en los que se emite la nueva emisión de bonos y el canje que se hizo por el mismo valor nominal, que el inversor minorista tuviera un conocimiento real de aquello que había firmado en su momento, de sus características y riesgos, y que en el momento de su canje habían perdido de forma efectiva y real parte de su valor, pues con la propia actuación del Banco de canjear unos bonos por otros se estaba dando la impresión de que con ello se estaba solventando la pérdida de valor.

En definitiva, en cuanto a la fijación como fecha de inicio del cómputo del día inicial de la caducidad la del primer contrato de suscripción de fecha 2 de octubre del 2.009, no consta que se les informa debidamente a la demandante y su esposo de las características del producto, ni siquiera consta la entrega del resumen explicativo de las condiciones de la emisión. El





demandado no contesto la demanda por lo que no aportó ni una prueba documental de la información facilitada. Ni tampoco el 10 de mayo del 2.012, que, con la forma de proceder de la demandada, se creó la creencia errónea de que con la suscripción de los nuevos bonos se daría mayor liquidez y valor a los bonos anteriores. Y no es hasta el año 2.015 cuando realmente se conoce la pérdida relevante del valor de la inversión.

TERCERO.- Sobre la naturaleza de los bonos convertibles necesariamente en acciones y sobre las obligaciones de información que deben darse a los inversores minoristas.

Los bonos necesariamente convertibles son activos de inversión que se convierte 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.

Estos bonos a su vencimiento producen en el inversor la recepción de un número prefijado de acciones, a un precio determinado, por lo que carece de la protección frente a bajadas del precio de la acción. Es decir 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, en todo o en parte a la bajada de la acción.

El bono convertible pasa por dos etapas fundamentales:

La primera, desde el inicio hasta la fecha de la conversión, suele otorgar un interés fijo al inversor, generalmente alto, que lo hace muy atractivo al inversor minorista, pues los beneficios de un depósito a plazo fijo son muy inferiores.

La segunda, consiste en la conversión del bono en acciones del banco. Esta conversión es obligatoria en una fecha determinada y puede ser voluntaria en fechas anteriores que también son determinadas. El inversor al ser





accionista del banco pasa a convertirse en inversor de renta variable, con el peligro de perder todo o parte de su inversión, incluso en el momento de la conversión y los beneficios que le produce cada acción, dependerá de si se reparte o no beneficios. Con lo cual, como veremos, no sólo se trata de un producto financiero complejo, sino también de alto riesgo

Estos productos deben ser calificados como productos o instrumentos financieros complejos dado que no existe la posibilidad frecuente de venta, reembolso u otro tipo de liquidación de dicho instrumento financiero a precios públicamente disponibles para los miembros en el mercado y que sean precios de mercado o precios ofrecidos, o validados, por sistemas de evaluación independientes del emisor; pueden implicar pérdidas reales o potenciales para el cliente que exceden del coste de adquisición del instrumento; y no existe a disposición del público información suficiente y comprensible sobre sus características (artículo 79 bis 8ª de la Ley de Mercado de Valores, en la fecha de suscripción).

Ante la complejidad del producto y el riesgo que genera para el inversor de conformidad con la legislación del Mercado de Valores, 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, normalmente muy alto, en un futuro, se convierte en accionista del banco, pudiendo perder total o parcialmente la inversión, incluso, aunque no la pierda, puede ya no obtener dividendos pues depende de las decisiones de los accionistas el reparto de beneficios. Si no se informa adecuadamente al inversor, el atractivo de un rendimiento alto en una primera fase puede originar en el consumidor un error relevante, al no apercibirse debidamente de los riesgos que le puede generar cuando se transforman en acciones de la sociedad.

Tras la normativa europea MIFID, incorporada al ordenamiento español en el año 2008, con la reforma de la 47/2007 de 19 de diciembre de la





Ley de Mercado de Valores, en los artículos 78 y siguientes se establecían una serie de normas de conducta para las sociedades de inversión en atención al carácter profesional o minorista del inversor, siendo claro que los compradores de los bonos objeto de discusión eran, además, de inversores minoristas, consumidores, y la naturaleza del producto, que, como hemos visto, lo era de alto riesgo y complejo.

Aunque los bancos y otras entidades que prestan servicios de inversión son sociedades que lógicamente actúan con la finalidad de obtener beneficios económicos para su reparto entre los accionistas, el artículo 79 de la LMV es claro cuando establece que *las entidades que presten servicios de inversión deberán comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios, y, en particular, observando las normas establecidas en este capítulo y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo. Y tal obligación se desarrolla en el artículo 79 bis que se titula de "las obligaciones de información" y que viene a precisar el comportamiento concreto de actuación de la entidad que presta servicios de inversión.*

Tal precepto establece ante todo y en su apartado 5 que *Las entidades que presten servicios de inversión deberán asegurarse en todo momento de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes, con arreglo a lo que establecen los apartados siguientes. Añadiéndose en los apartados 6 y 7 que cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, la entidad obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate; sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquel, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan. Cuando la entidad no obtenga esta información, no recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente. En el caso de clientes profesionales la entidad no tendrá que obtener información*





sobre los conocimientos y experiencia del cliente.

Cuando se presten servicios distintos de los previstos en el apartado anterior, la empresa de servicios de inversión deberá solicitar al cliente, incluido en su caso los clientes potenciales, que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente. Cuando, en base a esa información, la entidad considere que el producto o el servicio de inversión no sea adecuado para el cliente, se lo advertirá. Asimismo, cuando el cliente no proporcione la información indicada en este apartado o ésta sea insuficiente, la entidad le advertirá de que dicha decisión le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él. Las advertencias previstas en este apartado se podrán realizar en un formato normalizado.

Como vemos el legislador exige de la entidad que presta el servicio de gestión de cartera o de inversión un test de conveniencia o de idoneidad del cliente con relación a los productos que el cliente quiere contratar o la entidad le ofrece.

El test de conveniencia o idoneidad que debe realizar el operador financiero tienen como finalidad conocer plenamente las características del cliente y las operaciones crediticias que tiene, y a partir de ello, en atención a las relaciones jurídicas que mantenga con él, bien le informará de todos los productos existentes y de acuerdo con dicho test la entidad le debe ofrecer aquel producto que más se ajuste a la naturaleza del cliente y a los intereses de éste, sin que ello tenga porque suponer sólo beneficios para el mismo, pues es claro que en todo producto el banco obtiene sus beneficios, sino que es obligación de este y a la vista de la características del cliente ofrecerle el producto que más se ajuste a sus intereses y no a los intereses del banco; o bien, informarle de que el producto sobre el cual el cliente quiere invertir, no es ajustado a sus interés.





Además del test de conveniencia o de idoneidad que debe realizar la entidad de prestación de servicios de inversión, dependiendo de cada caso, debe informar al cliente minorista sobre el concreto producto financiero que se le solicita o se le ofrece. Dice el precepto citado que *2. Toda información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario, deberá ser imparcial, clara y no engañosa. Las comunicaciones publicitarias deberán ser identificables con claridad como tales.*

3. A los clientes, incluidos los clientes potenciales, se les proporcionará, de manera comprensible, información adecuada sobre la entidad y los servicios que presta; sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión; sobre los centros de ejecución de órdenes y sobre los gastos y costes asociados de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa. A tales efectos se considerará cliente potencial a aquella persona que haya tenido un contacto directo con la entidad para la prestación de un servicio de inversión, a iniciativa de cualquiera de las partes. La información a la que se refiere el párrafo anterior podrá facilitarse en un formato normalizado. La información referente a los instrumentos financieros y a las estrategias de inversión deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias.

CUARTO.- Sobre la obligación de información que debe facilitarse respecto a los bonos necesariamente convertibles en acciones. STS de 17 de junio del 2.016.

Sobre los bonos convertibles necesariamente en acciones se ha pronunciado al respecto el Tribunal Supremo en su sentencia del pleno de 17 de junio del 2.016, que respecto al deber de información indica lo siguiente:

SÉPTIMO.- 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.

6.- En su virtud, al no apreciarse que la sentencia recurrida haya infringido los mencionados preceptos, o que no se haya atendido a la jurisprudencia expuesta, este último motivo de casación ha de ser igualmente desestimado.





Codi Segur de Verificació: 2FUBQMTTMAEQURMWDWRF5FAPAOB5U1W8B

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

Data i hora: 17/05/2018 05:00

Signat per Ferrero Hidalgo. Fermador: Cruz Moratones. Carles: Lefort Ruiz de Aguiar. Nuria:

A la vista del razonamiento del Tribunal supremo, el "quid de la información no está, ni en el hecho de que los bonos son convertibles necesariamente en acciones, ni en lo que pueda suceder a partir del canje, sino en lo que puede suceder antes y en el momento del canje, esto es, al inversor le debe quedar 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 o incluso nulo, por lo tanto, la información que debe darse debe estar centrada en las condiciones de la conversión en acciones, pues es dicho momento donde se genera el principal riesgo para el inversor, sin que la entrega de un mero tróptico resumen del producto en el que se haga referencia a la fecha de valoración de las acciones sea suficiente para tener por cumplida la obligación de información sobre el riesgo de pérdidas, que ni siquiera en el presente litigio se acredita haber sido entregado.

QUINTO.- Sobre la información facilitada a los demandantes.

En cuanto a la información facilitada documentalmente, lo único que consta es la orden de suscripción de valores en la cual no consta información alguna. Ciertamente es que en la misma consta que se hace entrega del tróptico de la emisión, pero no consta la firma justo en dicha estipulación, sino al final de documento, pero, aunque fuera cierto que se entregó efectivamente el tróptico, como hemos visto, el Tribunal Supremo lo considera insuficiente. Y de acuerdo con lo que ya hemos dicho en resoluciones anteriores (sentencias de 24 de enero y 20 de febrero del 2018) *"si se analizan los mismos, cierto es que se indica una serie de riesgos, puede apreciarse que se convertirán en acciones a su vencimiento, pero sin caracteres tipográficos resaltados -en absoluto puede considerarse que estuvieran los riesgos resaltados, a diferencia de como se hace en el recurso ... y cuando se indica el procedimiento de conversión, que es lo más relevante, según indica el Tribunal Supremo, resulta difícil de comprender, pues en el tróptico emitido respecto de los bonos del 2.009 se indica, por un lado, que el banco emitirá obligaciones subordinadas que se canjearan por los bonos y, por otro lado, al referirse al canje por acciones y seguido de lo anterior comienza con un título confuso como es "Relación de*





Conversión de las Obligaciones en Acciones” y como se hace dicha conversión resulta poco comprensible. Y en similares términos de confusión y falta de claridad para un inversor minorista, estimamos el redactado del tríptico relativo a los bonos del 2.012.

Por otro lado, la firma es del 2 de octubre del 2.009 la misma fecha en que se suscribieron los bonos, con lo cual y ante la complejidad del producto, es difícil que pudieran entender los riesgos que conllevaban los mismos. La información debe ser previa y en un momento anterior y suficiente para valorar la trascendencia y complejidad del producto. Todo se firmó el mismo día, incluso la renuncia al test de conveniencia, salvo la recepción de un ejemplar completo del información sobre los instrumento financieros ofrecidos por el Popular que también lleva impresa la misma fecha, pero a mano consta otra fecha muy posterior, la de 26 de agosto del 2.013, hecho incomprensible que hace dudar de la veracidad de que todos los referidos documentos fueran firmados el 2 de octubre del 2.009”.

Es cierto que la ausencia de información no necesariamente debe conllevar la apreciación del error, pues como reiteradamente está diciendo el Tribunal Supremo respecto de productos bancarios complejos, sólo se presume el error, pudiendo demostrarse el conocimiento que el cliente tenía del producto que contrataba. Pero no basta con tener más o menos conocimientos sobre productos financieros o tener algún producto de inversión, salvo que se demuestre que su conocimiento es alto, bien por la cantidad de productos que posee, bien por la profesión que se ejerce (nada de ello se da en el presente caso), o bien, podría haber ocurrido en el presente caso, por haber sido informados minuciosamente por el hijo, que era empleado del Banco Popular cuando comercializó estos bonos con sus padres. Pero oída su declaración, así como el resto de testigos, se aprecia que ni siquiera los empleados habían recibido formación suficiente de la naturaleza y riesgos de estos productos. Ninguno fue capaz, a las preguntas del abogado, de explicar cómo se convertían los bonos en acciones. Cierto es que sabían, porque así lo manifestó su hijo, que se convertirían en acciones y que en ese momento existía el riesgo de





perder el capital, pero añadió que era un riesgo muy lejano porque el Banco era solvente y la acción siempre había tenido un valor importante. Pero, como se ha dicho, no bastaba con conocer ese riesgo, como ya se ha razonado y nada más consta sobre la información dada, por lo dicho, porque ni siquiera los empleados del Banco la conocían.

Por lo tanto, no cabe más que revocar la sentencia y estimar íntegramente la demanda.

SEXTO.- Por todo lo dicho, procede estimar parcialmente el recurso interpuesto y de acuerdo con el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no procede pronunciamiento sobre las costas de esta alzada.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación

FALLAMOS

Que **debemos estimar** el recurso de apelación formulado por la representación procesal de _____ contra la sentencia dictada por el JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 1 DE BLANES, en los autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO Nº 494/2016, con fecha 24/05/2017.

Debemos REVOCAR la misma y debemos ESTIMAR SUSTANCIALMENTE la demanda interpuesta por DÑA.

_____ contra TARGOBANK, S.A. y debemos declarar la nulidad por error en el consentimiento del contrato suscrito en día 2 de octubre del 2.009, en virtud del cual la demandante, junto con D.

de la que es heredera, adquirieron del BANO POPULAR ESPAÑOL, S.A. "Bonos subordinados necesariamente canjeables en acciones del Banco Popular, S.A. CON.V.2013", por importe de 15.000 euros, a razón de 1.000 euros cada bono y del contrato de fecha 10 de mayo del 2.012, en virtud del cual realizaron una suscripción de "Bonos subordinados obligatoriamente convertibles en acciones





V.11-15", mediante canje de los anteriores.

Como consecuencia de la nulidad TARGOBANK, S.A. devolverá a la Sra. [redacted] la cantidad de 15.000,00 euros, más los intereses legales desde el día 2 de octubre del 2.009 hasta el momento en que se entregue tal cantidad y la Sra. [redacted] devolverá a la demandada las acciones a las que se convirtieron tales bonos, más los intereses o cupones netos cobrados y los intereses legales desde las fechas que se percibieron. Se imponen las costas de primera instancia a la demandada.

No procede pronunciamiento sobre las costas de esta alzada.

Devuélvase el depósito constituido para recurrir.

De acuerdo con lo dispuesto en la disposición final decimosexta y transitoria tercera de la LEC 1/2000, contra esta sentencia cabe recurso de casación ante el Tribunal Supremo si concurre la causa prevista en el apartado tercero del número 2 del artículo 477 y también podrá interponerse recurso extraordinario por infracción procesal previsto en los artículos 468 y siguientes ante el mismo Tribunal, si concurre alguno de los motivos previstos para esta clase de recurso y se interpone conjuntamente con el recurso de casación.

Lo acordamos y firmamos.

Los Magistrados: D. Fernando Ferrero Hidalgo, D. Carles Cruz Moratones y Dña. Nuria Lefort Ruiz de Aguiar.

