



# JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN

Nº 2 de BLANES

JUICIO ORDINARIO 326/2016

SENTENCIA núm. 48 / 2016

En Blanes, a 1 de junio de 2017

Vistos por Don José Sánchez Ruiz, Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de de esta ciudad, los presentes autos de juicio ordinario, registrados con el número 326/2016, promovidos por

representados por la Procuradora de los Tribunales, Doña [redacted] y asistidos del Letrado, Don Ramir Bescompte Dalmau contra TARGOBANK, S.A., representada por la Procuradora de los Tribunales, Doña [redacted] y asistida por la Letrada, Doña [redacted], en sustitución de su compañero, Don [redacted], pronuncio la presente resolución en atención a los siguientes,

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por la parte actora se interpuso demanda de juicio ordinario, en fecha 2 de junio de 2016 contra Targobank en la que tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación terminaba suplicando se dictara sentencia por la que se declarase la nulidad de la “orden Valores”, de fecha 2 de octubre de 2009, 50 “Bo. Popular Capital V. 2013” y la nulidad de la “orden valores”, de fecha 11 de mayo de 2012, canje de los 50 “Bo. popular capital conv. V.2013” por 50 “Bo. Sub. Ob.Conv. Popular V-11-15”. Como consecuencia de lo anterior, se condene a Targobank, S.A. a devolver a los actores la cantidad inicialmente invertida en la adquisición de estos bonos convertibles, 50. 000 euros, menos la indemnización de 5,20 euros, los intereses o cupones netos cobrados por los actores, y ello condenándose a Targobank al





abono de los intereses legales desde el día 2 de octubre de 2009 más la imposición de costas.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda mediante Decreto de la Sra. Letrada de la Administración de Justicia, de fecha 27 de junio de 2017 se acordó emplazar a la parte demandada para su contestación. En fecha 12 de septiembre de 2016, tuvo entrada en ese juzgado escrito de contestación. Por diligencia de ordenación de fecha 13 de septiembre de 2016 se tuvo por contestada la demanda y se citó a las partes a la Audiencia Previa para 8 de noviembre de 2016, que se celebró en la fecha señalada. En la Audiencia Previa se señaló para el acto de juicio el día 5 de abril de 2017, lo que tuvo lugar en la fecha señalada, practicándose la prueba admitida, quedando finalmente conclusos los autos para sentencia.

**TERCERO.-** En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales, a excepción del plazo para dictar sentencia dado el alto volumen de asuntos de este Juzgado.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se ejercita por la referida parte actora demanda de juicio ordinario en ejercicio de acción de nulidad del contrato por error en el consentimiento, violación de normas imperativas del ordenamiento jurídico de la orden de compra de un total de “orden Valores”, de fecha 2 de octubre de 2009, 50 “Bo. Popular Capital V. 2013” y la nulidad de la “orden valores”, de fecha 11 de mayo de 2012, canje de los 50 “Bo. popular capital conv. V.2013” por 50 “Bo. Sub. Ob.Conv. Popular V-11-15”, por importe de 50. 000 euros, con las consecuencias previstas en el artículo 1303 CC. Y ello, en base a los siguientes hechos:

1.-Los demandantes,

, de 61 y 53 años de edad, con un nivel de estudios básicos y con nulos conocimientos en materia de inversión, 2.- En fecha 2 de octubre de 2009, por consejo y asesoramiento del personal de la sucursal de 0961-43, de Banco Popular Español, S.A., accedieron a la contratación de 50 bonos “BO. POPULAR CAPITAL CONV. V. 2013” por importe de 1.000 euros cada uno, total, invirtieron 50.000 euros.





- 2.- los actores están calificados como minoristas.
- 3.- Con fecha 11 de mayo de 2012, los demandantes aceptaron la oferta de suscripción del canje de los bonos adquiridos en el año 2009 por los "BO. SUB. CONV. POPULAR V.11-15".
- 4.- En fecha 14 de diciembre de 2015, por los 50 bonos recibieron 2.839 acciones y por la fracción percibieron 5,20 euros.
- 5.-Que no se les informó correctamente ni de la naturaleza del producto ni del riesgo elevado y complejidad de la inversión.
- 6.- Prestaron su consentimiento de forma viciada, esto es, se produjo un error en el consentimiento motivado por una información engañosa e insuficiente en todo caso.

La representación de la demandada contestó la demanda planteando la caducidad de la acción y oponiéndose a la misma.

**SEGUNDO.-** En relación a la caducidad alegada por la demandada, dispone el artículo 1301 CC que la acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr: (...) En los (casos) de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato". Con independencia de que el plazo establecido en el citado precepto sea de caducidad o de prescripción, cuestión sobre la que la jurisprudencia ha sido vacilante, deberá rechazarse la excepción, puesto que en el supuesto de autos tal plazo no ha transcurrido, si nos atenemos a la interpretación jurisprudencial del precepto.

La Sentencia del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, de 12 de enero de 2015, citada en la de 7 de julio y 19 de septiembre de 2015 del mismo Tribunal, contiene, entre otros, los siguientes razonamientos: *"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 respecto de los contratos de tracto sucesivo, declara la citada sentencia núm. 569/2003 : "Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó que «el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo», y la sentencia de 20 de febrero de 1928 dijo que «la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó»".

Y añade la Sentencia del Tribunal Supremo citada de 2015: "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. "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". La remisión por el banco al cliente de





*informes mensuales con la referencia al valor fluctuante del bono (precio de referencia al que el emisor estaría dispuesto a recomprar el bono) no altera el día inicial de la caducidad que hemos de tener por cierto. En primer lugar porque el banco reconoce en su escrito a la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 19 de noviembre de 2012 (documento 14 de los de la demanda) que ese dato no se incluyó en los extractos mensuales hasta diciembre de 2008. De otra parte, porque no se han aportado al proceso extractos en los que se reflejase tal dato fluctuante y solo se cuenta al respecto con la comunicación de enero de 2008, con el valor nominal de 240.000 euros (documento 9 de los de la demanda), de forma que no podemos valorar hasta qué punto era forzoso que el receptor del comunicado comprendiese el significado de tal información y hasta qué punto era predicable que el mismo estuviese en condiciones de relacionar la información con una eventual pérdida del capital invertido, llegado el momento de la liquidación final de la inversión".*

Lo determinante para considerar si se concurre o no la misma es concretar el momento en el que la parte actora tuvo conocimiento del error sobre las características del producto que aduce como base de su acción de nulidad.

A mi juicio, no es el 11 de mayo de 2012, fecha en que los demandantes aceptaron la oferta de suscripción del canje de los bonos adquiridos en el año 2009 por los "BO. SUB. CONV. POPULAR V.11-15", el momento en el que los actores tienen el verdadero conocimiento del producto contratado y los riesgos derivados de éste.

Es el 14 de diciembre de 2015 cuando mediante la "notificación de operación financiera" -doc. 5- por la que se les entrega las 2.839 acciones, que cotizaban a 2,80 euros la acción, y por la que recuperan 7.954 euros cuando los actores tienen un verdadero conocimiento del producto contratado que les haría perder casi 40.000 euros. Por ello, cuando se interpone la demanda, en fecha 2 de junio de 2016, no había transcurrido el plazo de 4 años que recoge el artículo 1301 CC, lo que supone que la acción de nulidad contractual no habría caducado el momento de interposición de la demanda.

**TERCERO.-** Entrando en fondo y en relación a la complejidad de las obligaciones necesariamente convertibles en acciones, a la STS, sección 1ª, del 17 de junio de 2016 resuelve un caso idéntico al aquí enjuiciado, así en su FJ 4º,



recoge 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. 7º 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 cumplen 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".*

*En definitiva, los bonos necesariamente convertibles en acciones son un producto complejo en atención a sus características especiales en la forma de canje, ecuación de conversión y obligación de canje anticipada para el adquirente.*

En el supuesto enjuiciado nos encontramos con que el demandante debe ser considerado como cliente minorista porque no reúne ninguna de las condiciones señaladas en el artículo 78 bis de la LMV para considerarle profesional con experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos.

En efecto, Don [redacted], regenta un negocio de hostelería y Doña [redacted] z [redacted], es auxiliar de enfermería en un hospital geriátrico. El hecho de que D. [redacted] haya contratado otro tipo de productos financieros no significa que sea experto en mercados financieros. El propio Sr. [redacted] declaró que era cliente desde el año 2002, que contrataba en su nombre y en el de su esposa, tenía un negocio e iba a por cheques. Le asesoraba el director. Antes llegó a tener acciones pero nunca bonos. Añadió que no sabía que contrataba bonos, creía que era un plazo fijo. No cree que le entregasen ningún tipo de folletos. En definitiva, creía que contrataba un plazo fijo y, de haber sabido que podía perder su dinero no lo habría contratado. El testigo Sr. [redacted], empleado de Banco Popular, refiere que él comercializó los bonos del Sr. [redacted] que éste regentaba un chiringuito en la playa, no sabe si tenía formación en mercados





financieros. Añadió que tenía una relación de confianza con la entidad, siendo éste minorista.

Estas declaraciones son insuficientes para entender que Don era un cliente experto financiero.

Es cierto que el Sr. : había contratado diversos productos de inversión, pero no consta ninguno de la naturaleza, complejidad y riesgos similares a los que son objeto de este procedimiento.

De cuanto antecede, se deduce razonablemente, que, de no haber mediado el asesoramiento personalizado del empleado de Banco Popular, el Sr.

no se hubiese interesado por un producto tan complejo como son las obligaciones necesariamente convertibles en acciones.

Estamos, por tanto, ante un contrato de asesoramiento.

**CUARTO.-** En cuanto a la información que debe ser facilitada al cliente, la entidad bancaria estaba obligada a comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios, (artículo 79 LMV).

El artículo 79 bis LMV enumera las obligaciones de información:

1. Las entidades que presten servicios de inversión deberán mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes.
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. La Comisión Nacional del Mercado de Valores podrá requerir que en la información que se entregue a los inversores con carácter previo a la adquisición de un producto, se incluyan cuantas advertencias estime necesarias relativas al instrumento financiero y, en particular, aquéllas que destaquen que se trata de un producto no adecuado para inversores no profesionales debido a su complejidad. Igualmente, podrá requerir que estas advertencias se incluyan en los elementos publicitarios.

En el caso de valores distintos de acciones emitidos por una entidad de crédito, la información que se entregue a los inversores deberá incluir información adicional para destacar al inversor las diferencias de estos productos y los depósitos bancarios ordinarios en términos de rentabilidad, riesgo y liquidez. El Ministro de Economía y Competitividad o, con su habilitación expresa la Comisión Nacional del Mercado de Valores, podrán precisar los términos de la citada información adicional.

4. El cliente deberá recibir de la entidad informes adecuados sobre el servicio prestado. Cuando proceda dichos informes incluirán los costes de las operaciones y servicios realizados por cuenta del cliente.

5. 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.

6. 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; y 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. La entidad proporcionará al cliente por escrito o mediante otro soporte duradero una descripción de cómo se ajusta la recomendación realizada a las características y objetivos del inversor.

7. 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. La entidad entregará una copia al cliente del documento que recoja la evaluación realizada.

Cuando, en base a esa información, la entidad considere que el producto o el servicio de inversión no es adecuado para el cliente, se lo advertirá. Asimismo, cuando el cliente no proporcione la información indicada en este apartado o esta 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.

En caso de que el servicio de inversión se preste en relación con un instrumento complejo según lo establecido en el apartado siguiente, se exigirá que el documento contractual incluya, junco a la firma del cliente, una expresión manuscrita, en los términos que determine la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la que el inversor manifieste que ha sido advertido de que el producto no le resulta conveniente o de que no ha sido posible evaluarle en los términos de este artículo.

En los términos que determine la Comisión Nacional del Mercado de Valores, las entidades que presten servicios de inversión deberán mantener, en todo momento, un registro actualizado de clientes y productos no adecuados en el que reflejen, para cada cliente, los productos cuya conveniencia haya sido evaluada con resultado negativo." La citada anteriormente STS, sección 1ª, del 17 de junio de 2016, en su FJ expone: *"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."*

**QUINTO.-** En relación al error como vicio del consentimiento, el artículo 1266 CC exige que recaiga 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.

La jurisprudencia viene señalando de forma constante y reiterada que no sólo ha de ser esencial, sino también inexcusable, requisito este último que debe ser apreciado en atención a las circunstancias del caso y que se erige en una medida de protección para la otra parte contratante en cuanto pudiera ser perjudicial para sus intereses negociables una alegación posterior de haber sufrido error que lógicamente escapaba a sus previsiones por apartarse de los parámetros normales de precaución y diligencia en la conclusión de los negocios, pero que en absoluto puede beneficiar a quien lo ha provocado conscientemente en la otra





parte ( STS 13-2-2007 ). El error es inexcusable cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular, y, de acuerdo con los postulados del principio de la buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, pues la función básica de ese requisito es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida por la declaración. A la hora de apreciar la excusabilidad del error, la jurisprudencia utiliza el criterio de la imputabilidad a quien lo invoca y el de la diligencia que le era exigible, en la idea de que 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 que la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta, las condiciones de las personas, y así, es exigible mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto, y por el contrario la diligencia exigible es menor cuando se trata de persona inexperta que entra en negociaciones con un experto, siendo preciso, por último, para apreciar esa diligencia exigible, valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta o no, aunque no haya incurrido en dolo o culpa.

**SEXTO.-** No se ha aportado en este caso por la demandada prueba que refleje la información adecuada y suficiente al cliente sobre las características y el riesgo del producto contratado. La falta de acreditación de que se ha suministrado una información adecuada, precisa y suficiente permite inferir que el inversor no ha podido formarse una idea precisa de los riesgos reales del producto financiero en el que se disponía a invertir, de tal manera que cuando se alega la existencia de error en la contratación del producto financiero, ha de ser la entidad financiera la que acredite que suministró la completa, precisa, adecuada e individualizada información, con la entrega documental correspondiente y la realización de los test preceptivos, que la legislación impone, a fin de desvirtuar la existencia de ese error que el inversor alega.

En el presente caso la entidad demandada no hizo el preceptivo test de idoneidad. En este sentido la STS, de 20 enero 2014 declaró "*...En un caso como el presente, en que el servicio prestado fue de asesoramiento financiero, el*





*deber que pesaba sobre la entidad financiera no se limitaba a cerciorarse de que el cliente minorista conocía bien en qué consistía el swap que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía.*

*En caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación, en atención a los intereses del cliente minorista que contrata el swap, como si al hacerlo tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo. La omisión del test que debía recoger esta valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento 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 del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero si permite presumirlo".* Pues bien, la entidad demandada no ha aportado ninguna prueba de la que pudiera desprenderse que los actores tuviesen los conocimientos suficientes como para poder entender los riesgos del producto que contrataban. El propio Sr. Rodríguez declaró que estaba contratando un plazo fijo que no le haría perder su dinero-

El test de información sobre la naturaleza y riesgos de los bonos subordinados -documento N° 3- está sin firmar. El tríptico de las condiciones de emisión de los bonos subordinados tampoco consta firmado por los actores -doc. 4 contestación-. Por tanto, debe concluirse que no fue entregado al actor. En relación al tríptico debe decirse que ni el Sr. Fonollosa ni el Sr. Pujol, fueron capaces de explicar la fórmula por la que los 50.000 euros se convirtieron en 7.954 euros, es por lo que, aunque se hubiera entregado la información por escrito, que no ha quedado acreditado, difícilmente se hubiera podido transmitir una información a los actores por parte del personal del banco, sin que éstos conociesen las características del producto.

Asimismo, los términos en que aparece redactada las órdenes de contratación, (documento nº 3 y 4 de la demanda) son insuficientes para obtener un conocimiento cabal de lo que verdaderamente constituyen su objeto.

A este documento, no se les puede dar el valor probatorio que pretende la entidad bancaria, pues se trata de menciones predispuestas por la entidad





bancaria que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento que se revelan como fórmulas predisuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos.

En este sentido se pronuncia la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo, de 12 de enero de 2015, en su FJ sexto recoge: *"La normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si para cumplir con estas exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predisuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarara haber sido informado adecuadamente. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2014, dictada en el asunto C-449/13, en relación a la Directiva del Crédito al Consumo, pero con argumentos cuya razón jurídica los hace aplicable a estos supuestos, rechaza que una cláusula tipo de esa clase pueda significar el reconocimiento por el consumidor del pleno y debido cumplimiento de las obligaciones precontractuales a cargo del prestamista-profesional"*.

Es claro que el banco ofreció un producto que no era adecuado al perfil de riesgo del cliente. Además, no se cumplió el deber informativo que exigía la legislación vigente y aplicable al caso, no consta que se le hubiese proporcionado al Sr. Rodríguez la documentación e información necesaria para conocer el verdadero contenido y alcance de la operación que concertaba, y de los riesgos concretos que tenía el producto financiero que suscribió, lo que implica que prestó el consentimiento viciado por un error invencible, que determina la nulidad de la compraventa de Bonos Subordinados suscritos mediante orden de compra "orden Valores", de fecha 2 de octubre de 2009, 50 "Bo. Popular Capital V. 2013" y canje de fecha 11 de mayo de 2012, de los bonos adquiridos en el año 2009 por los "BO. SUB. CONV. POPULAR V.11-15", de conformidad con lo establecido en el artículo 1261 CC.

De la misma forma, el hecho de que el Sr. canjease los bonos convertibles el 11 de mayo de 2012, por la evidente pérdida de la emisión del 2009, no puede ser óbice para apreciar el error, ni el que pudiera haber obtenido rendimientos, y ello, a tener de lo que recoge, entre otras, la STS 9 de diciembre de 2015, en su FJ Octavo, *"Esta Sala ha declarado que, como regla general, ni la percepción de liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato, ni la tardanza en reclamar,*





*ni incluso el encadenamiento de diversos contratos [...], pueden ser considerados actos convalidantes del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento, ya que los mismos no constituyen actos inequívocos de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato. No se produce una contradicción con los actos propios que infrinja el art. 7.1 del Código Civil porque estos actos no tienen carácter inequívoco, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación, confirmando el negocio concertado por error".*

Resulta relevante que no se ofreció al actor alternativa posible par el canje de las Bonos. Por ello, no cabe sostener que la aceptación de este segundo negocio fuera una manifestación de voluntad válida ni mucho menos que convalidase la ineficacia de la compra inicial, pues se llevó a cabo a instancia de la entidad demandada, donde el canje era la única posibilidad de eludir o reducir las pérdidas sufridas por el actor a causa de un producto financiero cuya adquisición se había realizado sin el suficiente conocimiento y voluntad.

**SÉPTIMO.-**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 50.000 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 se restituya 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, incrementados en el interés legal desde su percepción.

**OCTAVO.-** En cuanto a las costas, de conformidad con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede imponerlas a la parte demandada.

Vistos los artículos citados, concordantes y los demás de general aplicación,

## FALLO





Que **ESTIMANDO** la demanda formulada a instancia de la Procuradora de los Tribunales, Doña \_\_\_\_\_ en representación de \_\_\_\_\_,

contra la entidad TARGOBANK, S.A. y, en consecuencia, **DEBO DECLARAR Y DECLARO** la nulidad de la orden de valores, de 2 de octubre de 2009, de compra de bonos convertibles, por existencia de error sobre el objeto que vicia el consentimiento y el contrato de canje, de 11 de mayo de 2012 y, en consecuencia, la entidad demandada deberá proceder a la restitución del capital invertido de 50.000 euros, más el interés legal del dinero desde que se hicieron las inversiones hasta el día que definitivamente restituye el importe entonces pagado. El actor procederá a la devolución de las acciones y de los beneficios, dividendos u otros frutos cobrados durante la vigencia del contrato, que se determinarán en ejecución de sentencia, incrementados en el interés legal desde su percepción, con imposición de costas a la parte de demandada.

Notifíquese esta sentencia a las partes en legal forma haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de apelación que deberá interponerse en el plazo de veinte días a contar desde el día siguiente a su notificación.

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

**PUBLICACIÓN.** Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Juez que la dictó, hallándose celebrando Audiencia Pública. Doy fe.





# JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN

Nº 2 de BLANES

JUICIO ORDINARIO 440/2016

## SENTENCIA núm. 49 / 2017

En Blanes, a 5 de junio de 2017

Vistos por Don José Sánchez Ruiz, Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de de esta ciudad, los presentes autos de juicio ordinario, registrados con el número 440/2016, promovidos por DON  
representados por la Procuradora de los Tribunales,  
Doña . . . y asistidos del Letrado, Don Ramir Bescompte  
Dalmau contra TARGOBANK, S.A., representada por la Procuradora de los  
Tribunales, Doña . . . y asistida por la Letrada,  
Doña . . . , pronuncio la presente resolución en atención a los  
siguientes,

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por la parte actora se interpuso demanda de juicio ordinario, en fecha 29 de julio de 2016 contra Targobank en la que tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación terminaba suplicando se dictara sentencia por la que se declarase la nulidad de la “orden Valores”, de fecha 2 de octubre de 2009, 50 “Bo. Popular Capital V. 2013” y la nulidad de la “orden valores”, de fecha 9 de mayo de 2012, canje de los 50 “Bo. popular capital conv. V.2013” por 50 “Bo. Sub. Ob.Conv. Popular V-11-15”. Como consecuencia de lo anterior, se condene a Targobank, S.A. a devolver al actor la cantidad inicialmente invertida en la adquisición de estos bonos convertibles,





6.000 euros, menos la indemnización de 12,59 euros, los intereses o cupones netos cobrados por los actores, y ello condenándose a Targobank al abono de los intereses legales desde el día 2 de octubre de 2009 más la imposición de costas.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda mediante Decreto de la Sra. Letrada de la Administración de Justicia, de fecha 5 de septiembre de 2017 se acordó emplazar a la parte demandada para su contestación. En fecha 13 de octubre de 2016, tuvo entrada en ese juzgado escrito de contestación. Por diligencia de ordenación de fecha 17 de octubre de 2016 se tuvo por contestada la demanda y se citó a las partes a la Audiencia Previa para 30 de noviembre de 2016, que se celebró en la fecha señalada. En la Audiencia Previa se señaló para el acto de juicio el día 23 de mayo de 2017, lo que tuvo lugar en la fecha señalada, practicándose la prueba admitida, quedando finalmente conclusos los autos para sentencia.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se ejercita por la referida parte actora demanda de juicio ordinario en ejercicio de acción de nulidad del contrato por error en el consentimiento, violación de normas imperativas del ordenamiento jurídico de la orden de compra de un total de “orden Valores”, de fecha 2 de octubre de 2009, “Bo. Popular Capital V. 2013” y la nulidad de la “orden valores”, de fecha 9 de mayo de 2012, canje de “Bo. popular capital conv. V.2013” por 50 “Bo. Sub. Ob.Conv. Popular V-11-15”, por importe de 50. 000 euros, con las consecuencias previstas en el artículo 1303 CC. Y ello, en base a los siguientes hechos:





1.-El actor DON [redacted], de 29 años de edad, con un nivel de estudios básicos y con nulos conocimientos en materia de inversión, 2.- En fecha 2 de octubre de 2009, a través de su padre y por consejo y asesoramiento del personal de la sucursal de 0961-43, de Banco Popular Español, S.A., accedió a la contratación de 6 bonos “BO. POPULAR CAPITAL CONV. V. 2013” por importe de 1.000 euros cada uno, total, invirtió 6.000 euros.

2.- El actor está calificado como minorista.

3.- Con fecha 9 de mayo de 2012, el actor aceptó la oferta de suscripción del canje de los bonos adquiridos en el año 2009 por los “BO. SUB. CONV. POPULAR V.11-15”.

4.- En fecha 14 de diciembre de 2015, por los 6 bonos recibió 340 acciones y por la fracción percibió 12,59 euros.

5.-Que no se les informó correctamente ni de la naturaleza del producto ni del riesgo elevado y complejidad de la inversión.

6.- Prestó su consentimiento de forma viciada, esto es, se produjo un error en el consentimiento motivado por una información engañosa e insuficiente en todo caso.

La representación de la demandada contestó la demanda planteando la caducidad de la acción y oponiéndose a la misma.

**SEGUNDO.-** En relación a la caducidad alegada por la demandada, dispone el artículo 1301 CC que la acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo





empezará a correr: (...) En los (casos) de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato". Con independencia de que el plazo establecido en el citado precepto sea de caducidad o de prescripción, cuestión sobre la que la jurisprudencia ha sido vacilante, deberá rechazarse la excepción, puesto que en el supuesto de autos tal plazo no ha transcurrido, si nos atenemos a la interpretación jurisprudencial del precepto.

La Sentencia del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, de 12 de enero de 2015, citada en la de 7 de julio y 19 de septiembre de 2015 del mismo Tribunal, contiene, entre otros, los siguientes razonamientos: *"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 respecto de los contratos de tracto sucesivo, declara la citada sentencia núm. 569/2003 : "Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó que «el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo», y la sentencia de 20 de febrero de 1928 dijo que «la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó»".*

Y añade la Sentencia del Tribunal Supremo citada de 2015: *"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 empezarse 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. "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". La remisión por el banco al cliente de informes mensuales con la referencia al valor fluctuante del bono (precio de referencia al que el emisor estaría dispuesto a recomprar el bono) no altera el día inicial de la caducidad que hemos de tener por cierto. En primer lugar porque el banco reconoce en su escrito a la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 19 de noviembre de 2012 (documento 14 de los de la demanda) que ese dato no se incluyó en los extractos mensuales hasta diciembre de 2008. De otra parte, porque no se han aportado al proceso extractos en los que se reflejase tal dato fluctuante y solo se cuenta al respecto con la comunicación de enero de 2008, con el valor nominal de 240.000 euros (documento 9 de los de la demanda), de forma que no podemos valorar hasta qué punto era forzoso que el receptor del comunicado comprendiese el significado de tal información y hasta qué punto era predicable que el mismo estuviese en condiciones de relacionar la información con una eventual pérdida del capital invertido, llegado el momento de la liquidación final de la inversión".*





Lo determinante para considerar si se concurre o no la misma es concretar el momento en el que la parte actora tuvo conocimiento del error sobre las características del producto que aduce como base de su acción de nulidad.

A mi juicio, no es el 9 de mayo de 2012, fecha en que el actor aceptó la oferta de suscripción del canje de los bonos adquiridos en el año 2009 por los “BO. SUB. CONV. POPULAR V.11-15”, el momento en el que el SR. Rodríguez tiene el verdadero conocimiento del producto contratado y los riesgos derivados de éste.

Es el 14 de diciembre de 2015 cuando mediante la “notificación de operación financiera” -doc. 5- por la que se le entrega las 340 acciones, que cotizaban a 2,80 euros la acción. Por ello, cuando se interpone la demanda, en fecha 29 de julio de 2016, no había transcurrido el plazo de 4 años que recoge el artículo 1301 CC, lo que supone que la acción de nulidad contractual no habría caducado el momento de interposición de la demanda.

**TERCERO.-** Entrando en fondo y en relación a la complejidad de las obligaciones necesariamente convertibles en acciones, a la STS, sección 1ª, del 17 de junio de 2016 resuelve un caso idéntico al aquí enjuiciado, así en su FJ 4º, recoge 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. 7º 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".*

En definitiva, los bonos necesariamente convertibles en acciones son un producto complejo en atención a sus características especiales en la forma de canje, ecuación de conversión y obligación de canje anticipada para el adquirente.

En el supuesto enjuiciado nos encontramos con que el demandante debe ser considerado como cliente minorista porque no reúne ninguna de las condiciones señaladas en el artículo 78 bis de la LMV para considerarle profesional con experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos.

En efecto, Don \_\_\_\_\_, trabaja en el negocio familiar de hostelería. El actor contrató a instancias de su padre, por tanto, no tenía ningún conocimiento relativo a los mercados financieros. El testigo Sr. \_\_\_\_\_ empleado de Banco Popular, refiere que él comercializó los bonos del Sr. \_\_\_\_\_ a instancias de su padre.

Estas declaraciones acreditan que Don \_\_\_\_\_ tenía nulos conocimientos de productos financieros.

Es cierto que el Sr. \_\_\_\_\_ había contratado diversos productos de inversión, pero no consta ninguno de la naturaleza, complejidad y riesgos similares a los que son objeto en este procedimiento. El asesoramiento por parte de la entidad financiera se produjo a través del padre del actor.





**CUARTO.-** En cuanto a la información que debe ser facilitada al cliente, la entidad bancaria estaba obligada a comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios, (artículo 79 LMV).

El artículo 79 bis LMV enumera las obligaciones de información:

1. Las entidades que presten servicios de inversión deberán mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes.
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. La Comisión Nacional del Mercado de Valores podrá requerir que en la información que se entregue a los inversores con carácter previo a la adquisición de un producto, se incluyan cuantas advertencias estime necesarias relativas al instrumento financiero y, en particular, aquéllas que destaquen que se trata de un producto no adecuado para inversores no profesionales debido a su complejidad. Igualmente, podrá requerir que estas advertencias se incluyan en los elementos publicitarios.

En el caso de valores distintos de acciones emitidos por una entidad de crédito, la información que se entregue a los inversores deberá incluir información adicional para destacar al inversor las diferencias de estos productos y los depósitos bancarios ordinarios en términos de rentabilidad, riesgo y liquidez. El Ministro de Economía y Competitividad o, con su habilitación expresa la Comisión Nacional del Mercado de Valores, podrán precisar los términos de la citada información adicional.

4. El cliente deberá recibir de la entidad informes adecuados sobre el servicio prestado. Cuando proceda dichos informes incluirán los costes de las operaciones y servicios realizados por cuenta del cliente.

5. 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.

6. 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; y 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. La entidad proporcionará al cliente por escrito o mediante otro soporte duradero una descripción de cómo se ajusta la recomendación realizada a las características y objetivos del inversor.

7. 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. La entidad entregará una copia al cliente del documento que recoja la evaluación realizada.

Cuando, en base a esa información, la entidad considere que el producto o el servicio de inversión no es adecuado para el cliente, se lo advertirá. Asimismo, cuando el cliente no proporcione la información indicada en este apartado o esta 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.

En caso de que el servicio de inversión se preste en relación con un instrumento complejo según lo establecido en el apartado siguiente, se exigirá que el documento contractual incluya, junco a la firma del cliente, una expresión manuscrita, en los términos que determine la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la que el inversor manifieste que ha sido advertido de que el producto no le resulta conveniente o de que no ha sido posible evaluarle en los términos de este artículo.

En los términos que determine la Comisión Nacional del Mercado de Valores, las entidades que presten servicios de inversión deberán mantener, en todo momento, un registro actualizado de clientes y productos no adecuados en el que reflejen, para cada cliente, los productos cuya conveniencia haya sido evaluada con resultado negativo." La citada anteriormente STS, sección 1ª, del 17 de



junio de 2016, en su FJ expone: "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."*

**QUINTO.-** En relación al error como vicio del consentimiento, el artículo 1266 CC exige que recaiga 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.





La jurisprudencia viene señalando de forma constante y reiterada que no sólo ha de ser esencial, sino también inexcusable, requisito este último que debe ser apreciado en atención a las circunstancias del caso y que se erige en una medida de protección para la otra parte contratante en cuanto pudiera ser perjudicial para sus intereses negociables una alegación posterior de haber sufrido error que lógicamente escapaba a sus previsiones por apartarse de los parámetros normales de precaución y diligencia en la conclusión de los negocios, pero que en absoluto puede beneficiar a quien lo ha provocado conscientemente en la otra parte ( STS 13-2-2007 ). El error es inexcusable cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular, y, de acuerdo con los postulados del principio de la buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, pues la función básica de ese requisito es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida por la declaración. A la hora de apreciar la excusabilidad del error, la jurisprudencia utiliza el criterio de la imputabilidad a quien lo invoca y el de la diligencia que le era exigible, en la idea de que 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 que la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta, las condiciones de las personas, y así, es exigible mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto, y por el contrario la diligencia exigible es menor cuando se trata de persona inexperta que entra en negociaciones con un experto, siendo preciso, por último, para apreciar esa diligencia exigible, valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta o no, aunque no haya incurrido en dolo o culpa.

**SEXTO.-** No se ha aportado en este caso por la demandada prueba que refleje la información adecuada y suficiente al cliente sobre las características y el riesgo del producto contratado. La falta de acreditación de que se ha suministrado una información adecuada, precisa y suficiente permite inferir que el inversor no ha podido formarse una idea precisa de los riesgos reales del producto financiero en el que se disponía a invertir, de tal manera que cuando se alega la existencia de error en la contratación del producto financiero, ha de ser la entidad financiera la





que acredite que suministró la completa, precisa, adecuada e individualizada información, con la entrega documental correspondiente y la realización de los test preceptivos, que la legislación impone, a fin de desvirtuar la existencia de ese error que el inversor alega.

En el presente caso la entidad demandada no hizo el preceptivo test de idoneidad. En este sentido la STS, de 20 enero 2014 declaró "*...En un caso como el presente, en que el servicio prestado fue de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad financiera no se limitaba a cerciorarse de que el cliente minorista conocía bien en qué consistía el swap que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía.*

*En caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación, en atención a los intereses del cliente minorista que contrata el swap, como si al hacerlo tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo. La omisión del test que debía recoger esta valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento 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 del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero si permite presumirlo".* Pues bien, la entidad demandada no ha aportado ninguna prueba de la que pudiera desprenderse que el actor tuviese los conocimientos suficientes como para poder entender los riesgos del producto que contrataban.

El test de idoneidad -documento N° 9 de la contestación- está sin firmar. El tríptico de las condiciones de emisión de los bonos subordinados tampoco consta firmado por el actor -doc. 8 de la contestación-. Por tanto, debe concluirse que no fue entregado al actor. En relación al tríptico debe decirse que ni el Sr. \_\_\_\_\_ ni el Sr. \_\_\_\_\_, fueron capaces de explicar la fórmula por la que los 6.000 euros se convirtieron en las 340 acciones, es por lo que, aunque se





hubiera entregado la información por escrito, que no ha quedado acreditado, difícilmente se hubiera podido transmitir una información al Sr. por parte del personal del banco, sin que aquel conociese las características del producto.

Asimismo, los términos en que aparece redactada las órdenes de contratación, (documento nº 3 y 4 de la demanda) son insuficientes para obtener un conocimiento cabal de lo que verdaderamente constituyen su objeto.

A este documento, no se le puede dar el valor probatorio que pretende la entidad bancaria, pues se trata de menciones predisuestas por la entidad bancaria que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento que se revelan como fórmulas predisuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos.

En este sentido se pronuncia la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo, de 12 de enero de 2015, en su FJ sexto recoge: *"La normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si para cumplir con estas exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predisuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarara haber sido informado adecuadamente. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2014, dictada en el asunto C-449/13, en relación a la Directiva del Crédito al Consumo, pero con argumentos cuya razón jurídica los hace aplicable a estos supuestos, rechaza que una cláusula tipo de esa clase pueda significar el reconocimiento por el consumidor del pleno y debido cumplimiento de las obligaciones precontractuales a cargo del prestamista-profesional"*.

Es claro que el banco ofreció un producto que no era adecuado al perfil de riesgo del cliente, al que no conocían dado que todo se hizo a través de su padre. Además, no se cumplió el deber informativo que exigía la legislación vigente y aplicable al caso, no consta que se le hubiese proporcionado al Sr. la documentación e información necesaria para conocer el verdadero





contenido y alcance de la operación que concertaba, y de los riesgos concretos que tenía el producto financiero que suscribió, lo que implica que prestó el consentimiento viciado por un error invencible, que determina la nulidad de la compraventa de Bonos Subordinados suscritos mediante orden de compra “orden Valores”, de fecha 2 de octubre de 2009, “Bo. Popular Capital V. 2013” y canje de fecha 9 de mayo de 2012, de los bonos adquiridos en el año 2009 por los “BO. SUB. CONV. POPULAR V.11-15”, de conformidad con lo establecido en el artículo 1261 CC.

De la misma forma, el hecho de que el Sr. \_\_\_\_\_ canjease los bonos convertibles el 9 de mayo de 2012, por la evidente pérdida de la emisión del 2009, no puede ser óbice para apreciar el error, ni el que pudiera haber obtenido rendimientos, y ello, a tener de lo que recoge, entre otras, la STS 9 de diciembre de 2015, en su FJ Octavo, *“Esta Sala ha declarado que, como regla general, ni la percepción de liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato, ni la tardanza en reclamar, ni incluso el encadenamiento de diversos contratos [...], pueden ser considerados actos convalidantes del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento, ya que los mismos no constituyen actos inequívocos de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato. No se produce una contradicción con los actos propios que infrinja el art. 7.1 del Código Civil porque estos actos no tienen carácter inequívoco, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación, confirmando el negocio concertado por error”*.

Resulta relevante que no se ofreció al actor alternativa posible par el canje de las Bonos. Por ello, no cabe sostener que la aceptación de este segundo negocio fuera una manifestación de voluntad válida ni mucho menos que convalidase la ineficacia de la compra inicial, pues se llevó a cabo a instancia de la entidad demandada, donde el canje era la única posibilidad de eludir o reducir las pérdidas sufridas por el actor a causa de un producto financiero cuya adquisición se había realizado sin el suficiente conocimiento y voluntad.





**SÉPTIMO.-**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 6.000 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 se restituya 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, incrementados en el interés legal desde su percepción.

**OCTAVO.-** En cuanto a las costas, de conformidad con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede imponerlas a la parte demandada.

Vistos los artículos citados, concordantes y los demás de general aplicación,

## FALLO

Que **ESTIMANDO** la demanda formulada a instancia de la Procuradora de los Tribunales, Doña Dolors Soler Riera en representación de **DON** \_\_\_\_\_, contra la entidad **TARGOBANK, S.A.** y, en consecuencia, **DEBO DECLARAR Y DECLARO** la nulidad de la orden de valores, de 2 de octubre de 2009, de compra de bonos convertibles, por existencia de error sobre el objeto que vicia el consentimiento y el contrato de canje, de 9 de mayo de 2012 y, en consecuencia, la entidad demandada deberá





proceder a la restitución del capital invertido de 6.000 euros, más el interés legal del dinero desde que se hicieron las inversiones hasta el día que definitivamente restituye el importe entonces pagado. El actor procederá a la devolución de las acciones y de los beneficios, dividendos u otros frutos cobrados durante la vigencia del contrato, que se determinarán en ejecución de sentencia, incrementados en el interés legal desde su percepción, con imposición de costas a la parte de demandada.

Notifíquese esta sentencia a las partes en legal forma haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de apelación que deberá interponerse en el plazo de veinte días a contar desde el día siguiente a su notificación.

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

**PUBLICACIÓN.** Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Juez que la dictó, hallándose celebrando Audiencia Pública. Doy fe.





## JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN Nº 6 DE BLANES

Procedimiento: Procedimiento ordinario 433/2016

### SENTENCIA 79/2017

**JUEZ QUE LA DICTA:** PALOMA TOMÁS MANGLANO

**Lugar:** BLANES

**Fecha:** seis de junio de dos mil diecisiete.

**Demandantes.**

Letrado: D. Ramir J. Bascompte Dalmau

Procurador: D<sup>a</sup>.

**Demandado:** TARGOBANK S.A.

Letrado: D.

Procurador: D<sup>a</sup>.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. en nombre y representación de interpuso demanda de juicio ordinario frente a TARGOBANK S.A., en que solicitaba el dictado de una sentencia en que:

- Se declare la nulidad de la "orden de valores" del año 2009, de 20 "Bo. Popular Capital Conv. V. 2013" por existencia de error sobre el objeto que vicia el consentimiento.
- Se declare, en aplicación de la doctrina de la propagación de los efectos de la nulidad a los contratos conexos, la nulidad de la "orden de valores" del día 11/05/2012 de canje de los 20 "Bo. Popular Capital Conv. V. 2013" por 20 "Bo. Sub. Ob. Conv. Popular V. 11-15".
- Se condene a la entidad TARGOBANK S.A. a devolver a los demandantes la cantidad inicialmente invertida en la adquisición de estos bonos convertibles (20.000 euros), con devolución por parte de los actores a la entidad demandada de las acciones a las que fueron convertidos los referidos bonos, menos la indemnización de importe 12'64 euros, menos los intereses o cupones netos cobrados por los actores que previamente y debidamente acredite la entidad bancaria demandada.
- Se condene a la entidad TARGOBANK S.A. al abono de los intereses legales que se deriven de la totalidad del importe inicialmente invertido de 20.000 euros, desde la fecha de adquisición de los bonos convertibles.





- Expresa condena en costas de la entidad bancaria demandada TARGOBANK S.A.

**SEGUNDO.-** Mediante decreto de 1 de septiembre de 2016 se admitió a trámite la demanda presentada, dando traslado de la misma a la parte demandada para su contestación en el plazo de veinte días, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 404 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

**TERCERO.-** La Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. en nombre y representación de TARGOBANK S.A., presentó en tiempo y forma contestación a la demanda, oponiéndose íntegramente a las pretensiones de la parte actora, y solicitando se dicte sentencia rechazando las peticiones de aquélla, con expresa imposición de costas.

**CUARTO.-** Convocadas las partes a la audiencia previa al juicio en los términos previstos en el artículo 414 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y ante la imposibilidad de alcanzar un acuerdo, se procedió a la proposición de la prueba, admitiéndose:

- A la parte actora: tener por reproducida la documental obrante en autos, y más documental presentada en el acto.
- A la parte demandada: tener por reproducida la documental obrante en las actuaciones, y testifical de ..  
(todos ellos empleados de la demandada).

**QUINTO.-** Al acto del juicio, celebrado el 11 de mayo de 2017, compareció el demandante .. debidamente asistido y representado, no haciéndolo personalmente la entidad demandada, sin perjuicio de hacerlo en su defensa y representación los profesionales por ella designados. Practicada la prueba admitida, las partes formularon oralmente sus conclusiones, quedando posteriormente los autos vistos para Sentencia; todo lo cual ha quedado debidamente registrado en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La parte actora ejercitó contra la entidad demandada acción de nulidad del contrato “orden de valores” del año 2009, de 20 “Bo. Popular Capital Conv. V. 2013” por existencia de error sobre el objeto que vicia el consentimiento; solicitando se condene a la restitución recíproca de las prestaciones, conforme ha sido expuesto en el antecedente primero de la presente resolución, así como los intereses legales, y todo ello con expresa imposición de las costas causadas a la parte demandada.





Los hechos en que se funda la demanda son, sucintamente, los siguientes: los demandantes, de 65 años, con estudios básicos, dedicados al negocio familiar de hostelería, de perfil minorista, ahorradores y sin conocimientos financieros, siempre habían invertidos sus ahorros en productos financieros sin riesgo en los que el capital invertido estaba asegurado, y esporádicamente en acciones las cuales no son un producto complejo. La entidad financiera demandada vendió entre los clientes habituales de la misma en el año 2009 los bonos convertibles como método para sufragar las necesidades de capital, encontrándose fijado un precio muy alto de conversión de los bonos en acciones del Banco Popular no informando de ello a los clientes. Dichas acciones a la fecha del vencimiento del producto no alcanzaron el precio de conversión prefijado inicialmente sino que fueron perdiendo valor lo que implicó que el capital invertido se convirtió en unas acciones cuyo valor de adquisición (predeterminado) era muy superior al que realmente tenían, por lo que la pérdida estaba asegurada. La entidad no informó debidamente a los clientes ni de las características del producto, ni de los riesgos, incumpliendo las obligaciones que en materia de información impone el ordenamiento jurídico, habiéndoles ofrecido la contratación como una modalidad de depósito bancario que se convertía en acciones con muy buenas condiciones, ofreciendo liquidez inmediata, con capital asegurado y sin riesgo alguno. Por ello, en base a la relación de confianza existente y aconsejados por los empleados de la entidad, adquirieron el 2 de octubre de 2009 una partida de bonos por importe de 20.000 euros, concurriendo error esencial y excusable, que debe extenderse al posterior canje de 11 de mayo de 2012 por bonos subordinados obligatoriamente convertibles, y canje de 25 de noviembre de 2015 por acciones de Banco Popular.

La parte demandada contestó oponiéndose a las pretensiones de la actora, interesando el dictado de una sentencia desestimatoria de la pretensión de aquella.

Los hechos en que se funda la contestación son, sucintamente, los siguientes: la acción de anulabilidad ejercitada se encuentra caducada por haber transcurrido el plazo de 4 años previsto desde que los clientes canjearon los bonos subordinados contratados en el año 2009 por otros con características, vencimiento y rentabilidad distinta el 11 de mayo de 2012, momento en que los demandantes tuvieron conocimiento del error. A mayor abundamiento, los demandantes han percibido liquidaciones positivas de intereses netas por importe de 7.529'55 euros (casi un 40% de la inversión inicialmente realizada), de modo que no se ha producido ningún tipo de pérdida o perjuicio patrimonial para los actores, tratándose de una demanda interpuesta como consecuencia de la defraudación de las expectativas que tenía el cliente en el momento de la contratación y sin que resulte admisible. La relación existente entre la entidad y los demandantes era de recepción y transmisión de órdenes, no habiéndose producido ningún tipo de recomendación personalizada al cliente, el cual es quién toma la iniciativa y decide ordenar la contratación del instrumento financiero en cuestión. TARGOBANK cumplió de forma escrupulosa todos los deberes de información tanto en la fase precontractual como en la





contractual y postcontractual, realizando el test de conveniencia a la parte actora y habiéndole entregado toda la información y documentación sobre el producto adquirido, en particular el tríptico resumen del folleto de la emisión de los bonos suscritos en 2009, el test de conveniencia realizado en el momento del canje en 2012, ejemplar de “condiciones generales para la prestación de servicios de inversión” e “información sobre los instrumentos financieros ofrecidos por Targobank”, información relativa a la naturaleza de los bonos subordinados obligatoriamente convertibles y sus riesgos inherentes y tríptico resumen del folleto de emisión. En consecuencia, los demandantes conocían perfectamente la naturaleza, riesgos y condiciones del producto financiero suscrito, siendo libre su voluntad, ni errónea ni viciada, de contratar dicho producto.

**SEGUNDO.-** En primer lugar, resulta de especial importancia hacer una breve explicación de en qué consisten los bonos necesariamente convertibles, cuáles son sus características fundamentales y el régimen jurídico que les resulta aplicable.

Tal y como ha señalado el Tribunal Supremo, en su Sentencia nº 411/2016 dictada por la Sala de lo Civil el 17 de junio de 2016, “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.

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:

- h) Que sean reembolsables en cualquier momento a precios conocidos por el público;
- i) Que el inversor no pueda perder un importe superior a su coste de adquisición, es decir, a lo que invirtió inicialmente;
- j) Que exista información pública, completa y comprensible para el inversor minorista, sobre las características del producto; y
- k) 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).

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 la 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 quede claro que, a pesar de que 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".

Como ha sido expuesto, debe ser considerado como un contrato complejo en virtud de lo expuesto asimismo en la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, razón por la cual en aplicación del artículo 38 de la Directiva 2006/73/CE de la Comisión, de 10 de agosto de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de inversión, y términos definidos a efectos de dicha Directiva, es un instrumento complejo; y además, el propio contenido contractual determina su dificultad comprensiva pues si bien 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.

Además, resulta imprescindible tener en cuenta la Ley del Mercado de Valores, resultando de aplicación las prescripciones legales contenidas en ese texto legal y las normas que lo desarrollan.





Señala el Tribunal Supremo en su Sentencia nº 411/2016 de 17 de junio que: “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 material 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”.

En particular, y en relación a los bonos necesariamente convertibles en acciones, señala el Alto Tribunal en la Sentencia referida que: “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”.

Dicha nota de complejidad ha hecho que el legislador haya impuesto una **carga informativa y explicativa**, enunciada como norma de conducta, a la entidad comercializadora del producto tendente a la protección de los inversores la cual debe desplegarse con carácter previo y con las características señaladas por el propio legislador. Así la **Ley de Mercado de Valores 24/1998** de 28 de julio. Dicha Ley:

**A partir de la reforma operada por Ley 47/2007** de 19 de diciembre (en vigor desde 21 de diciembre de 2007) la cual traspone, entre otras, la Directiva 2004/39





/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004, (aplicable a contratos celebrados a partir del 21 de diciembre de 2007 aunque su Disposición Transitoria Primera -Plazo de adaptación de las entidades que presten servicios de inversión- establece que: “Las entidades que presten servicios de inversión deberán adaptar sus estatutos, programas de actividades y reglamentos internos de conducta a lo dispuesto en esta Ley y en su normativa de desarrollo en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de esta Ley” -junio 2008-).

Resultan aplicables de la citada Ley:

- l) Art 79 bis: impone a la entidad financiera la obligación de mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes.
- m) Art 79 bis 2: exige a la entidad financiera dar al cliente una información clara, imparcial y no engañosa.
- o Art 79 bis 3: la entidad financiera debe prestar a sus clientes una información adecuada 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.
- o Art 79 bis 5 y siguientes: establece el deber de la entidad de recabar información del cliente relativa a sus conocimientos y experiencia con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente y ello en el caso de instrumento complejo como el que nos ocupa y cliente no profesional sino minorista y merecedor, por ello, de especial protección.

Dicho **deber de información** se ha reforzado todavía más, sobre todo en lo que se refiere a clientes minoristas, con el RD 217/2008 de 15 de febrero (en vigor desde 17 de febrero de 2008), el cual traspone, entre otras, la Directiva 2006/73/CE de la Comisión por la que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004, sobre régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y exige:

- o Art 60: suficiencia de la información. Si la información contiene datos sobre resultados futuros su apartado 5 impone que debe basarse en supuestos razonables respaldados por datos objetivos.
- o Art 62: antelación suficiente en su práctica.
- o Art 64: descripción general de la naturaleza y riesgos de los productos financieros. La descripción debe incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherente a ese





instrumento de una manera suficientemente detallada para permitir al cliente tomar decisiones de inversión fundadas.

- o Art 72 y siguientes: regulación de la evaluación de idoneidad y de conveniencia:

#### Artículo 72. Evaluación de la idoneidad

A los efectos de lo dispuesto en el art. 79 bis. 6 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, las entidades que presten el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras deberán obtener de sus clientes, incluidos los potenciales, la información necesaria para que puedan comprender los datos esenciales de sus clientes y para que puedan disponer de una base razonable para pensar, teniendo en cuenta debidamente la naturaleza y el alcance del servicio prestado, que la transacción específica que debe recomendarse, o que debe realizarse al prestar el servicio de gestión de cartera, cumple las siguientes condiciones:

a) Responde a los objetivos de inversión del cliente en cuestión. En este sentido, se incluirá, cuando proceda, información sobre el horizonte temporal deseado para la inversión, sus preferencias en relación a la asunción de riesgos, su perfil de riesgos, y las finalidades de la inversión.

b) Es de tal naturaleza que el cliente puede, desde el punto de vista financiero, asumir cualquier riesgo de inversión que sea coherente con sus objetivos de inversión. Cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones a un cliente profesional de los enumerados en las letras a) a d) del art. 78 bis.3 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, la entidad podrá asumir que el cliente puede soportar financieramente cualquier riesgo de inversión a los efectos de lo dispuesto en esta letra.

Asimismo, la información relativa a la situación financiera del cliente incluirá, cuando proceda, información sobre el origen y el nivel de sus ingresos periódicos, sus activos, incluyendo sus activos líquidos, inversiones y bienes inmuebles, así como sus compromisos financieros periódicos.

c) Es de tal naturaleza que el cliente cuenta con la experiencia y los conocimientos necesarios para comprender los riesgos que implica la transacción o la gestión de su cartera. En el caso de clientes profesionales, la entidad tendrá derecho a asumir que el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios a efectos de lo dispuesto en esta letra en cuanto a los productos, servicios y transacciones para los que esté clasificado como cliente profesional.

Cuando la entidad no obtenga la información señalada en las letras anteriores, no podrá recomendar servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente ni gestionar su cartera.

#### Artículo 73. Evaluación de la conveniencia

A los efectos de lo dispuesto en el art. 79 bis.7 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, las entidades que prestan servicios de inversión distintos de los previstos en el art. anterior deberán determinar si el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado. En este sentido, la entidad podrá asumir que sus clientes profesionales tienen la experiencia y conocimientos necesarios para comprender los riesgos inherentes a esos





servicios de inversión y productos concretos, o a los tipos de servicios y operaciones para los que esté clasificado como cliente profesional.

#### Artículo 74. Disposiciones comunes a las evaluaciones de idoneidad y conveniencia

1. A los efectos de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, la información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos enumerados a continuación, en la medida en que resulten apropiados a la naturaleza del cliente, a la naturaleza y alcance del servicio a prestar y al tipo de producto o transacción previstos, incluyendo la complejidad y los riesgos inherentes:

a) Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que esté familiarizado el cliente.

b) La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el período durante el que se hayan realizado.

c) El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes.

2. En ningún caso, las entidades incitarán a sus clientes para que no les faciliten la información prevista en los apartados 6 y 7 del art. 79 bis de la Ley/1988, de 28 de julio.

3. Asimismo, las entidades tendrán derecho a confiar en la información suministrada por sus clientes, salvo cuando sepan, o deban saber, que la misma está manifiestamente desfasada, o bien es inexacta o incompleta.

La **Normativa Mifid** según Directiva 2004/39 /CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 y Reglamento 1287/2006 de la Comisión tiene por objetivo determinar las normas de conducta entre la entidad financiera y el cliente según sea o no minorista y, por ello, necesite o no un mayor nivel de protección.

En caso de **incumplimiento del deber de información** expuesto sobre el funcionamiento y riesgos del producto, la normativa no dispone expresamente cuál deba ser la consecuencia. No obstante y pese a que no puede establecer una equiparación en términos absolutos entre el defecto de información y el consentimiento viciado por error (STS 21 de noviembre de 2012), en cuanto dicha infracción implique que el cliente carece del “conocimiento de causa” exigido legalmente para tomar su decisión, puede producir un consentimiento no informado y, por ello, viciado por error al no saber o conocer la causa del negocio realmente suscrito. Así lo determina la **Sentencia Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014**, que proclama: *“Por sí mismo, el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error”*.

Por ello, debe ser sancionado con la nulidad del contrato prevista en el artículo 1.265 del Código Civil si concurre:





- o Error esencial: debe recaer sobre la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración, de modo que se revele paladinamente su esencialidad. Dicho error es sin duda el que se refiere tanto al funcionamiento como al riesgo del producto en tanto elementos esenciales del negocio.
  
- o Error excusable: no imputable a quien lo sufre pues no puede ser evitado ni aun empleando una diligencia media; y por tanto será inexcusable en los casos en que se acredite que el cliente era conocedor o tenía experiencia en productos complejos y de riesgo financiero. Así, la STS de Pleno de la Sala Primera, de 20 de enero de 2014, señala *“al mismo tiempo, la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente”*.

Ahora bien, dado que el error es una cuestión de hecho debe resolverse en cada caso según las circunstancias concretas concurrentes -STS 26 de febrero de 1998- al momento de la perfección del contrato; y en todo caso, la carga de la prueba de que el deber de información relativo al funcionamiento y riesgos del producto financiero se ha cumplido con las exigencias legales recae sobre la entidad profesional dado el deber que sobre ella pesa.

Por ello procede estimar la pretensión de nulidad ejercitada si queda acreditado que se incumplió el deber de información impuesto legalmente lo cual sucede si queda probado que no existe coincidencia entre: lo ofrecido y previamente informado por la entidad financiera, y lo realmente concertado. Y ello porque lo ofrecido e informado es una cobertura vinculada debidamente a una operación de pasivo; y lo realmente concertado no es dicha cobertura, sino un negocio de inversión o especulación.

En ese caso escasa trascendencia puede tener:

- El volumen negocial empresarial de la parte actora.
- La calificación profesional de la parte actora o de su legal representación.

**TERCERO.-** La parte demandada señaló en su contestación a la demanda la concurrencia en el presente supuesto de la excepción de caducidad de la acción ejercitada, y ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.301 del Código Civil. El citado precepto señala *“la acción de nulidad sólo durará cuatro años. El*





*tiempo empezará a correr: [...] en los de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato".*

No obstante, dicho plazo no debe contarse desde la conversión a los bonos acaecida en el año 2012, tal y como pretende la parte demandada, sino, tal y como establece el citado precepto, desde la citada consumación.

Existe perfección del contrato desde que concurre el consentimiento de los contratantes, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.258 del Código Civil. Por el contrario, sólo concurre consumación del contrato (STS 6-9-2006, STS 11-7-1984, STS 28-2-1996) desde la total ejecución de las prestaciones a cargo de ambas partes. No puede decirse que, con el canje a bonos convertibles 2015 acaecida en 2012, quedaban ejecutadas totalmente las prestaciones a cargo de las partes pues es esencial al contrato su necesaria conversión en acciones de la entidad financiera. En dicho momento es cuando los demandantes pudieron tener conocimiento del error, por materializarse el riesgo expuesto en el Fundamento de Derecho precedente, al haber adquirido acciones por un valor muy superior al que les correspondía en el momento de la conversión.

En este punto, resulta conveniente recordar lo señalado por el Pleno del Tribunal Supremo en su Sentencia de 12 de enero de 2015, en la que fijaba: *"[...] 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."*

Criterio asimismo mantenido por la Audiencia Provincial de Girona en su Sentencia nº 191/2015 (Sección 2ª), de 14 de julio, Sentencia de 18 de diciembre de 2013 (Sección 2ª) y sentencia de 12 de junio de 2014 (Sección 1ª), entre otras.

Debe en consecuencia desestimarse la excepción alegada.

**CUARTO.-** La parte actora fundamenta la nulidad que interesa en el error esencial del consentimiento sufrido por los demandantes cuando firmaron, a iniciativa de la entidad financiera y por recomendación de la misma, el contrato de autos. Justifica dicho error en el hecho de que la parte demandada no le dio, en los términos legalmente exigidos, la información precontractual necesaria para poder conocer y entender el funcionamiento del producto que concertaba y los riesgos del mismo, teniendo los actores un perfil minorista y ahorrador. Es más, alega la parte





demandante que la entidad financiera ofreció la contratación de los bonos necesariamente convertibles como una modalidad de depósito bancario que se convertía en acciones con muy buenas condiciones, ofreciendo liquidez inmediata, con capital asegurado y sin riesgo alguno.

La parte demandada niega los hechos alegando que la parte actora, con suficiente cultura financiera, cuando concertó el producto de autos, conocía y entendía su funcionamiento y riesgos y que la parte demandada no infringió sus obligaciones, en particular las relativas a la información precontractual, realizando el test de conveniencia que consta en las actuaciones y entregando a los demandantes toda la información relevante para conocer las características esenciales de los bonos, sin que la parte actora haya acreditado haber sufrido perjuicios o pérdidas patrimoniales.

Partiendo de dichas premisas, procede determinar si la parte demandada, tal y como he expuesto en el anterior fundamento, ha cumplido con la carga que sobre ella pesa de acreditar que cumplió con la obligación de información en los términos exigidos por la Ley de Mercado de Valores 24/1998 -tras reforma operada por Ley 47/2007- y en el RD 217/2008, a la vista de la fecha de la celebración del contrato.

No considero que dicha parte demandada haya cumplido con el deber de acreditación expuesto según se deriva, a mi entender, de la valoración del resultado de las siguientes pruebas:

- o De un lado, el documento que la parte demandada aporta como “test de conveniencia” practicado a la parte actora -documento 6 de la contestación a la demanda-, expresamente impugnado por la parte actora, únicamente señala que el mismo se ha realizado si bien la demandada no aporta la documentación acreditativa de su realización sino, como señala la parte actora, su resultado, expresando el citado documento que “de los datos declarados por el Cliente, se deduce que el nivel de conocimientos y experiencia que se le debe asignar es: 3- Cliente con experiencia en productos financieros complejos”.
- o Por otro lado, de la testifical del Sr. \_\_\_\_\_ (el cual era Director de la oficina de la entidad demandada desde 2004 hasta 2009 y participó en la comercialización de los bonos convertibles a los demandantes, siendo actualmente todavía empleado de la entidad) se deduce que conocía que los demandantes tenían contratadas acciones y depósitos, pero no swaps, ni participaciones preferentes ni obligaciones subordinadas según el mismo señaló. La testigo Sra. \_\_\_\_\_ (empleada de la entidad financiera) manifestó que los demandantes tenían, con anterioridad a la contratación de los bonos, contratos de ahorro; habiendo declarado el testigo Sr. \_\_\_\_\_ que desconoce el motivo por el que el test de conveniencia arrojó el resultado expuesto en el párrafo precedente.





- Los testigos referidos y así también la Sra. señalaron que eran los empleados de la entidad quienes tenían instrucciones de ofrecer este tipo de productos a los clientes, sin recordar ninguno de ellos exactamente qué se les explicó a los demandantes, si bien tanto el Sr. como el Sr. aseguraron que no leyeron a los actores las cinco páginas del tríptico que les entregaron (documentos 5 y 9 de la contestación a la demanda), refiriendo éste último que no les explicó el procedimiento de conversión en acciones.

Junto a la consideración expuesta relativa a la ausencia de acreditación de haberse prestado la debida información precontractual al cliente sobre el funcionamiento y riesgos del producto, debo destacar también las siguientes consideraciones:

- No considero que la parte demandada haya acreditado que, tal y como alega, los demandantes tengan la necesaria preparación técnica en una materia financiera tan especializada como la propia de los bonos necesariamente convertibles. Su condición de clientes minoristas, ahorradores y dedicados al negocio familiar de hostelería no supone por sí misma los conocimientos necesarios referidos.
- Ha quedado probado, según se deriva de la testifical propuesta por la propia parte demandada, la existencia de una relación comercial entre entidad de crédito y el cliente. Es evidente que dicha relación suele generar una confianza que hace que el cliente llegue a aceptar acríticamente cualquier propuesta que la entidad financiera le presente como favorable o beneficiosa. (Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 24 de Barcelona de 9 de noviembre de 2010).
- La parte demandada no ha desvirtuado la alegación de la parte actora, referente a que fue la entidad de crédito la que tomó la iniciativa en la comercialización del producto (Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, Secc 1ª, de 18 de enero de 2011). Antes al contrario, los propios testigos reconocieron que la iniciativa fue de la entidad financiera, no de los clientes minoristas.
- Del propio contrato aportado por las partes -documentos 1 y 2 de la contestación a la demanda- se deriva que, tal y como alega la parte actora, se emplea un lenguaje técnico que puede resultar de difícil comprensión para el cliente (Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Oviedo 211/2010) y se utilizan términos de matemática financiera que pueden resultar de difícil comprensión para el cliente.

De la valoración probatoria expuesta, de lo probado y de lo que, debiéndose probar, no se ha probado, concluyo suficientemente acreditado que la parte actora





incurrió en error esencial al concertar el contrato de autos al no conocer de forma cabal su funcionamiento y los riesgos del mismo.

**QUINTO.-** En atención a lo expuesto y en aplicación de lo dispuesto en los artículos 1.088 y siguientes, 1.254 y siguientes, y en particular los artículos 1.261, 1.265 y 1.266 del Código Civil, procede estimar la demanda y declarar nulo el contrato concertado entre las partes por error esencial en el consentimiento prestado por la parte actora, con la consiguiente condena a la parte demandada en los términos interesados por la parte actora.

Dicha nulidad arrastra a la del contrato de canje posterior, sin que pueda entenderse que el canje tiene valor confirmatorio del contrato, en tanto el referido canje forma parte esencial de la suscripción en momento anterior de los bonos necesariamente convertibles. De un lado, no puede afirmarse que en el canje concurrió un consentimiento libre y voluntario cuando la parte actora lo aceptó. De otro lado, en aplicación de la doctrina de la propagación de la ineficacia del contrato, su nulidad arrastra al canje posterior realizado y la ineficacia por nulidad abarca el contrato inicial y los posteriores con el mismo origen. No cabe duda, pues, que los contratos suscritos están causalmente vinculados, ya que sin la suscripción de los bonos necesariamente convertibles no se hubiera celebrado el contrato de canje por acciones. Existe una ineficacia en cadena o propagada, de tal modo que la ineficacia del contrato de origen, que es presupuesto, acarrea la nulidad de los contratos dependientes consecuencia del anterior (de conformidad con lo dispuesto en la STS de 17 de junio de 2010).

En atención a lo expuesto procede estimar la demanda y declarar nulos el contrato de adquisición de la orden de valores del 2009, de 20 "Bo. Popular Capital Conv. V. 2013" y el posterior contrato de canje de la orden de valores de 2012 por los 20 "Bo. Sub. Ob. Conv. Popular V.11-15" y posterior canje por acciones de 2015, por error esencial en el consentimiento de la parte actora. En su virtud, resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 1.303 del Código Civil que proclama "*declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes*". Así, por tanto, procede condenar a la parte demandada a satisfacer a la parte actora la suma principal de 20.000 € menos la indemnización de 12'64 euros (documento 5 de la demanda), y sus intereses legales desde la fecha de los contratos. Por idéntica razón, deberán los demandantes reintegrar a la parte demandada los 1.135'71834 títulos de acciones de Banco Popular a los que convirtió los bonos así como la totalidad de los importes recibidos como intereses o cupones netos como consecuencia de la referida obligación legal de restitución recíproca en los casos de nulidad, quedando su liquidación a determinar en ejecución de sentencia.

En relación a la obligación de restitución de los importes recibidos por los actores como intereses o cupones netos, resulta de aplicación lo señalado por la





Audiencia Provincial de Pontevedra en su Sentencia nº 439/2014, de 18 de diciembre de 2014, en cuyo Fundamento de Derecho séptimo establece:

"Por lo que hace al alcance de la obligación de la demandante de devolución de los rendimientos percibidos, cabe concluir como procedente la restitución del importe correspondiente a los rendimientos netos.

En la reciente sentencia de esta misma Sección, de fecha 11/12/2014 , se vino a señalar:

"Si el cliente percibió el rendimiento neto, la obligación de devolución se circunscribe a dicha cantidad, debiendo la entidad financiera, responsable del error y, por tanto, del vicio de consentimiento que dio lugar a la anulación del contrato, reclamar el importe de la retención practicada a la Agencia Tributaria.

La opción contraria, esto es, hacer recaer sobre el cliente el deber, primero, de devolver algo que no percibió, y, segundo, de reclamar a la Hacienda Pública una retención que se le practicó a resultas de la remuneración derivada de un contrato que se anuló por una causa imputable a la otra parte contratante, supone tanto como repercutir sobre el cliente las consecuencias gravosas de una conducta que no le es imputable y, en última instancia, beneficiar a la parte que faltó a los principios de buena fe y lealtad contractual, lo que la Sala no puede admitir".

Pronunciándose en sentido similar la SAP Vizcaya, Sección 3ª de fecha 12/6/2014".

**SEXTO.-** En materia de intereses se deberán los legales en aplicación de los artículos 1.100 y siguientes del Código Civil, en especial el artículo 1.108 del mismo cuerpo legal.

**SÉPTIMO.-** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo total la estimación de la demanda, procede la condena al pago de las costas causadas en este procedimiento a la parte demandada.

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

### FALLO

ESTIMAR íntegramente la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. \_\_\_\_\_ en nombre y representación de \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ contra TARGOBANK S.A., y en consecuencia, DECLARAR NULOS el contrato de adquisición de la "orden de valores" del año 2009 de 20 "Bo. Popular Capital Conv. V. 2013" y posteriores de canje en particular la "orden de valores" de 11 de mayo de 2012 por 20 "Bo. Sub. Ob. Conv. Popular V.11-15", y canje de 25 de noviembre de 2015 por acciones de Banco Popular. Derivado del pronunciamiento anterior, CONDENAR a la parte demandada TARGOBANK S.A. a abonar a la parte actora la suma de 20.000 € menos la indemnización de 12'64 euros, y sus intereses legales desde la fecha de los contratos, debiendo la parte demandante restituir a la demandada los 1.135'71834 títulos de acciones de Banco Popular a los que convirtió los bonos así





como la totalidad de los importes recibidos como intereses o cupones netos abonados por la demandada.

Respecto de las costas, procede imponerlas a la parte demandada.

Comuníquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que no es firme, y que contra la misma cabe interponer recurso de apelación en el plazo de 20 días, ante este Juzgado, que deberá sustanciarse y resolverse por la Audiencia Provincial de Girona, conforme a lo dispuesto en los artículos 455 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Así lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de la fecha por la Sra. Juez que la ha dictado estando celebrando audiencia pública. Doy fe.

