

## Sección nº 17 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Paseo Lluís Companys, 14-16, 1a planta - Barcelona - C.P.: 08018

TEL.: 934866210  
FAX: 934866302  
EMAIL:aps17.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0810142120168011540

### Recurso de apelación 735/2017 -F

Materia: Juicio Ordinario

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 7 de L'Hospitalet de Llobregat  
Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario 97/2016

Parte recurrente/Solicitante:

Parte recurrida: BANCO POPULAR ESPAÑOL

Procurador/a: Rafael Ros Fernandez

Procurador/a: Carlos Montero Reiter

Abogado/a: LTDO. JORGE FUSET DOMINGO

Abogado/a: BERTA TIXIS BONSHOMS

## SENTENCIA Nº 500/2018

### Magistrados:

- Jose Antonio Ballester Llopis
- Paulino Rico Rajo
- Mireia Borguño Ventura

Barcelona, 14 de junio de 2018

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** - En fecha 3 de julio de 2017 se han recibido los autos de Procedimiento ordinario 97/2016 remitidos por Juzgado de Primera Instancia nº 7 de L'Hospitalet de Llobregat a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Rafael Ros Fernandez, en nombre y representación de \_\_\_\_\_ contra la Sentencia de fecha 20 de marzo de 2017 y en el que consta como parte apelada el Procurador D. Carlos Montero Reiter, en nombre y representación de BANCO POPULAR ESPAÑOL.

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

"Desestimo la demanda interpuesta por  
contra Banco Popular Español, S.A.  
Condeno en costas a .".

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

Se señaló fecha para la celebración de la deliberación, votación y fallo, que ha tenido lugar el día 13/06/2018.

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

Se designó ponente a la Ilma. Sra. Magistrada Dña. Mireia Borguño Ventura .

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La representación de interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada el 20 de marzo de 2017 por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de L'Hospitalet de Llobregat en autos de juicio ordinario nº 97/2016. El referido procedimiento se inició en virtud de demanda interpuesta por el recurrente contra BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. en ejercicio de acción de nulidad por error en el consentimiento de la orden de compra de bonos subordinados convertibles en acciones, así como su canje por nuevos bonos y posterior conversión en acciones, con la consiguiente restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia del contrato, y subsidiariamente la acción de resolución del art. 1124 CC de ambos contratos con la consiguiente indemnización. Y ello con fundamento en la falta de consentimiento válido prestado por error en relación a la compra de dichos bonos al no haber proporcionado la demandada la información necesaria y veraz sobre la naturaleza y riesgos de dicho producto financiero.

La parte demandada se opuso alegando en primer lugar la caducidad de la acción, y en cuanto al fondo del asunto, adujo que el actor tenía conocimientos en relación a este tipo de productos, que intervino como mero intermediario y que advirtió e informó adecuadamente de los riesgos de la operación.

La sentencia de instancia desestima la demanda al entender que el actor fue debidamente informado de los riesgos del producto según se desprende de la documentación que se le entregó y que firmó.

Frente a dicha resolución se alza el actor que recurre en apelación alegando error en la valoración de la prueba en relación al error en el consentimiento al considerar insuficiente la información contenida en los documentos que la demandada dice se entregaron al momento de la firma; defiende la existencia de un asesoramiento previo e iniciativa de la entidad bancaria; y solicita que en su caso, se estime la acción subsidiaria de resolución del contrato con indemnización de daños y perjuicios. La parte contraria se opone al recurso y solicita la confirmación de la resolución dictada en la instancia.

**SEGUNDO.-** Resultan antecedentes necesarios para la resolución del recurso que el actor, pensionista de 73 años y sin estudios superiores, invirtió el 3 de octubre de 2009 la cantidad de 127.000 € en la adquisición de bonos subordinados convertibles en acciones. Antes de la última fecha de vencimiento prevista para el 2013, concretamente el 9 de mayo de 2012, se produjo el canje de tales bonos por otros con vencimiento en el 2015. Y en el mes de noviembre de 2015 tuvo lugar su conversión en acciones. El actor había percibido liquidaciones positivas y negativas durante todo el periodo.

La STS del 17 de junio de 2016 (ROJ: STS 2894/2016) dispone

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

**TERCERO.**- Al tratarse de un producto financiero complejo, la STS de 23 de noviembre de 2016 (nº 690/2016) declara que la carga de la prueba de haber suministrado información suficiente y conforme a las exigencias legales corresponde a la entidad de servicios de inversión. Asimismo la STS del 18 de diciembre de 2017 (ROJ: STS 4447/2017) destaca "el deber (del banco) de suministrar al cliente una información comprensible y adecuada de las características del producto y los concretos riesgos que les puede comportar su contratación", y que "cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante"; por último, reitera su doctrina conforme a la que "aunque la falta de realización de los test de conveniencia y de idoneidad no determina, por sí sola, el error vicio en el consentimiento prestado, sí que incide en la presunción del mismo".

En el caso que se examina únicamente se ha practicado la

prueba documental, de la cual no puede entenderse acreditado que la demandada informara adecuadamente al actor de la naturaleza y riesgos del producto adquirido, pues la documentación entregada es de difícil lectura y comprensión para una persona sin conocimientos financieros, quien actuó en la confianza de que la persona que le estaba ofreciendo el producto le estaba informando correctamente. Además el test Mifid que se le realiza (doc.9 contestación) concluye que es un cliente con experiencia en productos financieros no complejos cuya fuente de información son los asesores de entidades financieras, lo que no se corresponde con la complejidad de los bonos convertibles declarada por nuestro Tribunal Supremo, ni con la existencia de una mera relación de intermediación.

Sí resulta que es pensionista, no tiene estudios superiores y que trabajaba en una droguería, y que en alguna ocasión, según resulta del referido test, invirtió en fondos de inversión, acciones o renta fija. Si bien es cierto que anteriormente invirtió en valores semejantes, como declara la STS de 30 de septiembre de 2016 (ROJ: STS 4282/2016): "Como afirmamos en la sentencia 102/2016, de 25 de febrero, "que los clientes hubieran contratado anteriormente productos similares no conlleva que tuvieran experiencia inversora en productos financieros complejos, si en su contratación tampoco les fue suministrada la información legalmente exigida". Y la STS del 18 de diciembre de 2017 (ROJ: STS 4447/2017) añade que: "...en la comercialización de productos complejos por parte de las entidades de servicios financieros a inversores no profesionales existe una asimetría informativa, que impone a dichas entidades financieras el deber de suministrar al cliente una información comprensible y adecuada de las características del producto y los concretos riesgos que les puede comportar su contratación".

Y en el presente caso, en contra de lo declarado en la sentencia de instancia, la entidad bancaria no ha acreditado que proporcionara la información al actor en la forma

expuesta, que no es con la simple entrega de la documentación, sino que, todo lo contrario, hizo una dejación de todas las obligaciones y cautelas impuestas por el ordenamiento jurídico para cumplir tal deber de selección del cliente e información al mismo, hasta el punto de inducirle a error sobre los verdaderos riesgos del producto. Esta falta de información permite apreciar que existió vicio error, pues como declaran la STS de Pleno de 15 de septiembre de 2015 (nº 491/2015) y la ya citada STS de 7 julio 2015 (nº 376/2015): "De tal modo que el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero. Y la existencia de aquellos deberes legales de información, incumplidos por la demandada, justifican además que el error fuera excusable". En conclusión, el consentimiento prestado por la parte actora al adquirir los bonos convertibles estuvo viciado como consecuencia de la falta de información imputable a la demandada, lo que lleva a declarar la nulidad de los contratos objeto de estos autos, por aplicación del art. 1300 CC en relación con el art. 1265 CC, con restitución de las prestaciones recíprocas.

Conforme a la doctrina expuesta en la STS del 31 de enero de 2018 (ROJ: STS 208/2018), la restitución de las prestaciones consistirá en que la entidad demandada habrá de abonar al actor la cantidad invertida con sus intereses legales desde la fecha de las inversiones, y el actor deberá devolver los títulos litigiosos así como las cantidades percibidas como rendimientos más sus intereses legales desde la fecha de cobro.

**CUARTO.-** La demandada alegó la caducidad de la acción en la instancia pues establece el día inicial del plazo en el momento de suscripción de los primeros bonos en el año 2009,

o en su caso cuando recibió la primera información fiscal en el año 2010, no siendo hasta el año 2016 cuando se ha instado la presente reclamación.

En relación al plazo de ejercicio de la acción de anulabilidad, la STS del 21 de marzo de 2018 (ROJ: STS 1113/2018) declara que: *"...La sentencia del Pleno de esta sala 769/2014, de 12 de enero de 2015: i) negó que la consumación del contrato hubiera tenido lugar con su perfección; ii) citó sentencias de la sala en las que se ha precisado cuándo se produce la consumación en ciertos contratos de tracto sucesivo como la renta vitalicia, la sociedad o el préstamo; y iii) sentó como doctrina la de que «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.*

*Como recuerda la sentencia del Pleno 89/2018, de 19 de febrero, mediante una interpretación del art. 1301.IV CC ajustada a la naturaleza compleja de las relaciones contractuales que se presentan en el actual mercado financiero, la doctrina de la sala se dirige a impedir que 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, quede fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. De esta doctrina sentada por la sala no resulta que el cómputo del plazo de ejercicio de la acción deba adelantarse a un momento anterior a la consumación del contrato por el hecho de que el cliente que padece el error pueda tener conocimiento del mismo, lo que iría contra el tenor literal del art. 1301.IV CC, que dice que el tiempo para el ejercicio de la acción empieza a correr «desde la consumación del contrato».*

*De esta doctrina sentada por la sala resulta que a efectos del cómputo del dies a quo de la acción de nulidad del art. 1301 CC en el ámbito de contratos como el litigioso habrá*

que estar a la fecha del cumplimiento de las prestaciones de las partes, puesto que las liquidaciones que en este caso se producen a favor del cliente dependen de manera variable del valor de unos valores subyacentes”.

No constando que el actor fuera debidamente informado de los riesgos del producto ni en la primera suscripción de bonos convertibles ni en el momento de su canje por otros con fecha de vencimiento posterior a instancia del propio banco, habiendo además percibido liquidaciones positivas durante la vigencia de los contratos, debe entenderse que tuvo conocimiento de su error en el momento de la conversión de los bonos en acciones, momento en que se le comunicaron las pérdidas de su inversión, esto es en el año 2015, por lo que la acción no estaría caducada.

Todo lo expuesto conlleva la estimación del recurso y la declaración de nulidad de las órdenes de compra de Bonos convertibles por importe de 127.000€ a que se refieren estos autos y su conversión en acciones de la demandada, con condena a la demandada a abonar al actor la cantidad invertida con sus intereses legales desde la fecha de las inversiones, y el actor deberá devolver los títulos litigiosos así como las cantidades percibidas como rendimientos más sus intereses legales desde la fecha de cobro; con condena en las costas causadas en la primera instancia a la parte demandada (ex. Art. 394 LEC).

Sólo procede añadir que la acción subsidiaria que se ejercita en la demanda al amparo del art. 1124 CC, no podía prosperar por cuanto como ya declaró la STS del 13 de julio de 2016 (ROJ: STS 3461/2016 y ratificó la STS del Pleno de 13 septiembre de 2017 (ROJ: 3247/2017) “...es inconcuso doctrinal y jurisprudencialmente que la consecuencia de la apreciación de error en el consentimiento (en este caso, por inexistencia de información suficiente al cliente) debe dar lugar a la anulabilidad contractual y no a la resolución”.

**QUINTO.-** Por aplicación de lo dispuesto en el art. 398-2 LEC, al estimarse el recurso de apelación, no procede hacer expresa imposición de las costas causadas en esta alzada.



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

### F A L L A M O S

Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de \_\_\_\_\_ contra la sentencia dictada el 20 de marzo de 2017 por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de L'Hospitalet de Llobregat en autos de juicio ordinario nº 97/2016, y con revocación de la misma, estimamos la demanda y declaramos de nulidad de las órdenes de compra de Bonos convertibles por importe de 127.000€ a que se refieren estos autos y su conversión en acciones de la demandada, y condenamos a la demandada a que abone al actor la cantidad invertida con sus intereses legales desde la fecha de las inversiones, y el actor deberá devolver los títulos litigiosos así como las cantidades percibidas como rendimientos más sus intereses legales desde la fecha de cobro; con condena en las costas causadas en la primera instancia a la parte demandada. Todo ello sin expresa imposición de las costas del recurso.

Visto el resultado de la resolución recaída, y conforme lo recogido en el punto 8 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial en la nueva redacción introducida por la L.O. 1/2009 de 3 de noviembre, BOE de 4 noviembre, procédase a la devolución de la totalidad del depósito ingresado en su día por la parte recurrente.

La presente resolución es susceptible de recurso de casación por interés casacional y extraordinario por infracción procesal siempre que se cumplan los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos, a interponer ante este mismo tribunal en el plazo de veinte días contados desde el día siguiente a su notificación. Y firme que sea

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <a href="https://ejusticia.gencat.cat/IA/P/consultaCSV.html">https://ejusticia.gencat.cat/IA/P/consultaCSV.html</a>	Codi Segur de Verificació: 9TEJFWB02FPM3C69ACT8CJU573OZC9M
Data i hora 20/06/2018 11:38	Signat per Borguño Ventura, Mireia; Ballester Llopis, Jose Antonio; Rico Rajo, Paulino;

devuélvase los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la resolución para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.