



Juzgado de Primera Instancia Nº 4
c/ San Roque, 4 - 4ª Planta
Pamplona/Iruña
Teléfono: 848.42.42.46
Fax.: 848.42.42.51
OR050

Sección: C
Procedimiento: **PROCEDIMIENTO**
ORDINARIO
Nº Procedimiento: **0000942/2016**

NIG: 3120142120160008628
Materia: Otros contratos
Resolución: Sentencia 000111/2017

S E N T E N C I A Nº 000111/2017

En Pamplona/Iruña, a 26 de abril de 2017.

Vistos por el Ilmo. **D. ERNESTO VITALLÉ VIDAL**, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia Nº 4 de Pamplona/Iruña y su Partido, los presentes autos de Procedimiento Ordinario nº 0000942/2016, seguidos ante este Juzgado a instancia de D. X, representado por el Procurador D. BARTOLOME CANTO CABEZA DE VACA y asistido por el Letrado D. X, contra POPULAR BANCA PRIVADA SA representado por el Procurador D. Xy defendido por el Letrado D. X, sobre reclamación de cantidad.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que la meritada representación de la parte actora, formuló demanda arreglada a las prescripciones legales, en la cual solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho, que se dictara sentencia por la que se acuerde:

1.- Declarar la nulidad o anulabilidad de la orden de suscripción de participaciones preferentes por importe de 50.000 euros y de suscripción de obligaciones subordinadas por importe de 100.000 euros y de la sucesiva orden de canje por 150 valores "BONOS SUBORDINADOS OBLIGATORIAMENTE CONVERTIBLES L/2012 POR importes de 50 mil euros y de 100.000 euros , en fechas 29 de marzo de 2012 y de 8 de mayo de 2012, por existencia de vicios del consentimiento otorgado por la parte actora y/e infracción de normas imperativas aplicables, condenando a POPULAR BANCA PRIVADA SA a la devolución al actor del precio de compra del producto financiero, 150.000,00.- euros, más gastos y comisiones cobrados, menos los rendimientos o frutos percibidos durante la vigencia de los contratos, sumando a dichas cantidades los intereses que legalmente correspondan conforme art. 576 de la LEC.

2.- Subsidiariamente, que se declare el derecho del actor a ser indemnizados por los daños y perjuicios ocasionados con origen en falsedades y omisiones en la información del producto financiero, en la intermediación en su adquisición e incumplimientos contractuales al momento de suscripción del producto financiero y durante la vigencia del mismo, en cuantía de 150.000.- euros, más gastos y comisiones,

menos los rendimientos o frutos percibidos durante la vigencia del contrato y menos el precio de canje en fecha de conversión forzosa – o en su defecto del precio de canje a fecha de interposición de la presente demanda-, más el interés legal que corresponda; y condene al POPULAR BANCA PRIVADA S.A. a pagar dicha suma.

3.- En cualquiera de los supuestos anteriores, con condena en costas del juicio a la demanda.

SEGUNDO.- Que admitida a trámite se dispuso el emplazamiento de la parte demandada, para que en el término legal, compareciese en autos asistida de Abogado y Procurador contestara aquélla, lo cuál verificó, en tiempo y forma, mediante la presentación de escrito de contestación a la demanda, arreglado a las prescripciones legales, en el que suplicaba que los previos los trámites legales se dictase sentencia por la que se desestimase los pedimentos de la parte actora y se absuelva a la parte demandada con expresa imposición de las costas a la parte actora.

TERCERO.- Cumplido el trámite de contestación de la demanda se convocó a las partes a la celebración de audiencia previa, para cuyo acto se señaló el día 24 de abril de 2017 a las 12:30 horas. Al acto comparecieron todas las partes. La parte actora y la parte demandada realizaron las manifestaciones oportunas y solicitaron el recibimiento del pleito a prueba, constando lo actuado en los soportes de grabación y reproducción del sonidos y de la imagen, quedando los autos en poder de S.Sª para dictar sentencia.

CUARTO.- Que en la sustanciación del presente juicio se han observado las prescripciones legales y demás de pertinente aplicación al supuesto de autos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En resumen la posición de las partes es la que sigue, la parte demandante manifiesta que la parte actora es cliente habitual desde hace tiempo de OFICINA PRIVADA POPULAR, FILIAL PERTENECIENTE AL CONJUNTO EMPRESARIAL DE BANCO POPULAR, S.A I; además, de ser consumidor y minorista, ahorrador no inversor y con un perfil de riesgo conservador, que siempre ha tenido sus ahorros en cuentas bancarias, depósitos a plazo, acciones y fondos de inversión emitidos por el demandado e instrumentos financieros excluidos de la directiva MIFID, sin experiencia en productos financieros complejos y/o de riesgo.

En marzo y octubre de 2009, pensando que contrataba un producto financiero similar a un suscribe dos contratos de compra,

1.- Se participaciones preferentes por importe nominal de 50 mil euros el 5 de marzo de 2009

2.- De obligaciones subordinadas por importe nominal de 100 mil euros en octubre de 2009.

El Director de la Sucursal del BANCO POPULAR, S.A. no tuvo en cuenta –ni recabó información alguna- sobre su carencia de formación financiera, las expectativas de inversión pretendidas y/o el historial de inversiones de la parte actora. Los “bonos del Popular” se contrataron, pues, en lo que técnicamente se conoce como proceso de venta asesorada, pero sin previa comprobación por la entidad financiera emisora y comercializadora de la idoneidad o conveniencia del mismo para la parte actora, ni llegar a informar de las características reales del producto financiero, que se enmascararon frente a él como un plazo fijo más. La parte actora dio orden de suscribir 150 mil euros en preferentes-subordinadas y posteriormente canje en bonos con la denominación indeterminada BONOS SUBORDINADOS OBLIGATORIAMENTE CONVERTIBLES I/2012 – ya que no describe ningún producto solo que son “algo” del popular- por un importe nominal de 50000 euros el primero y 100.000 euros el segundo, donde se incluye la típica cláusula de exoneración de responsabilidad y falso cumplimiento de las obligaciones de información por la demandada, ya que no viene corroborado por los hechos.

- En ningún caso es una simple compra de acciones.
- El banco se reserva el derecho a hacer toda clase de compensaciones por pérdidas en otras cuentas de los clientes.
- El ordenante hace constar que recibe copia de la presente orden, que conoce su contenido y trascendencia, sin que conste recibida información alguna sobre los riesgos asumidos.
- También se dice que el ordenante ha sido informado de la tarifa de comisiones y gastos aplicables a la operación.
- No informa ni cuantifica riesgo alguno asumido, tampoco determina ni describe el producto financiero ofrecido y suscrito.

A pesar de que existió servicio de asesoramiento a los clientes, la entidad incumplió sus deberes sobre información previa del art. 79 de la ley mercado valores.

A todo esto hay que añadir y es lo más grave, manifiesta que no garantiza la idoneidad del producto y no puede ser adecuada. Es decir, que no es idóneo por lo tanto se habría o debería haber realizado el test de idoneidad y si sale negativo como es el caso de Litis, no se podría haber comercializado por imperativo legal. En el presente caso y a diferencia del test de conveniencia, que si no fuese conveniente el cliente podría contratar “a sabiendas”. Pero el léxico empleado es claro y no ofrece dudas “IDONEIDAD – IDONEO”. Por todo ello, no puede considerarse cumplida la normativa MIFID.

La entidad financiera diseñó una campaña de comercialización de bonos subordinados convertibles, bajo la ambigua fórmula “dividendo Banco Popular: un dividendo a su medida”, que bajo el pretexto de ofrecer un alto interés, un 7% nominal anual – solo el 1º año, a partir del 2º y sucesivos solo “Euribor a tres meses más un diferencial del 4,00% nominal anual”- pretendía captar recursos minoristas ingenuos sobre la coyuntura económica que atravesaba la entidad financiera. En ella se silenciaba aspectos negativos que eran decisivos para tener un conocimiento cabal del riesgo asumido con la suscripción, tanto por la postergación frente a todos los acreedores en caso de liquidación social como la existencia de pérdidas derivadas de una ecuación de canje por acciones perjudicial para los bonistas, en relación con el precio de cotización en la Bolsa de Madrid el día de la permuta.

Acaba la parte demandante manifestando que, a fin de ganar tiempo y esperar – inútilmente- que la acción se recuperara en Bolsa, el Banco popular Español, S.A., acordó el día 17 de Abril de 2012, la conversión de la emisión inicial de “bonos subordinados necesariamente canjeables I/2009”, con vencimiento en fecha 23-10-2013, en otra emisión ad hoc de “bonos subordinados obligatoriamente convertibles II/2012”, que venció el 25- 11- 2015. Con motivo de lo cual, la demandada hizo firmar al Sr. Jesús Bariain Arregui – como a otros clientes en su misma situación-, junto con la ORDEN DE CANJE, una sucesión de documentos, después reseñados, con pretendidos efectos retroactivos, que le amparase en reclamaciones contractuales por incumplimientos de la normativa MIFID a fecha inicial de suscripción del producto financiero.

Por su parte la demandada aduce la caducidad de la acción de nulidad por error en el consentimiento:

- De las acciones ejercitadas: nulidad relativa o anulabilidad.
- De la caducidad de la acción de nulidad.
- De la información proporcionada y del cumplimiento de la normativa MIFID.

Como puede apreciarse afirma la parte demandada, cumplió escrupulosamente con las obligaciones que impone la normativa en esta materia. En el presente supuesto consta probado que la parte demandada ofreció toda la información necesaria a los clientes para que pudieran entender los productos que suscribían, pudiendo sostener que se cumplieron con todos los requisitos de información exigidos por la normativa, por lo que no puede prosperar la acción de nulidad instada de contrario.

Así, en [a contratación litigiosa, consta debidamente firmada la siguiente documentación por el Sr. X de la Contratación de las participaciones preferentes en marzo de 2009:

- Orden de suscripción de Participaciones Preferentes Serie D, por importe de 50.000 Euros (vid. DOCUMENTO N° 2).

- Tríptico resumen del folleto de la emisión de las Participaciones Preferentes Serie D, debidamente firmado por el cliente en el que se describen de forma clara, sencilla y comprensible, los aspectos relevantes y las características del producto así como una serie de riesgos inherentes a su contratación (DOCUMENTO N° 11).

- Notas manuscritas, con las características, funcionamiento y riesgos de las participaciones preferentes contratadas, utilizado para la explicación previa a la comercialización (DOCUMENTO N° 12).

Sobre el perfil del Sr. X la parte demandada dice que ante las alegaciones vertidas por la parte actora en su escrito de demanda relativas al perfil y experiencia inversora del Sr. X, que al contrario de lo expuesto por el demandante, el mismo estaba acostumbrado a ser titular de productos financieros y de inversión, así como valores bursátiles, lo que no hace sino evidenciar su perfil inversor además de sus conocimientos financieros.

En este sentido, destaca la parte demandada que la experiencia del Sr. X en productos financieros es vergonzosamente extensa para atreverse a sostener lo anteriormente referido en el escrito de demanda, siendo cliente de la entidad demandada desde antes de 1990. Asimismo, su hermano era agente bancario.

SEGUNDO.- Ciertamente dado que la única prueba admitida en el acto de la Audiencia Previa ha sido la documental y en concreto no toda la pedida por la parte, al entender este Juzgador que era impertinente e inútil en relación al objeto del pleito (Art. 283 LEC) se ha procedido directamente a dictar sentencia al amparo del artículo 429.8 de la LEC.

TERCERO.- Evidentemente, como suele ser normal en este tipo de juicios, se ha opuesto la excepción de caducidad de la acción por error en el consentimiento en base a la fecha de presentación de la demanda de fecha 17 de noviembre de 2016 pero por lo pronto falta para la parte que la opone el acreditar desde cuándo hay que computar el “dies a quo”, esto es, lo que afirma sobre que a 18 de noviembre de 2010, el Sr. X era plenamente consciente del producto que había contratado, de sus riesgos (que ya se habían materializado y de la posibilidad de que vendiera los mismos en el mercado secundario, por lo que en dicha fecha comenzaría el plazo de caducidad del Art. 1.301 del Código Civil.

Como así el que bastara el momento de canje de las participaciones preferentes y los bonos al entender que todo ello era una operación voluntaria olvidando que no es el objeto del pleito ni

gira en realidad sobre dicha operación por más que se pida la declaración de nulidad o anulabilidad de la orden de suscripción de participaciones preferentes ya que realmente lo importante es saber si como intermediario financiero y comisionista del cliente llevo a cabo el debido asesoramiento y por tanto esta labor no se agota con el perfeccionamiento del contrato que sería el momento de suscripción del título de valores sino que empezaría a correr desde la consumación del contrato, es decir, desde el cumplimiento estricto de todas las obligaciones, de tal manera que hasta que no haya podido tener conocimiento del correspondiente error o dolo alegado, no puede quedar fijado el momento inicial del plazo de ejercicio de la anulación del contrato, error o dolo en su caso, todo ello conforme a jurisprudencia consolidada, ni siquiera cabe alegar confirmación de acto anulable por el cobro de rendimientos, esto es, no es aplicable el Art. 1311 del Código Civil dado que no está probada la voluntad de validación, por tanto debe desestimarse esta excepción.

CUARTO.- Hay que compartir el criterio de la parte actora en cuanto a la normativa que aduce y en concreto el que en la actualidad, las operaciones de compra-venta de obligaciones subordinadas está sujeta a la legislación especial contenida en la Ley 24/1988 de 28 de Julio del Mercado de Valores, sin perjuicio de la Ley de Condiciones Generales de Contratación 7/1998, de 13 de Abril y Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias 1/2007, de 16 de Noviembre y en particular el Art. 63.1.g) LMV dispone que “ el asesoramiento en materia de inversión, entendiéndose por tal la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de servicios de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros”, teniendo en cuenta que los “bonos del Popular” son un producto complejo y de alto riesgo, calificación que no se contiene en tríptico de la emisión, aunque si en la más extensa “nota de valores” remitida a la CNMV, que solo por necesidades perentorias de financiación del banco y desidia del Regulador se distribuyó entre minoristas.

Las consecuencias de ello, son importantes, porque conforme al 79 bis.6 LMV/ 72 RD 217/2008, el banco tiene que comercializar el producto financiero a través del TEST DE IDONEIDAD, por existir servicio de asesoramiento personalizado al inversor; conforme a lo cual se en el cual se establecen mayores requisitos de información. Además, – y a diferencia del test de conveniencia, 79 bis.7 LMV- si el resultado fuera no idóneo no se puede vender el producto financiero, bajo sanción de nulidad, de tal manera que la entidad financiera demandada ha vulnerado además de esa legislación genérica antes reseñada más en concreto las obligaciones contenidas en los apartados 5, 6 y 7 del artículo 79 bis de LMV. No hay que olvidar como muy bien dice la parte actora que aquí hay unas condiciones de riesgo añadido para el actor, en una situación que se conoce técnicamente como “autoentrada” del comisionista; es decir, quien tiene función de asesorar, recomienda únicamente su producto – no el

de la competencia- y, a la vez, cobra una comisión por la venta y por “su” gestión de asesoramiento.

El artículo 267 del Código de Comercio, que prohíbe, expresamente, este tipo de “autoentradas” del comisionista contra el propio interés del cliente, de tal manera que documentalmente se acredite ese extremo que es aquí fundamental porque la testifical solo provendría de dependientes del banco y el interrogatorio de parte de alguien asistido y representado, desde luego que esa documental no demuestra que se haya seguido por el banco la “lex artis” ni la normativa aplicable sobre contratación bancaria de derivados financieros y este consentimiento no informado como bien dice la parte actora tiene los requisitos jurisprudenciales que se exigen y en concreto si no concurren deviene un consentimiento viciado por error y no puede haber –entonces- consentimiento sino *disensio* del artículo 1262.1 del CC, sensu contrario; por lo que en virtud de lo preceptuado en los artículos 1265 y 1266 del CC, se produce la sanción de nulidad de contrato y en especial vemos que es un error:

- Esencial: la parte actora creía que su dinero seguía depositado en cuentas a plazo, es decir, existe un error en el objeto de contrato o clase de inversión contratada.

- Excusable: el actor no tiene estudios jurídicos y/o económicos, ni se dedica laboralmente al sector financiero. La parte actora es cliente minorista y consumidor, merecedor de la máxima protección jurídica.

- Reconoscible: Él se guiaba en todo momento por una lógica relación de confianza con el Sr. Director de la Sucursal de Caja España, en Sahagún, para con el actor. El banco es una profesional de la intermediación bancaria.

Por lo demás únicamente añadir que lógicamente debe apreciarse el perfil de la parte actora que en ningún momento resulta propia de una persona totalmente ignorante de la operación que llevó a cabo y sobre ello ya lo pondremos de manifiesto en el apartado de costas.

QUINTO.- En cuanto al pago de intereses se estará en lo dispuesto por el Fallo de la Sentencia.

SEXTO.- Este Juzgador haciendo uso de la facultad discrecional que le otorga el Art 394.1 de la LEC, teniendo en cuenta que hay serias dudas de hecho sobre el alcance del real conocimiento de lo negociado por parte del hoy actor en cuanto que según la documental aportada no era un extraño al mundo de las inversiones máxime cuando la parte actora no ha desvirtuado la relación prolija de acciones y valores bursátiles que se han aportado a las actuaciones ni los fondos de inversión que asimismo constan, hay que entender

que no todo el peso puede recaer sobre la entidad bancaria ya que se observa al menos una falta de diligencia por parte del hoy actor que aun cuando no le impide la consideración de su error obliga a este Juzgador a entender que no apuró todos los medios para conocer realmente de qué se trataba en este caso, de tal manera que dando por sentada la vulneración de la normativa mencionada, lo cierto es que procede distribuir las costas comunes por mitad y cada uno las causadas a su instancia.

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

FALLO

Estimando en lo fundamental la demanda formulada por D. X, frente a POPULAR BANCA PRIVADA S.A., procede acordar y acuerdo la nulidad o anulabilidad de la orden de suscripción de participaciones preferentes por importe de 50.000 euros y de suscripción de obligaciones subordinadas por importe de 100.000 euros y de la sucesiva orden de canje por 150 valores "BONOS SUBORDINADOS OBLIGATORIAMENTE CONVERTIBLES L/2012 POR importes de 50 mil euros y de 100.000 euros , en fechas 29 de marzo de 2012 y de 8 de mayo de 2012, por existencia de vicios del consentimiento otorgado por la parte actora y/e infracción de normas imperativas aplicables, condenando a POPULAR BANCA PRIVADA S.A a la devolución al actor del precio de compra del producto financiero, 150.000,00.- euros, más gastos y comisiones cobrados, menos los rendimientos o frutos percibidos durante la vigencia de los contratos, sumando a dichas cantidades los intereses que legalmente correspondan conforme art. 576 de la LEC, estándose en materia de costas al Fundamento de Derecho Sexto.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Contra esta resolución cabe interponer recurso de apelación en el plazo de veinte días contados desde el día siguiente a su notificación, presentando escrito ante este Tribunal en el que deberá exponer las alegaciones en que se base la impugnación además de citar la resolución que recurre y los pronunciamientos que impugna.

Así por ésta mi Sentencia, de la que se expedirá testimonio para su unión a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

EL MAGISTRADO-JUEZ



DEPOSITO PARA RECURRIR: Deberá acreditarse en el momento del anuncio haber consignado en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano abierta en Banco Santander 3161000004094216 la suma de 50 EUROS con apercibimiento que de no verificarlo no se admitirá a trámite el recurso pretendido; salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente de alguno de los anteriores.

DILIGENCIA.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, doy fe en Pamplona/Iruña.