



Juzgado de Primera Instancia N° 6
Plaza del Juez Elío/Elío Epallearen Plaza,
Planta 4 Solairua, 31011
Pamplona/Iruña
Teléfono: 848.42.42.57 - FAX 848.42.42.81
Email: pinspam6@navarra.es
CROSS

Sección: C
Procedimiento: PROCEDIMIENTO
ORDINARIO
N° Procedimiento: 0000607/2018
NIG: 3120142120180006750
Materia: Otros contratos
Resolución: Sentencia 000027/2019

SENTENCIA N° 000027/2019

En Pamplona/Iruña, a 05 de febrero del 2019.

Vistos por el Ilmo./a D./Dña **FERNANDO PONCELA GARCIA**, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia N° 6 de Pamplona/Iruña y su Partido, los presentes autos de Procedimiento Ordinario n° 0000607/2018, seguidos ante este Juzgado a instancia de **BANCO SANTANDER S.A.**, representado/a por la Procuradora D./Dña. **NATIVIDAD IZAGUIRRE OYARBIDE** y asistido/a por el Letrado D./Dña. **IÑAKI IRIBARREN GARCIA**, contra D./Dña. **BANCO SANTANDER S.A.** representado/a por el Procurador **CARLOS HERMIDA SANTOS** y defendido/a por la Letrada D./Dña. **MARINA SABIDO CORONADO**.

ANTECEDENTES DE HECHO

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

1º).- Declare la nulidad absoluta del contrato de compra de derechos de ampliación de capital habido entre las partes de este proceso.

Declarada la nulidad de adquisiciones descritas, se acuerde la recíproca devolución de las prestaciones recibidas por las partes, con sus frutos e intereses, y en consecuencia, condene a la demandada a devolver a la parte actora la suma invertida de 5.362,50 euros, más los intereses legales devengados desde las fechas de cargo en cuenta hasta su efectiva devolución.

2º).- Subsidiariamente, de no entender procedente la nulidad de pleno derecho, que anule las suscripciones de compra de derechos de ampliación de capital habidos entre las partes del proceso:

Todas ellas por vicio en el consentimiento prestado por los demandantes, por concurrencia de error y dolo, y en meritos a la anulación, acuerde el restablecimiento de la situación anterior a tales operaciones con la recíproca devolución de las prestaciones recibidas por las partes, con sus frutos e intereses, y en consecuencia condene a la demandada **BANCO SANTANDER**, a devolver a la parte actora la suma invertida de 5.362,50 euros, más los intereses legales devengados desde las fechas de cargo en cuenta hasta su efectiva devolución.

3º).- Subsidiariamente, para el caso de no entenderse procedente la nulidad ni la anulabilidad de la suscripción de compra de derechos de la ampliación de capital, reseñada en las peticiones anteriores, que se declare la resolución de la misma, por incumplimiento de la demandada, de

Fecha y hora: 05/02/2019 14:05

Firmado por: FERNANDO PONCELA

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: <https://sedejudicial.navarra.es/>

Código Seguro de Verificación: 3120142006-666565862a62e64516176a7f5328f02d789k0AA==

sus obligaciones contractuales de diligencia, lealtad e información, con resarcimiento de daños y abono de intereses, que se concretan en la devolución a los actores de la suma invertida de 5.362,50 euros, más los intereses legales devengados desde la fecha de cargo en cuenta hasta su efectiva devolución.

4º).- Se imponga las costas a la parte demandada.

SEGUNDO.- Que admitida a trámite la demanda, se acordó la celebración del Juicio, que tuvo lugar el día 29 de Enero de 2019, habiendo comparecido las partes, quienes, tras practicarse la prueba admitida, alegaron lo que estimaron pertinente.

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 el presente litigio se ejercita por la parte actora una acciones de nulidad absoluta de un contrato u orden de compra de suscripción de acciones de BANCO POPULAR ESPAÑOL, por importe de 5.362,50 euros, de fecha 9 de junio de 2.016 (Documento nº 1 de la Demanda), otra subsidiaria de anulabilidad por dolo de la entidad financiera en la comercialización, o por vicio de error en el consentimiento o por infracción de las normas imperativas que regulan el mercado de valores y las normas de actuación de entidades de crédito, y finalmente, otra de resolución contractual, al amparo todo ello de lo establecido en los artículos 209, 213, 214 y 215 de la Ley 4/2015, de 23 de octubre, por la que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores, en los artículos 3, 8, 60 y 80 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en los artículos 60, 62 y 64 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión, y en los artículos 1.261, 1.265, 1.266, 1.269, 1.100, 1.101, 1.124, 1.301, 1.303 y 1.310 del Código Civil.

Frente a esta pretensión, la entidad financiera demandada, se opuso exponiendo los argumentos que tuvo por pertinentes.

SEGUNDO.- En el presente litigio no se discute que el demandante, en virtud de la firma de un contrato u orden de compra, invirtió el 9 de junio de 2.016, 5.362,50 euros en la suscripción de 4.290 acciones de BANCO POPULAR ESPAÑOL, en el marco de la ampliación de capital llevada a efecto en mayo de 2016, recibiendo en ese momento el folleto de información sobre las condiciones generales para la prestación de servicios de inversión y sobre la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros. También firmó el mismo día el contrato de custodia y administración de valores (Documentos nº 1 a 4 de la Demanda).

La parte demandada alega que no fue parte en este contrato de compraventa de derechos de suscripción preferente, sino el antiguo titular de los mismos, que los adquirió por 788,04 euros, tal y como reflejaría el Documento nº 3 de la Contestación a la Demanda. Sin embargo, si se

observa la orden de compra obrante como Documento nº 1 de la Demanda, se comprueba que las únicas personas identificadas en la misma son los hoy litigantes, sin que se haga mención a una tercera persona, lo que hace dudar razonablemente sobre la existencia real de esta tercera persona. De hecho, la parte demandada ni la identifica, por lo que no puede decir que la entidad financiera no intervino en dicha contraprestación. BANCO POPULAR ESPAÑOL, fue quien vendió esos derechos de suscripción preferente al actor, al no constar debidamente acreditado que la venta la hiciera un titular anterior. De hecho, de haber sido real esta participación de un tercero, como afirma la parte demandada, BANCO POPULAR ESPAÑOL habría hurtado a la parte actora incluso la información relativa a que dichos derechos tenían un titular anterior y sobre cual era la identidad de éste.

Resulta un hecho notorio que el BANCO POPULAR ESPAÑOL, el 7 de junio de 2.017, fue vendido por el FROB al BANCO SANTANDER, por el valor simbólico de 1 euro, como consecuencia de la resolución del banco, al considerarlo inviable, por parte del Mecanismo Único Europeo de Resolución de entidades bancarias implementado por las autoridades europeas y en el marco de un esquema de resolución adoptado por la Junta Única de Resolución y ejecutado por el FROB, de conformidad con los artículos 18, 20, 22 y 24 del Reglamento (UE) 806/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio, de la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2.014, y de la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión.

El dispositivo de resolución del BANCO POPULAR ESPAÑOL estableció la amortización de todas las acciones del Banco que estaban admitidas a negociación en Bolsa, por lo que los anteriores accionistas, como el demandante, perdieron el valor del 100% de sus inversión, al dejar de ser titulares de las acciones que habían adquirido como consecuencia de dicha inversión. Igualmente, el dispositivo de resolución realizó la conversión en acciones de todos los instrumentos de capital adicional de nivel 1 (bonos contingentemente convertibles en acciones), y su amortización inmediata, y la conversión de todos los instrumentos de capital de nivel 2 (deuda híbrida y subordinada) en acciones de nueva emisión, que fueron las que adquirió el BANCO SANTANDER por el precio de 1 euro. Así resulta de la Resolución de la Comisión Rectora del FROB, de fecha 7 de junio de 2.017, certificada por la Secretaria de dicha Comisión Rectora (Documento nº 2 de la Contestación a la Demanda).

Teniendo en cuenta que en 2.012, BANCO POPULAR ESPAÑOL, ya realizó otra ampliación de capital, con la finalidad, como la de mayo de 2.016, de capitalizarse y que según la certificación de la Secretaria de la Comisión Rectora del FROB, de fecha 7 de junio de 2.017 (Documento nº 2 de la Contestación a la Demanda), la Junta Única de Resolución, con carácter previo a adoptar la decisión sobre el dispositivo de resolución a implementar recibió dos valoraciones de la entidad financiera, que ascendían en el escenario más favorable a 2.000 millones de euros negativos y en el más estresado, de 8.200 millones de euros negativos; es evidente que su solvencia económica no era buena ni en 2.017 en que el FROB resolvió la conversión y amortización de todos los instrumentos de capital descritos del BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. y la transmisión de todas las acciones resultantes de este proceso a BANCO

SANTANDER, S.A., ni en 2.016 y en 2.012 en que se realizaron las respectivas ampliaciones de capital, pues solo desde esa consideración se puede entender la necesidad de realizar todas estas operaciones en tan corto periodo de tiempo. De ahí que la información que se pudo dar a los adquirentes de acciones en esta segunda operación de ampliación de capital sobre la situación económica de BANCO POPULAR ESPAÑOL, no reflejaba la realidad contable del mismo, por lo que se llevó a error a los pequeños inversores, que se hicieron una representación equivocada sobre la solvencia de la entidad, y consecuentemente, sobre la rentabilidad de la inversión. Frente a dicha errónea información, se encontraron como titulares de unas acciones de una entidad al borde de la insolvencia y con unas multimillonarias pérdidas no confesadas, que determinaron que por primera vez la autoridad europea decidiera la resolución de un banco. A raíz de ello, no cabe duda de que el conocimiento que se dio a los inversores que participaron en dicha ampliación de capital, es un error excusable que vició su consentimiento, pues de haber conocido la verdadera situación del banco, no habrían comprado en ningún caso, máxime si se tiene en cuenta que al tratarse de un inversor minoritario, carecía de otros medios para obtener información sobre los datos económicos que afectan a la sociedad, cuyas acciones salen a cotización y que son relevantes para tomar la decisión inversora. Por todas estas consideraciones BANCO POPULAR ESPAÑOL debería devolver todo el dinero de la inversión realizada por sus clientes, para la adquisición de acciones, con ocasión de su ampliación de capital en 2.016.

A pesar de la situación tan grave por la que estaba pasando la entidad financiera demandada, la información suministrada en los documentos que se entregaron al actor, obrantes como Documentos nº 3 y 4 de la Demanda, y a pesar de que en los mismos se hacían referencias genéricas a los riesgos derivados de la contratación de múltiples productos ofertados por la demandada, ninguna referencia hacían a ese dato tan importante, ni en cuanto a la situación económica presente de la entidad financiera, ni sobre la situación económica precedente, de cara a que el cliente se pudiera hacer una composición del aspecto de la inversión. Ninguna información se dio al cliente sobre la depreciación sufrida por la entidad financiera desde que estalló la crisis económica de 2.008, por su extensa cartera de activos inmobiliarios ni sobre las exigencias de cobertura de las operaciones de crédito en situación de mora, ni sobre las fuertes caídas que habían provocado las cotizaciones en bolsa, de las acciones de BANCO POPULAR ESPAÑOL, que habían provocado tanto que en 2.012 se tuviera que llevar a cabo una ampliación de capital de 2.500 euros, como que en 2.016 se tuviera que volver a ampliar el capital por similar importe. La parte demandada alega que estas circunstancias eran de conocimiento público cuando el actor decidió suscribir acciones de la demandada en la ampliación de capital, aportando para ello copias de dos periódicos no generalistas, sino de dos especializados en información de carácter económico (Documentos nº 4 de la Contestación a la Demanda), lo que pone de manifiesto que tales datos no eran conocidos por el público en general, sino solo por un público bastante mas restringido; los lectores de tales medios de comunicación.

La parte demandada alude a que la ampliación de capital fue precedida de la elaboración, aprobación y registro de un folleto informativo (Documentos nº 5 y 6 de la Contestación a la Demanda), que bien se cuidó

de no entregar personalmente al inversor días antes de materializarse la inversión, para que éste pudiera examinar algún dato económico de la entidad emisora. Por todo ello, no se puede afirmar que la demandada informara a la parte actora no solo de su situación económica, sino ni tan siquiera de los concretos riesgos derivados de la inversión. Tampoco los Documentos nº 9 y 10 de la Contestación a la Demanda suministran una información adecuada para conocer la situación económica del emisor de las acciones, por lo que si el actor pudo acceder a ellos, en nada le ayudaron a la hora de adoptar una decisión informada. Ni siquiera consta acreditado, a pesar de su importancia, que la demandada notificara personalmente al actor, en su calidad de accionista de la entidad, de los Hechos Relevantes, Notas de Prensa e Informes Trimestrales obrantes como Documentos nº 11 a 20, 22 a 26, 29 a 31, 33, 34, 39, 40 de la Contestación a la Demanda.

Ya establece el artículo 1.261 del Código Civil que, para que haya contrato se precisa la concurrencia de un consentimiento de los contratantes, un objeto cierto que sea materia de contrato y una causa de la obligación que se establezca. A su vez 1.265 del mismo texto legal señala que será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo y el artículo 1.300 del Código Civil establece que los contratos en que concurren los requisitos que expresa el artículo 1.261, antes citado, pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley.

El Tribunal Supremo, interpretando el artículo 1.266 del Código Civil, viene exigiendo para apreciar el error como vicio de la voluntad negocial, invalidante del consentimiento, los siguientes requisitos; 1º.- que sea esencial o sustancial, es decir, que recaiga sobre las condiciones de la cosa que hubieran dado motivo a la celebración del contrato, o, en otros términos, que la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen; 2º.- que sea excusable, es decir, no imputable al que sufre el error y no susceptible de ser superado mediante el empleo de la diligencia media, según las condiciones de las personas y las exigencias de la buena fe, con el fin de que el ordenamiento no proteja al que ha sufrido el error, cuando éste no merezca dicha protección por su conducta negligente.

En el presente caso, en que se ha instado en el suplico de la Demanda, la nulidad de la relación contractual que ligaba a las partes litigantes, es decir, de la orden de compra de acciones de BANCO POPULAR ESPAÑOL, que resulta del Documento nº 1 de la Demanda, sí parece que concurrirían todos los requisitos para apreciar en su caso, la nulidad de las mismas, por vicio en el consentimiento de los demandantes.

Una vez examinada la prueba obrante en autos, con arreglo a las reglas de la sana lógica, se podría concluir que la persona de BANCO POPULAR ESPAÑOL con la que trató la parte demandante, no cumplió con el deber informativo a que estaba obligada con arreglo al principio de buena fe contractual y a la normativa a que luego se aludirá. También cabría concluir que la parte demandante suscribió el referido contrato u orden de compra, con una idea muy equivocada sobre la verdadera situación económica de la entidad emisora de las acciones, motivada por la información errónea o cuando menos incompleta que aquella le proporcionó. Dicha información reflejaba una situación económica de

solvencia económica que en absoluto era cierta, lo que indujo a sus clientes a suscribir la compra de acciones de dicha entidad.

Se habría privado así a la parte actora de la posibilidad de conocer la verdadera entidad de los perjuicios que podría sufrir, de suscribir tal contrato, por lo que nos encontramos con que la información proporcionada a la parte demandante fue incorrecta e insuficiente, a pesar de saber la persona que les vendió el producto bancario, que el dato sobre la solvencia de la entidad emisora era esencial para decidir comprar o no, las mencionadas acciones.

Escamoteando esta información a su cliente, sustituyéndola por una información que no se ajustaba a la realidad, la persona que comercializó el producto abusó de la confianza e inexperiencia de éste en el ámbito financiero y permitió que la parte actora suscribiera el contrato u orden de compra, engañada por dicha confianza y confiada en que el producto que quería comprar estaba firmemente asentado sobre una solvencia de la entidad emisora que no era cierta.

Actuando de esta manera, la persona que comercializó el producto actuó de manera contraria a la buena fe contractual, al abusar de la confianza e ignorancia de un cliente, para inducirle a suscribir un contrato u orden de compra de valores, que en absoluto se ajustaba a las necesidades y deseos de dicho cliente. Es cierto que los Juzgados de Primera Instancia carecen de jurisdicción para limitarse a declarar la conformidad o no de la conducta de la demandada con las buenas prácticas y usos bancarios, dado que tal supervisión corresponde al Banco de España o a la Comisión del Mercado de Valores, pero sí tienen competencia plena para analizar si dicha entidad bancaria ha ceñido su conducta a la buena fe contractual, exigida por el artículo 7 del Código Civil y, -si la conducta del banco en relación al cliente está determinada mediante una normativa-, para analizar si el banco la ha infringido o no, como medio para examinar la existencia de un posible error invalidante del consentimiento necesario para la contratación, o para concretar la existencia de unos posibles daños y perjuicios derivados de esa infracción.

En otro orden de cosas, no está en absoluto acreditado que, un cliente como la parte demandante, carente de experiencia previa suficiente en contratos como el que es objeto de litigio, suscribiera ese contrato u orden de compra con conciencia y conocimiento de la situación económica de la entidad emisora de las acciones y tampoco se puede considerar que mediante el folleto informativo que le fue entregado por la persona que comercializó el producto, ésta cumpliera con su obligación de información previa.

De hecho, la parte demandante tampoco fue sometida a ningún test de conveniencia o idoneidad, lo que implica una grave infracción de las obligaciones contractuales y legales que en relación a ella tenía la entidad demandada, en su calidad de cliente de la misma. La parte demandada pudo haber aportado el documento en que constaran los resultados del mismo, debidamente firmado por el actor, como prueba de que fue él en persona el que se sometió al mismo, y en el que se reflejara la fecha exacta en que tal test de conveniencia o el de idoneidad fue realizado para determinar que se hizo antes de la suscripción de la orden de compra, pero nada aporta al respecto, por lo que dicha carencia probatoria debe jugar en su contra.

A este respecto, el Tribunal Supremo, en su Sentencia nº 840/2013 del Pleno, de 20 de enero, recurso nº 879/2012, estableció en relación a la contratación de un swap, pero plenamente aplicable a la contratación de otros contratos bancarios complejos, una doctrina que se reitera en las Sentencias nº 384/2014, 385/2014 y 387/2014, de 7 y 8 de julio de 2.014, según la cual;

“Ordinariamente existe una desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional. La complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros. Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, esta necesidad de protección se acentúa porque las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto.

Para entender bien el alcance de la normativa específica, denominada MiFID por ser las siglas del nombre en inglés de la Directiva 2004/39/CE (LCEur 2004, 1848 y LCEur 2005, 289) relativa a los mercados de instrumentos financieros (Markets in Financial Instruments Directive), de la que se desprenden específicos deberes de información por parte de la entidad financiera, debemos partir de la consideración de que estos deberes responden a un principio general: todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate. Este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 CC (LEG 1889, 27) y en el derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, reflejo de lo cual es la expresión que adopta en los Principios de Derecho Europeo de Contratos (The Principles of European Contract Law -PECL- cuyo art. 1:201 bajo la rúbrica " Good faith and Fair dealing " ("Buena fe contractual"), dispone como deber general: " Each party must act in accordance with good faith and fair dealing " ("Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe"). Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de proporcionar a la otra parte información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran en este caso los concretos riesgos que comporta el producto financiero que se pretende contratar...

...El art. 79 bis LMV (RCL 1988, 1644 ; RCL 1989, 1149 y 1781) regula los deberes de información que recaen sobre las entidades financieras que presten estos servicios de inversión. Estos deberes no se reducen a que la información dirigida a sus clientes sea imparcial, clara y no engañosa (apartado 2), sino que además deben proporcionarles, " de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión ", que " deberá incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias " (apartado 3).

El art. 64 RD 217/2008, de 15 de febrero (RCL 2008, 407) , regula con mayor detalle este deber de información sobre los instrumentos financieros y especifica que la entidad financiera debe "proporcionar a sus clientes (...) una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional". Y aclara que esta descripción debe " incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas".

En su apartado 2, concreta que " en la explicación de los riesgos deberá incluirse, cuando sea justificado en función del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los conocimientos y perfil del cliente, la siguiente información:

a) Los riesgos conexos a ese tipo de instrumento financiero, incluida una explicación del apalancamiento y de sus efectos, y el riesgo de pérdida total de la inversión.

b) La volatilidad del precio de ese tipo de instrumento financiero y cualquier limitación del mercado, o mercados, en que pueda negociarse.

c) La posibilidad de que el inversor, asuma, además del coste de adquisición del instrumento financiero en cuestión, compromisos financieros y otras obligaciones adicionales, incluidas posibles responsabilidades legales, como consecuencia de la realización de transacciones sobre ese instrumento financiero.

d) Cualquier margen obligatorio que se hubiera establecido u otra obligación similar aplicable a ese tipo de instrumento".

Evaluación de la conveniencia y de la idoneidad. Además, las entidades financieras deben valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad.

La entidad financiera debe realizar al cliente un test de conveniencia, conforme a lo previsto en el art. 79bis. 7 LMV (RCL 1988, 1644; RCL 1989, 1149 y 1781) (arts. 19.5 Directiva 2004/39/CE), cuando se prestan servicios que no conllevan asesoramiento. Se entiende por tales, los casos en que el prestatario del servicio opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada. Este test valora los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente, con la finalidad de que la entidad pueda hacerse una idea de sus competencias en materia financiera. Esta evaluación debe determinar si el cliente es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión ofertado o demandado, para ser capaz de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa. Como aclara el art. 73 RD 217/2008, de 15 de febrero (RCL 2008, 407) , se trata de cerciorarse de que el cliente " tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado".

Esta " 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 previsto, incluyendo la complejidad y los riesgos inherentes:

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

b) La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el periodo 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 " (art. 74 RD 217/2008, de 15 de febrero)...

...El test de idoneidad opera en caso de que se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras mediante la realización de una recomendación personalizada. La entidad financiera que preste estos servicios debe realizar un examen completo del cliente, mediante el denominado test de idoneidad, que suma el test de conveniencia (conocimientos y experiencia) a un informe sobre la situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y los objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del cliente, para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan.

Para ello, especifica el art. 72 RD 217/2008, de 15 de febrero , las entidades financieras " deberán obtener de sus clientes (...) 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 (...) cumple las siguientes condiciones:

a) Responde a los objetivos de inversión del cliente. 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 (...).

c) Es de tal naturaleza que el cliente cuenta con la experiencia y los conocimientos necesarios para comprender los riesgos que implica la transacción (...).

Como afirma la STJUE de 30 de mayo de 2013 (TJCE 2013, 142) , caso Genil 48. S.L. (C-604/2011) , "(l)a cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente" (apartado 53). Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el art. 52 Directiva 2006/73 (LCEur 2006, 1963) , que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.4 Directiva 2004/39/CE.

El art. 4.4 Directiva 2004/39/CE define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como " la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros". Y el art. 52 Directiva 2006/73/CE aclara que " se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...)", que se

presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales. Carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público.

De este modo, el Tribunal de Justicia entiende que tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un swap, realizada por la entidad financiera al cliente inversor, "que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público" (apartado 55)...

...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.

El error que, conforme a lo expuesto, debe recaer sobre el objeto del contrato, en este caso afecta a los concretos riesgos asociados con la contratación del swap. El hecho de que el apartado 3 del art. 79 bis LMV (RCL 1988, 1644 ; RCL 1989, 1149 y 1781) imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como el swap contratado por las partes, el deber de suministrar al cliente minorista una información comprensible y adecuada de tales instrumentos (o productos) financieros, que necesariamente ha de incluir "orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos", muestra que esta información es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento. Dicho de otro modo, 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...

...Pero conviene aclarar que lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente minorista que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera del deber de informar previsto en el art. 79 bis.3 LMV, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información.

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 suministrarla 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...

...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”.

No se puede alegar que la persona que comercializó el producto cumplió con las obligaciones que sobre ella pesaban en cuanto comercializadora, sólo porque la orden de compra fue firmada por la parte actora y porque dispuso de la posibilidad de interrogarle sobre aquellos aspectos que no tuvieran claros. Dado que no se le aportó información cierta sobre la exacta situación económica de la emisora de las acciones, las preguntas que formulara, no podían ser las adecuadas para comprender la trascendencia de ese contrato u orden de compra.

En el presente caso, como ya se ha dicho, es evidente que se abusó de la confianza que la parte actora otorgó a BANCO POPULAR ESPAÑOL, quebrantando así el acuerdo tácito que existe entre clientes y bancos, consistente en que el cliente firma contratos prácticamente ininteligibles, o en ocasiones no del todo comprensibles, a cambio de que el banco no le engañe sometiéndole a una inversión, que atente notoriamente contra sus intereses.

Por tanto, el BANCO POPULAR ESPAÑOL incumplió su obligación de informar a la parte demandante sobre su exacta situación financiera, elemento éste determinante para que un cliente pueda hacerse un juicio aproximado sobre la conveniencia o no de la inversión. Es evidente que si la parte actora hubiera conocido que la situación de la entidad emisora de las acciones era tan problemática que pocos meses después de la suscripción de las acciones, iba a ser resuelta, y vendida por 1 euro a BANCO SANTANDER, no habría adquirido esas acciones, pues la minoración de su valor era previsible.

De ahí, que BANCO POPULAR ESPAÑOL incumplió con el contrato que le ligaba a la parte actora, que es el que se deriva de la comercialización del contrato u orden de compra de acciones, objeto de litigio. Al no cumplir con dichas obligaciones contractuales y legales, al no proporcionar a su cliente todos los elementos de juicio necesarios para decidir debidamente sobre la inversión que le ofertó, dicha entidad, dada su actuación totalmente antijurídica, debería responder de los resultados dañinos derivados de su actuar negligente.

Correspondía a la entidad demandada acreditar que la información suministrada al cliente sobre su situación financiera, al tiempo de suscribir el contrato, había sido correcta, pero nada de ello ha acreditado. Antes bien, está totalmente acreditado todo lo contrario, por lo que la parte actora incurrió en error invalidante del consentimiento, en el sentido exigido por el Código Civil.

A raíz de ello, procedería declarar la nulidad de la orden de compra de acciones objeto de Demanda, al infringir la entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL no solo sus obligaciones contractuales sino toda la normativa antes aludida de carácter esencialmente imperativo, lo que implicaría que los contratantes debieran restituirse recíprocamente las cosas que

hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con sus intereses, con la finalidad de que las partes volvieran a la situación personal y patrimonial anterior al acto de contratación que se declara nulo.

Por todo ello, procede declarar la nulidad de la orden de compra de acciones objeto de Demanda, al infringir la demandada no solo sus obligaciones contractuales sino toda la normativa antes aludida de carácter esencialmente imperativo, lo que implica que los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con sus intereses, con la finalidad de que las partes vuelvan a la situación personal y patrimonial anterior al acto de contratación que se declara nulo.

La parte demandada quiere hacer creer que fueron las circunstancias que se sucedieron durante las semanas previas al 7 de junio de 2.017, las que provocaron su resolución, pero solo desde una interpretación muy sesgada de la realidad se puede mantener tal hipótesis. Puede que en esas semanas anteriores se produjeran algunos acontecimientos que adelantaron dicha resolución, como las retiradas masivas de depósitos durante los días previos a la resolución, pero la misma iba a producirse no mucho más tarde, por la imposibilidad del banco para reflotarse por sí solo, a pesar de las diversas medidas adoptadas, como consecuencia en buena medida del enorme lastre que suponían sus activos inmobiliarios y que arrastraba desde antes de la primera de las ampliaciones de capital en 2.012.

Con arreglo a todo lo anteriormente expuesto, de conformidad con los artículos 1.261.1, 1.265, 1.266, 1.301, 1.202, y 1.306.2º del Código Civil, en relación con los artículos 73 y 74 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el Régimen Jurídico de las Empresas de Servicios de Inversión, que modifica el Real Decreto 1309/2003, de 4 de noviembre de Instituciones de Inversión Colectiva y que resulta de la transposición a nuestro ordenamiento mediante el Real Decreto 47/2007, de la directiva 2004/39/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los mercados de instrumentos financieros (Directiva MIFID), con los artículos 209, 213, 214 y 215 de la Ley 4/2015, de 23 de octubre, por la que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores, y con los artículos 3, 8, 60 y 80 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, procede declarar la nulidad de la relación contractual existente entre ellos, en concreto de los de la relación contractual existente entre ellos, en concreto de la Orden de Compra de acciones de BANCO POPULAR ESPAÑOL, de fecha 9 de junio de 2.016, en virtud de la cual adquirió 4.290 acciones de esta entidad, condenando a la demandada a devolver a la parte actora la suma de 5.362,50 euros abonados en total por la parte actora en aquella operación, más los intereses legales del principal desde la fecha de la compra de las acciones.

No procede acordar la devolución por parte de la parte actora a la entidad, de las acciones objeto de la compraventa, porque al haber sido estas amortizadas como consecuencia de la resolución de la Comisión Rectora del FROB de fecha 7 de junio de 2.017, es decir, por causas ajenas a la parte actora e imputables totalmente a la parte demandada, no es posible realizar dicha devolución.



CUARTO.- De conformidad con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y habiendo sido estimada la Demanda, procede condenar a la parte demandada al abono de las costas procesales causadas.

Vistos los citados artículos y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Que debo ESTIMAR y ESTIMO la Demanda interpuesta por la Procuradora Sr. Izaguirre, en nombre y representación de [REDACTED] frente a la mercantil BANCO SANTANDER, S.A., en el sentido de declarar la anulabilidad de la relación contractual existente entre ellos, en concreto de la Orden de Compra de acciones de BANCO POPULAR ESPAÑOL, de fecha 9 de junio de 2.016, en virtud de la cual adquirió 4.290 acciones de esta entidad, condenando a la demandada a devolver a la parte actora la suma de 5.362,50 euros, abonados en total por la parte actora en aquella operación, más los intereses legales del principal desde la fecha de la compra de las acciones. Se condena a la parte demandada al abono de las costas procesales causadas.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe interponer recurso de apelación en ambos efectos en este Juzgado para ante la Ilma. Audiencia Provincial de Navarra, en el plazo de **VEINTE DIAS** desde su notificación.

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

E/

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 3173000004060718 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.

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://sedejudicial.navarra.es/	Fecha y hora: 05/02/2019 14:08
Código Seguro de Verificación 3120142006-44655862a62e645d76a7153126102d75pa0AA**	Firmado por: FERNANDO PONCELA

www.bufetepicon.com