

**JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 19
ZARAGOZA**

SENTENCIA: 00061/2014
JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 19 DE ZARAGOZA

-

CIUDAD DE LA JUSTICIA, EDIFICIO VIDAL DE CANELLAS, ESCALERA G, PLANTA 3ª
Teléfono: 976208713-976208669
Fax: 976208715

045700

N.I.G.: 50297 42 1 2012 0032458
PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0001233 /2012 C

Procedimiento origen: /

Sobre OTRAS MATERIAS

D/ña. [REDACTED], [REDACTED]

Procurador/a Sr/a. PEDRO AMADO CHARLEZ LANDIVAR, PEDRO AMADO CHARLEZ LANDIVAR

Abogado/a Sr/a.

DEMANDADO D/ña. POPULAR BANCA PRIVADA S.A.

Procurador/a Sr/a. [REDACTED]

Abogado/a Sr/a.

DOÑA [REDACTED], Magistrada-Juez titular del Juzgado de Primera Instancia número 19 de Zaragoza y su partido HA PRONUNCIADO la siguiente

SENTENCIA

En la ciudad de Zaragoza, a treinta y uno de marzo de dos mil catorce; habiendo visto y oído los presentes autos de juicio ordinario, tramitado ante este Juzgado bajo el número 1.233/12, y entre partes; como demandantes D. [REDACTED] y D^a [REDACTED], representados por el procurador de los tribunales D. Pedro Amado Charlez Landivar y asistidos por el letrado D. Álvaro García Graells; y como demandada **POPULAR BANCA PRIVADA S.A., (PBP)** representada por la procuradora D^a M^a [REDACTED] y asistida por la letrada D^a [REDACTED]; sobre resolución de contrato y reclamación de cantidad, y

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación procesal de la parte actora se presentó en fecha 14 de diciembre de 2012 demanda de juicio ordinario contra la indicada

demandada, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, concluyó con la petición al Juzgado de que se dictara sentencia por la que estimando la demanda acuerde: a) declarar la nulidad radical de la Orden de Compra de valores de Kauphting Bank de 17/10/2007 llevada a cabo por D. ██████████ y D^a ██████████, Código ISIN nº DE000A0E6B87, bajo el asesoramiento y/o intermediación de Popular Banca Privada como consecuencia del vicio/error del consentimiento, declarándose que PBP ha sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones de diligencia, lealtad e información como comisionista prestador de servicios de inversión y se condene a PBP, tras la declaración de nulidad, a la adquisición de los títulos objeto de comercialización, con la devolución de la cuantía relativa a la inversión ascendente a la suma efectiva desembolsada de 37.077,95 € más los intereses legales desde la fecha de la inversión e incrementados en dos puntos desde la fecha de la sentencia hasta su completo pago; b) Subsidiariamente a lo anterior, se declare que PBP ha sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones de diligencia, lealtad e información como comisionista prestador de servicios de inversión y depositario de valores, infringiendo la buena fe contractual, así como la normativa del Mercado de Valores de aplicación, artículos 78 y 79 de la Ley 24/1988 y el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, y se condene a PBP a indemnizar al demandante, por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de su negligente actuar, equivalente a la suma de 37.077,95 €, más los intereses legales desde la fecha de la inversión e incrementados en dos puntos desde la fecha de la sentencia hasta su completo pago; y c) se condene en ambos casos a las costas del procedimiento a Popular Banca Privada.

SEGUNDO.- Dado traslado de la demanda a la demandada se formuló por la misma contestación solicitando se desestimara íntegramente la demanda, absolviéndole libremente de todas las pretensiones contenidas en la demanda, con expresa imposición de las costas a la parte demandante.

TERCERO.- Señalado día para la celebración de la audiencia previa, el día fijado comparecieron ambas partes; proponiendo cada una la prueba que tuvieron por conveniente, siendo admitida la estimada pertinente, que fueron practicadas en el acto del juicio; quedando seguidamente los autos conclusos para sentencia.

CUARTO.- En la tramitación del presente pleito se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los actores piden la declaración de nulidad de las operaciones y/o la indemnización por daños y perjuicios por incumplimiento del contrato de asesoramiento e intermediación financiera contra PBP relativo a la compra de participaciones preferentes de la entidad islandesa “kaupthing bank” con la devolución de la inversión nominal (41.000 €), más intereses, al haber sido realizada bajo un inadecuado asesoramiento, incumpliendo las obligaciones contractuales de aplicación a los intermediarios de Servicios Financieros de Inversión, habiendo provocado error y carencia de información en el demandante respecto de la inversión en un producto de alto riesgo, con un importe efectivo de 37.077,95 €. Para fundar dicha petición señalan que él es funcionario y su esposa empleada de hostelería, careciendo de conocimientos de los mercados Financieros, habiendo comenzado la relación con la demandada en Iberagentes Activos S.V.S.A. –después adquirida por PBP-, a través de un contrato de gestión de cartera suscrito el 22/04/02 –en aquellas fechas tenían acciones de Zurich, depósito garantizado, depósito IPBP 45 Plus, contrato financiero Atípico y Depósito IPBP Lanzamiento-. Asimismo señala que el empleado D. [REDACTED] les recomendó con fecha 20/06/03 el traspaso de la cuenta Fondgestión nº 2810720, con la que no obtenían rendimientos o eran muy bajos, a PBP, y con relación al proceso de compra el 17/10/07 de las “OB KAUPTHING BANK 6,25%”, señalan que el Sr. [REDACTED] les llamó diciendo que tenía un producto muy bueno, pasándose el demandante por las oficinas de PBP, informándole verbalmente de distintos productos y sus rentabilidades, aconsejándole la inversión en los bancos islandeses debido a su alta rentabilidad, sin darle información alguna escrita, tan solo aconsejándole que lo podía comprar por debajo de su valor por lo que la amortización todavía sería más beneficiosa cuando se lo recomprara la entidad y que era un producto de alta seguridad sin ningún riesgo; indicándole que era un banco finlandés que iba muy bien. Añade que no conocía el funcionamiento del producto, aunque tenía otros similares –acciones de Zurich o de ABN AMRO, a través de la gestora [REDACTED] [REDACTED] cuando estaba en Iberagentes- pues mantenía un contrato de gestión de cartera, siendo la entidad quien le aconsejaba la adquisición de todas sus inversiones y afirmando que los documentos en los que se reflejaban todas estas inversiones carecían de la mínima y necesaria información (ni se le advirtió de los riesgos de crédito y liquidez del emisor, del carácter perpetuo, subordinado del

mercado donde cotizan, del funcionamiento de una opción “call” o fecha de amortización, ni de la legislación aplicable en caso de evento, ni del informe del Observatorio de Coyuntura Internacional de marzo de 2006 sobre de la crisis que se cernía sobre los bancos islandeses). En base a lo así informado procedió a contratar lo que creyó eran obligaciones de renta fija, cuando eran realmente participaciones preferentes, y PBP solo le informó cuando ya era tarde, pues los bancos islandeses habían sido intervenidos.

Más adelante, tras referir que la demandada es una entidad dedicada a los servicios financieros de banca de inversión, dependiente del grupo Banco Popular, y a su condición de inversores minoristas, alegan que, al menos desde 2001, existía la diferenciación entre productos simples y complejos (de riesgo, de alto riesgo, agresivos), la clasificación de los clientes, la obligación de fijar su perfil (distinguiendo entre minorista y profesional) y la obligación de información al cliente, añadiendo que a la firma de la inversión (17/10/07) los demandantes no tenían suscrito con PBP contrato de intermediación, pues no se firmó hasta 2010, estando en vigor el contrato de gestión de cartera de valores y asesoramiento que inicialmente fue con Iberagentes, siendo la normativa aplicable la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores, por lo que el banco nunca debió recomendarle la adquisición de productos de alto riesgo inadecuados para su perfil conservador, ni denominarlos obligaciones de renta fija, producto sin riesgo, cuando eran participaciones preferentes y producto de alto riesgo, provocando la adquisición de un producto no deseado (docs. 8 y 9 consistente en la orden de compra y su confirmación). Fue a los pocos días de la compra, el 1/11/07 cuando se les entregó una copia de las Condiciones Generales para la prestación de Servicios de Inversión, como consecuencia de la trasposición al derecho español de la Directiva MiFID a través de la LMV de 2007, en la que se hacía constar entre los servicios de inversión que el cliente podía contratar no solo los de gestión de carteras y administración y custodia de instrumentos financieros por cuenta del cliente, sino también el de asesoramiento en materia de inversión. Así se clasificaba al cliente como minorista, debiendo antes de la prestación de los servicios contratados evaluar la idoneidad del cliente para la operaciones recomendadas y para la contratación de servicios distintos de asesoramiento en materia de inversión y gestión de carteras y la entidad debería recabar información necesaria que le permita determinar si tiene experiencia y comprende los riesgos que implican el específico producto que le

propone contrate (evaluación de conveniencia); debiendo la entidad antes del inicio de la prestación de los servicios de inversión proporcionar al cliente la información necesaria que contenga una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros; después deberá facilitarles una información de las actividades de gestión de cartera llevada a cabo al menos semestral.

Asimismo afirman que el producto lo comercializaba la entidad como obligaciones de renta fija extranjera, desprendiéndose la carencia informativa de la orden de compra de diversas circunstancias. Así, se utiliza la abreviatura "Accs" cuando realmente no eran acciones sino participaciones, no parecen reflejados ni el riesgo de mercado, de crédito y de liquidez del emisor, su carácter perpetuo, ultrasubordinado, el mercado donde cotizan, no se explica el funcionamiento de una opción "call". En base a ello afirma que se incumplían los derechos de información de los inversores, pues no se hacía referencia a las características de las participaciones preferentes, sus riesgos, no siendo ni precisos, ni completos, ni correctos los datos obrantes en la misma, según refiere a continuación.

Tras hacer mención al Informe del Observatorio de Coyuntura Económica Internacional de marzo de 2006 sobre la crisis Islandesa (conclusiones pág. 12: vulnerabilidad y signos de debilidad de su economía), a la crisis de los Bancos Islandeses y la responsabilidad de las Entidades Financieras y a la intervención de los Bancos islandeses, así como a la posición de la CNMV y al informe del perito D. Prosper [REDACTED], se refiere a la posición de PBP tras la nacionalización de KB, y a la posición de distintos tribunales, afirmando que se le ha producido un daño cuyo resarcimiento interesa.

SEGUNDO.- Por su parte la mercantil demandada se opone a la demanda señalando que los demandantes eran inversores asiduos y con una dilatada experiencia en materia de inversiones financieras, pues habían adquirido con anterioridad, con la intermediación del BPB, participaciones preferentes de carácter perpetuo, emitidas por Zurich Financial, en el año 2003, por ABN Amro, en el año 2006 y otras de Fortis Hybrid Financia, en agosto de 2008, además de invertir en instituciones de inversión colectiva y en renta variable nacional. Asimismo añaden que no tenían un servicio de asesoramiento, sino que el servicio prestado por la demandada era de mera intermediación en la compra de los títulos y que cumplieron, respecto a los valores adquiridos por los demandantes, su deber de información. Posteriormente tras llevar a cabo diversas consideraciones sobre la

solvencia de Kaupthing Bank, en la fundamentación jurídica comienzan oponiendo la excepción de caducidad de la acción tendente a obtener la anulabilidad del contrato de valores, por vicio del consentimiento, al haber transcurrido el plazo de 4 años previstos en el artículo 1.301 CC, niega la existencia de vicio alguno invalidante del consentimiento prestado por los actores, afirmando haber cumplido sus obligaciones como mandatario y rechazando que concurren las exigencias de la jurisprudencia para que prospere acción alguna ejercitada al amparo de los artículo 1.1.24 o 1.101 CC, invocando los actos propios de los demandantes.

TERCERO.- Antes de entrar en el examen de las alegaciones formuladas, resulta preciso poner de manifiesto que los productos objeto de la controversia son títulos de Kaupthing Bank 6,25%, Call 27/06/10, Código ISIN DE000A0E6B87, los cuales son “Capital Notes”, títulos híbridos con las características propias de la renta fija y de la renta variable, que dan derecho al cobro de un cupón o cantidad previamente determinada y no a un dividendo como en el caso de las acciones de las sociedades anónimas, carentes de derechos políticos y emitidos a perpetuidad, en los que bajo determinadas condiciones se admite su conversión en “capital condicional”. Dichos productos pueden ser amortizados anticipadamente a opción del emisor, pero si la entidad no ejerce la opción de amortización anticipada, el producto es perpetuo, aunque está admitido a negociación en los mercados secundarios extranjeros.

CUARTO.- Opuesta por la parte demandada en primer lugar la excepción de caducidad de la acción fundada en vicio del consentimiento, alegando haber transcurrido el plazo de 4 años previstos en el artículo 1.301 CC, procede comenzar con la resolución de la misma.

Dicha cuestión ha sido objeto de examen con relación a otros litigantes en análoga posición que los demandantes por la sentencia de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza 209/2013, de 10 de mayo, en la que se razona lo siguiente:

«CUARTO.- Esta cuestión ha de partir, como señala la sentencia apelada, de la distinción entre "nulidad absoluta" y "relativa" o "anulabilidad". El primer supuesto se da cuando no concurren los requisitos del Art.1261 C. civil en el negocio jurídico controvertido. En este caso, sería la inexistencia de consentimiento, cuya característica radica en la imposibilidad de producir efecto jurídico alguno y, por

ende, en la inexistencia de plazo de caducidad o prescripción para el ejercicio de la acción correspondiente. Así lo ha descrito la jurisprudencia (Ss T.S 10-abril-2001 y 6-septiembre-2006).

Ahora bien, la última de estas resoluciones hace referencia a supuestos de absoluta carencia de alguno de los elementos del art.1261 C.c. situación que no se da en el supuesto enjuiciado. El demandante aceptó la contratación del producto financiero, como se deduce de su duración y de la existencia de otros productos similares. Prestó su aquiescencia, siquiera de forma genérica, a la existencia de una relación negocial en la que por la inversión de un determinado capital recibiría unas contraprestaciones económicas. Otra cosa es que supiera verdaderamente el contenido de lo contratado. Pero ello entra dentro de los supuestos de anulabilidad y no de nulidad radical.

QUINTO.- Tratándose, pues, de aquélla, el plazo de caducidad sí resulta trascendente. Como señala el art 1301 C.c , en los casos de error el tiempo para el ejercicio de la acción empezará a correr desde la "consumación" del contrato. Por tanto, no desde la perfección.

Esta terminología plantea dudas al llevarla a la práctica y sentencias contradictorias en el seno de las Audiencia Provinciales. Las hay que hacen coincidir el día inicial del cómputo con la fecha del contrato (SsAP Santa Cruz de Tenerife, secc 3ª, de 18-5- 2012 y Vizcaya, de 30-9-2011), otras que consideran la consumación en las obligaciones sinalagmáticas con el total cumplimiento de las pretensiones de ambas partes y siendo de tracto sucesivo no habría consumación hasta el completo transcurso del plazo que se concertó (SAP Barcelona, secc. 16 , 26-9-2012), Otros, fuerzan el concepto de vicio insubsanable para incardinar el defecto en la nulidad radical (S.A.P Madrid secc 14 , 3-9-2012). La SAP Valencia, secc 9ª, de 16-7-2012 , recoge un elenco de sentencias del Alto Tribunal, entre las que destacan la de 11 de junio-2003 (ponente Sr. ██████████) que declara que " dispone el Art 1301 C.civil , que en los casos de error, o dolo, o falsedad de la causa, el plazo de cuatro años, empezará a correr, desde la consumación del contrato, norma a la que ha de estarse de acuerdo con el art. 1969 del citado código ". Es decir, sin duda está pensando en la "posibilidad real" del ejercicio de la acción. Por ello, se recogen otras resoluciones del T.Supremo en la misma línea, para corroborar dicha interpretación. La S.T.S 11-julio-1984 afirma que "es de tener en cuenta que.....el cómputo para el posible ejercicio de la acción de... anulabilidad... se produce a partir de la consumación del contrato, osea, hasta la realización de todas

las obligaciones".Citando la S.T.S 24-6-1897 , que manifestó 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".

SEXTO. - Ciertamente que nos encontramos ante una situación jurídicamente poco segura. Pero cierto también que la citada S.T.S 11-6-2003 matiza que todo ello no significa que la acción nazca a partir del momento de la consumación del contrato, "sino que la misma podrá ejercitarse hasta que no trascorra el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato que establece el Artl 1301 C.c". Y así se refiere al caso de una "renta vitalicia".

Por tanto, con independencia de si ha existido o no error en el consentimiento, ha de entenderse -según esa doctrina- que el ejercicio de la acción de anulabilidad se puede comenzar durante la vigencia de un contrato en el que, además, se producen prestaciones periódicas (el denominado "cupón"). Acción que tendrá sentido ejercitar cuando el resultado económico querido y esperado no se produce, pues entonces surgiría la duda sobre el contenido de lo contratado. Situación que se produce en el año 2008, con la quiebra del "KB" islandés, ya que el 27-12-2007 consta en autos el cobro de un cupón (f.473 de los autos, doc 37 de la demanda).

Este sería el sentido de la S.A.P. Barcelona, secc 16, de 26-9-2012, que hace coincidir el dies a quo con el primer resultado negativo derivado del contrato bancario o financiero.

Sin embargo, esta doctrina, pese a ser sugerente, no es pacífica. Esta sección se ha pronunciado al respecto en sus sentencias de 30-3-2012 y 31-1-2013 en el sentido de considerar la consumación del pacto una vez ejecutada la orden de compra. Pese a lo expuesto, no se aprecian, por el momento, razones suficientes para modificar dicha tesis. Lo que, en el caso que nos ocupa, supondría la caducidad de la acción».

QUINTO.- A la vista de los términos de la impugnación, ha de comenzarse poniendo de manifiesto que en el presente caso no era aplicable al caso la Ley 47/2007, de 19 de diciembre que transpuso al ordenamiento jurídico interno la Directiva 2004/39/CE, sino que la normativa aplicable en lo referente a la información que debía suministrarse al cliente era la exigida por el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre Normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios.

Como consecuencia de ello, resultaba aplicable el artículo 79.1 a) de la Ley de Mercado de Valores –el mismo establecía que "las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el Mercado de Valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, deberán atenerse a los siguientes principios y requisitos: a) Comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado"- , y el Decreto 629/1993, de 3 de mayo, que establecía como anexo un código de conducta en el que se exigía, entre otras obligaciones: "Artículo 4. Información sobre la clientela. 1. Las Entidades solicitarán de sus clientes la información necesaria para su correcta identificación, así como información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión cuando esta última sea relevante para los servicios que se vayan a proveer. 2. La información que las Entidades obtengan de sus clientes, de acuerdo con lo previsto en el apartado anterior, tendrá carácter confidencial y no podrá ser utilizada en beneficio propio o de terceros, ni para fines distintos de aquellos para los que se solicita. 3. Las Entidades deberán establecer sistemas de control interno que impidan la difusión o el uso de las informaciones obtenidas de sus clientes.- Artículo 5. Información a los clientes. 1. Las Entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos. 2. Las Entidades deberán disponer de los sistemas de información necesarios y actualizados con la periodicidad adecuada para proveerse de toda la información relevante al objeto de proporcionarla a sus clientes. 3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos. 4. Toda información que las Entidades, sus empleados o representantes faciliten a sus clientes debe representar la opinión de la Entidad sobre el asunto de referencia y estar basada en criterios objetivos, sin hacer uso de información privilegiada. A estos efectos, conservarán de forma sistematizada los estudios o análisis sobre la base de los cuales se han realizado las recomendaciones. 5. Las Entidades deberán informar

a sus clientes con la máxima celeridad de todas las incidencias relativas a las operaciones contratadas por ellos, recabando de inmediato nuevas instrucciones en caso de ser necesario al interés del cliente. Sólo cuando por razones de rapidez ello no resulte posible, deberán proceder a tomar por sí mismas las medidas que, basadas en la prudencia, sean oportunas a los intereses de los clientes. 6. Deberán manifestarse a los clientes las vinculaciones económicas o de cualquier otro tipo que existan entre la Entidad y otras Entidades que puedan actuar de contrapartida. 7. Las Entidades que realicen actividades de asesoramiento a sus clientes deberán: a). Comportarse leal, profesional e imparcialmente en la elaboración de informes. b). Poner en conocimiento de los clientes las vinculaciones relevantes, económicas o de cualquier otro tipo que existan o que vayan a establecerse entre dichas Entidades y las proveedoras de los productos objeto de su asesoramiento. c). Abstenerse de negociar para sí antes de divulgar análisis o estudios que puedan afectar a un valor. d). Abstenerse de distribuir estudios o análisis que contengan recomendaciones de inversiones con el exclusivo objeto de beneficiar a la propia compañía".

Pues bien, como señala, a la vista de dichos preceptos, la sentencia de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza 58/2012, de 3 de febrero, "ciertamente existía la obligación de suministrar la entidad que presta los servicios mediación "toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión" y, si bien no exigía la concreta actuación de la demandada tendente a acreditar la idoneidad y adecuación de los servicios ofrecidos a través de los oportunos test "en formato normalizado", en modo alguno se exoneraba a la demandada de prestar la oportuna información".

SEXTO.- Sobre la cuestión debatida relativa a la necesaria información sobre el producto la sentencia antes reseñada de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza – a la que corresponde conocer en apelación de los recursos promovidos contra las sentencias de este Juzgado- ha señalado lo siguiente:

«NOVENO.- La última jurisprudencia al respecto recoge la doctrina tradicional sobre el error en el consentimiento y sobre las condiciones de su excusabilidad, de tal manera que remite a cada caso concreto la decisión de si esa doctrina clásica es o no aplicable en la situación enjuiciada (Ss. T.S 15 y 21 noviembre-2012).

Ahora bien, en la comercialización de productos bancarios y financieros tiene una relevancia fundamental la exigibilidad de un cierto comportamiento de los oferentes o -cuando menos- comercializadores de esos productos. La legislación

sectorial no ha hecho sino recoger ese "plus" de diligencia necesario en un sector del tráfico jurídico dotado de una especial complejidad terminológica, conceptual y de desarrollo. Por lo tanto, la configuración del equilibrio obligacional exige un determinado "agere" al elemento del negocio jurídico más potente (el banco). Si bien el incumplimiento de ese comportamiento específico no necesariamente y de forma automática significará una consecuencia negativa en el haber de la entidad bancaria o financiera, sí que presupone una carga probatoria adicional de quien incumplió esa exigencia de "requilibrio" negocial o contractual. Así lo ha recogido la jurisprudencia. La S.T.S 14-noviembre-2005 señala que la diligencia de las entidades financieras a la hora de comercializar productos de cierta complejidad no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica de un ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes, de tal manera que la carga probatoria acerca de tal extremo debe de pesar sobre el profesional financiero, lo cual es lógico, por cuanto desde la perspectiva de los clientes se trataría de un hecho negativo, cual es la ausencia de dicha información. Lo que se corresponde con la distribución del "onus probandi" que recoge el art.217 LEC (S.s A.P Valencia, 26-4-2006 y Palma de Mallorca, secc 3ª, 16-2-2012, entre otras).

DÉCIMO. - Por otra parte, la legislación aplicable también suele ser -y ha sido en este caso- objeto de concreción. Comercializado el producto en 2006, no le era aplicable una normativa que aún no había entrado en vigor. La ley 47/07 que modificó la L.M.V. para adecuarla a la Directiva comunitaria 2004/39 CE del Parlamento y del Consejo, de 21-abril-2004, denominada MIFID, entró en vigor el 21-12-2007 (al día siguiente de la publicación en el BOE).

Sin embargo, ello no es óbice para tener en cuenta una serie de pautas. Aunque ya queda lejano en el tiempo, la ley del contrato de seguro 50/80, inauguró una etapa legislativa de especial protección no sólo del consumidor strictu sensu, sino del cliente, por entender que es la parte más débil del contrato. No sólo económicamente, sino desde la óptica del asesoramiento jurídico, económico y de la posición de conocimiento e influencia en el mercado. Y, además, por ser el "oferente" de las condiciones al que -en su caso- habría que aplicarle el canon "contra proferentem" a fin de evitar abusos. Así, Ss.T.S. 158/11, de 23 marzo , 711/08, de 22 de julio y la más reciente de 15-noviembre-2012 .

Pero, más específicamente, resulta claramente recogida esta evolución en el R.D.629/93, de 3 de mayo, "sobre normas de actuación en el mercado de valores y

registros obligatorios", que sí estaba en vigor en el momento de contratarse el producto litigioso.

Alrededor de esta norma directa, existen otras que inciden en la misma obligación tuitiva del cliente y de transparencia y veracidad de la entidad financiera. Así, el Art.48 de la ley 26/88, de Disciplina e Intervención de las entidades de crédito.

ONCEAVO.- En cuanto a la normativa específicamente aplicable (R.D.629/93), esta Audiencia ha reiterado (S.s 294/12,29- junio, 14-noviembre-2012, 18-diciembre-2012, secc 4ª) que el código de conducta del mismo ya establecía unas pautas de comportamiento ciertamente exigentes. No deberán de anteponer los intereses propios a los de sus clientes (art 1. del Anexo: Código General de conducta de los mercados de valores). Deberán de recabar la información necesaria sobre la experiencia inversora del cliente (Art 4 del Anexo). "Y deberán de informar al cliente, no de forma genérica, sino correcta, precisa y suficiente, haciendo hincapié en los riesgos de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Todo ello para evitar una incorrecta interpretación (art 5 del Anexo). Además, las Entidades deberán disponer de los sistemas de información necesarios y actualizadas para proveerse de toda la información relevante y proporcionarla a los clientes. Habrán de conservar sistematizadamente los estudios o análisis sobre la base de los cuales se han realizado las recomendaciones, e informar a sus clientes con la máxima celeridad de todas las incidencias relativas a las operaciones contratadas por ellos, recabando de inmediato nuevas instrucciones del cliente (art 5 Anexo)".

Si comparamos esta normativa con la que implementa la transposición de la Directiva MIFID se puede concluir que la esencia del comportamiento bancario estaba recogido en el R.D. 629/93, a falta de las concreciones que aporta la modificación de la L.M.V. Incluso, es preciso recordar que el germen de esa actitud leal y diligente -explicitado por normas sectoriales por mor de la "seguridad jurídica"- ya estaba contemplado en el art.1258 C.civil».

SÉPTIMO.- En cuanto al producto en cuestión la sentencia referida 209/2013, de 10 de mayo, continua señalando lo siguiente:

«DECIMO SEGUNDO .- La condición del producto influye, obviamente, en el grado de información exigible al emisor o, en su caso, al comercializador. El producto será o no será complejo, fácil de comprender o complicado. Pero lo que no es aceptable es que ahora sea complejo y no antes o viceversa. La jurisprudencia se

ha referido a él como producto complejo, de forma generalizada (SAP IB. secc 3, 16-2-2012, de esta sección 4ª A.P. Zaragoza 14-11-2012). Como recoge la propia CNMV en su contestación a la reclamación hecha por el demandante (doc 11 de la demanda), el producto contratado son unos valores de capital, cuya denominación propia es la de "Non-Cumulative Undated 6,25% Capital Notes" (como abrevia el perito de la parte actora, una "Capital notes" de un banco islandés), lo que -según la CNMV- se trataría de una inversión asimilable en España a lo que se conoce como "participaciones preferentes".

La propia CNMV concreta en sus guías (doc 30 de la demanda) qué son las "p.p.". El contenido del folio 306 de los autos define su funcionamiento y características. "Son valores emitidos por una sociedad que no confieren participación en su capital ni derecho de voto. Tienen carácter perpetuo y su rentabilidad, generalmente de carácter variable, no está garantizada". Y añade de forma clara y contundente: " se trata de un producto complejo y de riesgo elevado que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido".

Y ello, ¿porqué? Pues, continúa, porque con independencia de su carácter perpetuo, el emisor suele reservarse el derecho a amortizarlas. Por tanto, de forma unilateral. Potestad que no tiene el inversor. Su liquidez es limitada, por lo que no siempre es fácil deshacerse de la inversión, pudiendo perderse el capital invertido. Si bien suelen tener una remuneración fija en un primer periodo, es variable durante el resto de vida del producto; remuneración condicionada a la obtención de beneficios distribuibles por parte del emisor, de tal manera que si por esta causa (falta de beneficios) no se percibe remuneración en un periodo, el inversor pierde el derecho a recibirla. Y en caso de insolvencia del emisor, a pesar de que se les denominan "preferentes", se sitúan a efectos de recuperación de sus créditos por detrás de todos los acreedores comunes y subordinados (salvo los accionistas).

DECIMO TERCERO .- Con independencia de matizaciones técnicas (y en ocasiones doctrinales) sobre el producto en litigio, ambos peritos coinciden sustancialmente en la naturaleza del mismo. Se trata de un producto " híbrido " y de " deuda ultra subordinada". Híbrido, porque tiene una parte de renta fija y otra que lo es de renta variable. Fija, porque paga un cupón, pero si el banco emisor tiene problemas financieros y no tienen beneficios no se cobran esos cupones y ello aunque el banco emisor no hubiera quebrado. La "R.fija" no exige beneficios para cobrar el cupón, sólo requiere que los pueda pagar.

Las llamadas o "call" son opciones de amortización del emisor de forma anticipada, nunca del inversor. Por ello, poner en las órdenes de compra una fecha de "vencimiento" induce a error.

De la misma manera, resulta confuso e irregular identificar a las "p.p" (participios preferentes) con las obligaciones ("O.B"). El hecho de que parcialmente coincidan no permite solaparlas. Tomar la parte por el todo o viceversa es más engañoso que una información claramente errónea o equivocada.

Así lo reconoció el perito de la demandada. Sí que una "O.B" es un derecho de crédito sobre el emisor que paga un cupón. Pero los condicionantes de las "p.p" son tan relevantes que identificarlos sin más con las "O.B" es un comportamiento casi doloso (concluye esta Sala). Y así se deduce de las explicaciones del perito Sr. Argimiro. El titular de las "p.p". es el último en cobrar en el orden de prelación de créditos, pueden ser perpetuas, las puede cancelar el emisor a su voluntad y puede suspender el emisor el pago del cupón o intereses si no obtiene beneficios. Es decir, es algo más y -por ende- distinto a una "obligación"».

OCTAVO.- Llegados a este punto debe procederse a examinar cual fue la información que por la demandada se trasladó al cliente al tiempo de suscribir el producto controvertido.

La posición de las partes es ciertamente contradictoria, ya que mientras que la parte demandante afirma que no se le dio ninguna información, creyendo que suscribía obligaciones de renta fija extranjera, ignorando al suscribir las participaciones su carácter perpetuo, lo que significaba la opción call, el riesgo que conllevaba el producto, con la posibilidad de no cobrar el cupón, y la liquidez del emisor; la parte demandada afirma por el contrario que se le informó de todas las características del producto y que, además, conocía ya su funcionamiento puesto que había suscrito con anterioridad otros productos de las mismas características.

Pues bien, en el presente caso, ni de la orden de compra, ni de los demás documentos aportados, ni de la prueba practicada se desprende que por la parte demandada se facilitara la información precisa a los demandantes para que pudieran comprender el tipo de producto que estaban adquiriendo. Es cierto que en la orden de compra se hace constar, dejando a un lado el error de denominar al producto acciones –“accs”-, la indicación “call 27.6.2010”, pero no se justifica que se informara o aclarara lo que significaba dicha indicación y, de hecho, la documentación posterior remitida por la entidad bancaria a los demandantes, parece confirmar la

tesis de los mismos en el sentido de que lo que se les manifestó es que lo que se les vendía era renta fija u obligaciones –se hace constar “ob”- y además con un vencimiento determinado -27/06/10-, sin indicación de que se trataba en realidad, no de un vencimiento del producto, sino de una call, que podía ser ejercitada o no a su voluntad o interés únicamente por la entidad emisora. De hecho, solo años después la propia entidad bancaria, en sus informes de posición, hace constar que no se trata de obligaciones “ob”, sino de preferentes “ap”, y que no tienen un vencimiento, sino que son “perpetuas”.

Por otra parte, tampoco consta, y dicha conclusión no es sino consecuencia de la anterior conclusión, que se informara sobre la situación económica del banco emisor de las preferentes.

NOVENO.- Se insiste por la parte demandada que la parte demandante no era ajena al producto controvertido, puesto que con anterioridad había adquirido productos de dichas características, concretamente participaciones preferentes de Zurich Financial, en el año 2003, de ABN Amro, en el año 2006, y con posterioridad de Fortis Hybrid Financial, en agosto de 2008.

Sin embargo, no puede ignorarse que los demandantes inicialmente tenían concertado con Iberagentes un contrato de gestión de cartera, por lo que la elección de los productos se llevaba a cabo por la gestora, sin que conste el perfil inversor que se había fijado en el referido contrato.

Así pues, es bajo la vigencia de dicho contrato de gestión cuando se compran las primeras preferentes, esto es, las Zurich Financial, y es posteriormente, cuando Iberagentes pasa a PBP, el momento en el que se realizan las operaciones de compra de las ABN Amro, en el año 2006, las Kaufthing en el 2007 y, con posterioridad, las Fortis Hybrid Financial.

Importante a la hora de decidir sobre la cuestión es tomar en consideración, en primer lugar, si PBP se limitaba a ejecutar órdenes de compra de alguien que conocía los productos o si la compra respondía a la iniciativa de la referida entidad, y, en segundo lugar, si el demandante era conocedor de los referidos productos.

Por lo que hace referencia a la primera cuestión debe señalarse que la compra de las diferentes preferentes no tiene su origen en la iniciativa de los demandantes, debiendo por ello rechazarse la afirmación contenida en el escrito de contestación a la demanda de que el Banco se había limitado “a ejecutar la orden de compra recibida y en sus propios términos, es decir, adquiriendo para los

demandantes el valor por estos requerido, por el importe solicitado”, pues está acreditado que es el Sr. ██████, empleado del banco, el que se pone en contacto con el actor y propone la compra de dichos productos. En concreto, cuando se produce el vencimiento de las Zurich, por ejercitar la call la sociedad emisora, es cuando suscriben las participaciones preferentes de ABN Amro, desprendiéndose de la prueba practicada que dicha suscripción se produce tras ponerse en contacto con el actor don Carlos Morer, el cual le comunica el vencimiento de las Zurich Financiera y le propone comprar otro producto análogo, las preferentes de ABN Amro. Dicho producto no es pues solicitado por el cliente, sino ofrecido por PBP a través del citado Sr. ██████.

Posteriormente, del mismo modo, la adquisición de las Kaupthing, se produce tras ponerle de manifiesto el Sr. ██████ al Sr. ██████ que un producto de su cartera le está dando mal resultado, ofreciéndole como un producto mucho más rentable las Kaupthing.

No acreditado pues, como se ha expuesto anteriormente, que se le ofreciera la oportuna información, debe examinarse en segundo lugar, si éste conocía por su perfil inversor las características de dichos productos.

Pues bien, probablemente a la vista de la cartera de los demandantes, los empleados del Banco estimaran que era conocedor el Sr. ██████ de las características de dicho producto. Sin embargo, dicho conocimiento no consta y no puede desprenderse del hecho de que tuviera una determinada cartera de productos, entre los que se encontraban ya unas preferentes, ya que la compra de las anteriores preferentes y demás productos de distinto riesgo fue consecuencia del contrato de gestión de cartera anteriormente suscrito con Iberagentes, en el que la iniciativa en la elección de los productos no es en ningún caso del referido demandante.

De la prueba practicada parece desprenderse que se partía de que tenía los referidos conocimientos, si bien el propio Sr. ██████ reconoce en la prueba de interrogatorio de testigos, que imagina que se le perfilaría, pero que no vio las catalogaciones del Sr. ██████, por lo que debió de guiarse por las características de la cartera, y para sustituir unas preferentes por otras y contratar las siguientes, entre ellas las aquí controvertidas, debió atender al hecho de que si disponía de dicho producto era porque lo conocía, cuando, como se acaba de exponer, su contratación era más bien fruto del contrato de gestión anteriormente suscrito con Iberagentes.

Así pues, si bien a primera vista el hecho de contar con una cartera determinada puede hacer pensar que el cliente es conocedor de los diversos productos financieros, nada impide estimar que, como sostiene la parte actora y refiere el perito de dicha parte en el acto del juicio, desde el principio se le comercializaron mal los productos y que los actores no fueron conscientes del riesgo, pensando que tenían un producto de renta fija con un vencimiento concreto – así habían funcionado las Zurich Financial-, hasta que empezaron a tener problemas de falta de pago del cupón.

DÉCIMO.- A la vista de lo expuesto cabe concluir, como se hace en la sentencia de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza a la que se está haciendo referencia que:

«Esto resulta suficiente como para concluir que en la gestación del contrato y desde el principio de su ejecución hubo comportamiento negligente por parte del banco vendedor o comercializador del productor.

Tampoco consta que pusieran en antecedentes al cliente de los avisos que la información que manejan los especialistas de los bancos emitían sobre las fluctuaciones de la situación tanto del producto como del emisor. En este punto discrepan los peritos y en un mercado de tan alta complejidad, incluso para los especialistas, no se ponen de acuerdo sobre si es suficiente con atender a los informes de las Agencias de Calificación o si era preciso estar a los CDS (credit default swaps). Con lo que mal se puede argüir a la luz del R.D. 629/93 que el cliente averigüe la situación del producto. Sí que decida. Pero, con la información más completa que posea su banca personal.

(...) En consecuencia, hubo negligente comportamiento en el cumplimiento de sus obligaciones legales por parte de la demandada. Impidieron claramente decidir con plenitud de conocimiento el contenido y consecuencias del producto litigioso, no sólo en el momento del contratar, sino durante la ejecución del mismo.

El actor manifestó desde el principio que se lo ofrecieron como "renta fija" para equilibrar las acciones que poseía ("renta variable") y expresó con contundencia que "estaría loco" si hubiera aceptado un producto como el contratado de haber conocido todos los datos que comenzó a conocer cuando dejó de recibir los cupones que le ofrecieron. Lo que resulta perfectamente razonable.

Por lo tanto, en aplicación del Art 1.101 C.c ., el banco demandado habrá de indemnizar a su cliente los perjuicios derivados de aquel comportamiento negligente.

Y éstos se concretan en las pérdidas del capital, menos el precio percibido por los cupones».

En el presente caso, la pérdida se corresponde con el valor del producto, del que deberá deducirse el importe de los cupones abonados, cantidad que en caso de controversia se determinará en ejecución de sentencia, así como a los intereses, desde que el contrato dejó de abonar cupones, esto es desde el 1-10-2008, ya que el último cupón fue de fecha 29-9-2008.

Solo cabe añadir como hace la sentencia tantas veces referida que “En todo caso y como ya apuntó esta misma sección en su sentencia de 14-11-2012, todo ello sin perjuicio del reintegro por el actor a la demandada, en su caso, de las cantidades que pudiera percibir en el procedimiento de quiebra de la entidad emisora de las participaciones litigiosas. Y en atención a las circunstancias de ese futuro (por ej. Gastos de recuperación... etc.). Razonamiento que no constituye sino un obiter dicta que -obviamente -no formará parte del fallo”.

DÉCIMOPRIMERO.- En base a todo lo expuesto, se estima parcialmente la demanda y conforme al artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dada dicha estimación parcial de la demanda, no procede hacer especial pronunciamiento en cuanto a costas.

VISTOS los preceptos legales citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO:

Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por D. ██████████ ██████████ y D^a ██████████ ██████████, frente a **POPULAR BANCA PRIVADA S.A., (PBP):**

1) Condono a Popular Banca Privada a abonar a los actores la cantidad de 37.077,95 €, cantidad de la que deberá deducirse el importe de los cupones abonados, cuyo importe en caso de controversia se determinará en ejecución de sentencia, así como a los intereses, desde que el contrato dejó de abonar cupones.

2) No ha lugar a hacer expresa imposición de costas.

Contra la presente sentencia cabe interponer recurso de apelación, que habrá de interponerse ante este Juzgado en el plazo de los veinte días hábiles siguientes

a su notificación; debiendo la parte recurrente, conforme a la D. A. Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial -introducida por el apartado diecinueve del artículo 1º de la L.O. 1/2009, de 3 de noviembre-, a dicho tiempo acreditar la consignación del depósito de 50 euros en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones del Juzgado, bajo apercibimiento de inadmisión del recurso, salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita.

El depósito deberá constituirlo ingresando la citada cantidad en la cuenta de este expediente indicando, en el campo "concepto" la indicación "Recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir, tras la cuenta referida, separados por un espacio la indicación "recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación".

En el caso de que deba realizar otros pagos en la misma cuenta, deberá verificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando, en este caso, en el campo observaciones la fecha de la resolución recurrida con el formato DD/MM/AAAA.

Líbrese y únase certificación literal a las actuaciones, incluyéndose el original en el Libro de sentencias.

Así, por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada, celebrando audiencia pública, en el mismo día de su pronunciamiento, doy fe.