









- 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. BARIAIN ARREGUE 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. BARJAIN ARREGCJI, 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. BARTAIN ARREGIJI 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. JBA 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. JBA, 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.

**ADS**  
ABOGADOS