



Juzgado de Primera Instancia nº 25 de Barcelona

Gran Via de les Corts Catalanes, 111, edifici C, planta 8 - Barcelona - C.P.: 08075

TEL.: 935549425
FAX: 935549525
EMAIL: instancia25.barcelona@xj.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120178030165

Procedimiento ordinario 413/2017 -4G

Materia: Juicio ordinario (resto de casos)

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:
Para ingresos en caja. Concepto: 0613000004041317
Pagos por transferencia bancaria: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274.
Beneficiario: Juzgado de Primera Instancia nº 25 de Barcelona
Concepto: 0613000004041317

Parte demandante/ejecutante:
Procurador/a: Carlos Javier Ram De Viu Y De Sivatte
Abogado/a: Marta Ferrer Zorrilla

Parte demandada/ejecutada: ANDBANK ESPAÑA,
S.A.U
Procurador/a: Ignacio De Anzizu Pigem
Abogado/a:

SENTENCIA Nº 242/2019

Magistrado: Antonio Morales Adame

Barcelona, 4 de noviembre de 2019

Vistos por mí, D. Antonio Morales Adame, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Veinticinco de esta Ciudad, los presentes autos de Juicio Ordinario seguidos ante este Juzgado con número de 413 de 2.014 a instancia de D.

, representado por el Procurador de los Tribunales D. Carlos Javier Ram de Viu Sivatte y asistido por los Letrados D. Miguel Ángel Durán Muñoz y D^a Marta Ferrer Zorrilla, contra "Andbank España, S.A.U.", representada por el Procurador de los Tribunales D. Ignacio de Anzizu Pigem y defendida por los Abogados D. Daniel Sevillano Rodríguez y D. Mateo Donnay Campo, siendo el objeto del presente pleito el ejercicio de la acción de nulidad de determinados contratos y, subsidiariamente, su resolución con reclamación de daños y perjuicios, más costas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha de veintiséis de Mayo de dos mil diecisiete, fue repartida a este Juzgado demanda de Juicio Ordinario promovida por el Procurador de los Tribunales D. Carlos Javier Ram de Viu Sivatte, en nombre y representación de D.

, contra "Andbank España, S.A.U.". En ella, tras exponer los hechos y alegar los fundamentos jurídicos que consideró oportunos, terminó por solicitar se dicte sentencia con los siguientes pronunciamientos: "1.- Se declare la nulidad por vicio en el

Codi Segur de Verificació: S4NU2F8UR124E9173WFVTFHEI2FAFN5

Signat per: Morales Adame, Antonio

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejcat.justicia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Data i hora: 05/11/2019 08:58





consentimiento de la orden de compraventa de Bonos Ordinarios de Abengoa, S.A., con código ISIN XS0498817542, en fecha de 25 de junio de 2013 y, en consecuencia, del contrato de adquisición de los mencionados bonos, y de cualquier contrato antecedente o derivado de dicha adquisición e virtud de la teoría de la ineficacia propagada o en cadena, así como cualquier comisión cobrada inherente a dicha comisión, por dolo o, subsidiariamente, por error, condenando a la entidad financiera demandada a la restitución recíproca de las prestaciones inherentes a dicha declaración, todo ello en los términos establecidos en los artículos 1.303 y siguientes del Código Civil (descritos en el hecho octavo de la presente demanda). 2.- De forma subsidiaria, se declare que la entidad financiera demandada ha cometido incumplimientos graves de sus obligaciones, descritos en la presente demanda, que han ocasionado daños y perjuicios a mi representado y, en consecuencia, al amparo de lo establecido en el artículo 1.101 del Código civil, se condene a la parte demandada al pago de los daños y perjuicios causados y, en consecuencia,; A.- Al pago del importe de 50.000 euros, así como más los intereses legales a aplicar a dicho importe desde la fecha en que se produjo la reclamación extrajudicial o, subsidiariamente, desde la interposición de la demanda; así como cualquier comisión cobrada inherente a dicha adquisición de bonos. Mi mandante procederá a poner a disposición de la entidad demandada los bonos o, en su caso, el producto que lo sustituya, cediendo a la entidad financiera su posición jurídica en el convenio de reestructuración financiera, con todo lo demás que proceda en Derecho. B.- De forma subsidiaria, para el hipotético e improbable supuesto de que no se estime la cuantificación de los daños y perjuicios en el importe invertido, más los intereses legales, esta representación considera que, en todo caso, deberán cuantificarse los daños y perjuicios en el importe derivado de restar al importe total invertido, el importe liquidativo de los productos financieros o importes líquidos que se reconozcan a favor de mi mandante derivados del convenio de reestructuración financiero de Abengoa, más los intereses legales desde la interposición extrajudicial o, subsidiariamente, desde la interposición de la demanda, todo ello, en la fecha de la demanda o, en su caso, subsidiariamente, en la fecha de la sentencia que se dicte en el presente procedimiento. 3.- Que se impongan, en todo caso, las costas del presente procedimiento a la entidad financiera demandada.”.

SEGUNDO.- Admitida la demanda a trámite por decreto de veintidós de Junio de dos mil diecisiete, se dispuso el emplazamiento de los demandados para que, en el término de veinte días, comparecieran en autos asistidos de Abogado y representados por Procurador, y contestaren a aquella.

Comparecida el Procurador de los Tribunales D. Ignacio de Anzizu Pigem, en nombre y representación de “Andbank España, S.A.U.”, la demandada opuso a la demanda y, tras exponer los hechos y alegar razonamientos jurídicos que tuvo por necesarios, terminó solicitando se dicte sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda y se condene en costas a la parte actora.

TERCERO.- Convocadas las partes a la audiencia previa prevista en los artículos 441 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil por diligencia de ordenación de veintiocho de Junio del pasado año, ambas partes se ratificaron en sus respectivos escritos de

Codi Segur de Verificació: S4NU2F8UR124E9I73MVF7FHEI2FAFNS

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAPI/consultaCSV.html>

Signat per Morales Adama, Antonio;

Data i hora 05/11/2019 08:58





demanda y contestación subsistiendo el litigio entre ambas. Fijados los hechos controvertido, la actora solicitó como prueba: la documental dando por reproducida la aportada junto con el escrito de demanda, testifical de D. _____ y D^a _____

_____ y pericial de D^a _____

D. J. _____

Por su parte, la defensa de la entidad demandadas propuso como pruebas la documental por reproducida, más documental consistente en exhorto al Juzgado de lo Mercantil número 2 de Sevilla, testifical de D^a _____ pericial de D. _____.

Admitida toda la prueba propuesta en el modo que consta en el acta levantada al efecto y en la grabación de audio y video, se señaló día y hora para la celebración del acto del juicio.

CUARTO.- Practicadas las pruebas propuestas y admitidas con el resultado que obra en la grabación de audio y video, por ambas partes se formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos y las pruebas practicadas, quedando el pleito concluso para sentencia.

QUINTO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La parte demandante, D. _____, expone en su escrito de demanda que, en Mayo de dos mil trece, adquirió el producto financiero denominado “Bono Ordinario Abengoa”, por una cantidad de cincuenta mil euros, siguiendo el consejo del director de la oficina de “Andbank”, el Sr. _____. Insta la nulidad de tal adquisición por dolo o error al no haber sido informado de las características y riesgo ínsitos en dichos títulos, toda vez que “...la información proporcionada por la entidad, no solo fue escasa, sino que, además, no era cierta. Siempre se le aparentó dicha inversión como una inversión temporal, con vencimiento en marzo de 2016, sin riesgo y con disponibilidad total del capital invertido si el cliente lo precisaba.”. Subsidiariamente, se interpone una acción indemnizatoria por los daños y perjuicios causados al cliente y derivados de la infracción por la entidad bancaria de sus deberes de información.

SEGUNDO.- La entidad demandada alega como primera excepción la falta de legitimación activa del Sr. _____ señalando que el actor había acudido a “la reestructuración Alternativa obteniendo un 30% de la deuda con capitalización del 70% restante mediante el canje del bono antiguo (Abengoa 8,5) por un nuevo bono (Abengoa VAR) y Acciones (Abengoa Serie A y Abengoa Serie B), con ello se produjo una novación extintiva del contrato que ahora se impugna y su propia confirmación, con pérdida de la cosa por culpa del demandante, lo que le impediría la restitución de los bonos adquiridos en el caso de darse lugar a la acción de anulabilidad planteada.





Ello no puede aceptarse por las siguientes razones. El canje de los bonos adquiridos se llevó a cabo en de los acuerdos de reestructuración tomados en sede del procedimiento concursal seguido contra la entidad emisora de los bonos y del que conoció el Juzgado de lo Mercantil número Dos de Sevilla, convirtiéndose así para el demandante en un acto obligado con el fin de minimizar en lo posible el riesgo de inversión ante la situación de insolvencia de "Abengoa". Por lo tanto, la aceptación de los acuerdos adoptados por el conjunto de los acreedores durante el procedimiento concursal no puede entenderse como un acto voluntario que patentice la intención del Sr. [redacted] de convalidar los negocios de compra de los títulos, sino más bien, como la opción forzada para el inversor para que la pérdida de la inversión no fuera total.

Tampoco es inconveniente para la declaración de la nulidad del contrato el hecho de que el acto no posea ya los títulos en su poder. Como señala la jurisprudencia del Tribunal Supremo la consecuencia de la nulidad es la restitución de las respectivas prestaciones, de las cosas que hubieran sido materia del contrato con sus frutos y el precio con sus intereses, conforme lo dispuesto en el artículo 1.303 del Código civil, señalando que el deber de restitución que impone el mencionado artículo es aplicable no sólo a los supuestos de anulabilidad sino también a los de nulidad absoluta, tratándose de conseguir a través del mismo que las partes vuelvan a tener la situación patrimonial anterior al defecto invalidante. Por otro lado, resulta de aplicación al caso lo dispuesto en el artículo 1.307 del Código Civil, el cual establece que siempre que el obligado por la declaración de nulidad a la devolución de la cosa, no pudiera devolverla por haberla perdido, deberá restituir los frutos percibidos y el valor que tenía la cosa cuando se perdió, con los intereses desde la fecha, ya que tal y como ha establecido la jurisprudencia sobre la materia, el término "haber perdido" incluido en el texto legal, debe de ser entendido en sentido amplio: pérdida culpable, o por caso fortuito, o por haberse transmitido a tercero adquirente de buena fe, como sería el caso de autos". (Sentencias de la Audiencia Provincial Baleares 1 de abril, 17 de noviembre, 16 y 18 de diciembre de 2014). Por tanto, la enajenación de las acciones no puede conllevar la imposibilidad del ejercicio de la acción de nulidad por parte de los perjudicados, sin perjuicio claro está de que se proceda a reintegrar tal valor a la demandada a los efectos de impedir la existencia de un enriquecimiento sin causa.

TERCERO.- Se impugna también la legitimación pasiva de "Andbank España, S.A.U." al actuar como mero intermediario en la adquisición de los bonos y no como emisora de los mismos.

En relación con bonos emitidos por General Motors, la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2017 declaró que: *"Este tribunal, en anteriores sentencias, ha reconocido la legitimación pasiva de la entidad bancaria que comercializa a sus clientes un producto de inversión cuando estos ejercitan contra aquella una acción de nulidad y piden la restitución de lo que invirtieron. Lo hicimos en las sentencias 769/2014, de 12 Enero, 625/2016, de 24 de octubre, y 718/2016, de 1 de Diciembre, entre otras. Lo hemos hecho más recientemente y de un modo extenso en la sentencia 477/2017, de 20 de julio.*

Codi Segur de Verificació: S4NU2F8UR124E9173WV7TFHEI2FAFNS

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejeplca.justicia.gencat.cat/IAPI/consultaCSV.html>

Signat per Morales Adame, Antonio.

Data i hora 05/11/2019 08:58





Codi Segur de Verificació: SANU2F8UR124E9173WVFTFHEI2FAFN5

Signat per: Morales Adame, Antoni

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejcat.justicia.gencat.cat/JP/consultaCSV.html>

Data i hora: 05/11/2019 08:58

Hemos afirmado en esta última sentencia que cuando el demandante solo mantiene la relación contractual con la empresa de inversión de la que es cliente, en este caso un banco, y adquiere un producto de inversión que tal empresa comercializa, el negocio no funciona realmente como una intermediación por parte de la empresa de inversión entre el cliente comprador y el emisor del producto de inversión o el anterior titular que transmite, sino como una compraventa entre la empresa de inversión y su cliente, que tiene por objeto un producto (en este caso, unos bonos) que la empresa de inversión se encarga de obtener directamente del emisor o de un anterior titular y, al transmitirla a su cliente, obtiene un beneficio que se asemeja más al margen del distribuidor que a la comisión del agente.

Es más, por lo general el cliente no conoce el modo en que la empresa de inversión ha obtenido el producto que tal empresa comercializa, pues ignora si la empresa de inversión lo ha adquirido directamente del emisor; que en ocasiones está radicado en un país lejano, o lo ha adquirido en un mercado secundario de un anterior inversor que es desconocido para el cliente.

El inversor paga el precio del producto a la empresa de inversión de la que es cliente. La empresa de inversión le facilita el producto financiero que comercializa (que usualmente queda custodiado y administrado por la propia empresa de inversión, de modo que la titularidad del cliente se plasma simplemente en un apunte en su cuenta de valores administrada por tal empresa de inversión) y esta obtiene un beneficio por el margen que carga sobre el precio que abonó por la adquisición del producto.

En estas circunstancias, ha de reconocerse legitimación pasiva a la empresa de inversión que comercializa el producto de inversión, en este caso un banco, para soportar la acción de nulidad del contrato por el que el cliente obtuvo el producto y, en caso de condena, debe restituir al cliente la prestación consistente en el precio que este pagó por la adquisición del producto.

Esta solución es la más adecuada a la naturaleza de la acción ejercitada y a la intervención que los distintos sujetos tienen en el negocio, habida cuenta de que el elemento determinante de la existencia de error vicio es, en estos casos, el déficit de información del cliente provocado porque la empresa de inversión que actúa como comercializadora ha incumplido las obligaciones de información sobre la naturaleza y los riesgos del producto de inversión que le impone la normativa sobre el mercado de valores. Además, si aceptáramos la tesis de la entidad bancaria recurrente, estaríamos privando en la práctica al cliente minorista de la posibilidad de ejercitar la acción de anulación del contrato por vicio del consentimiento, puesto que le es muy difícil, por lo gravoso, cuando no imposible, ejercitarla contra una entidad emisora ubicada en un Estado extranjero o contra un anterior titular del que desconoce la identidad, que puede estar domiciliado también en un Estado extranjero, y que ninguna intervención ha tenido en la causación del error vicio al comprador; pues la obligación de información no





recaía sobre él sino sobre la entidad bancaria que comercializó el producto, de la que el demandante es cliente.

A su vez, enjuiciando una adquisición de bonos Abengoa, la sentencia de 6 de marzo de 2019 de la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Barcelona argumenta que: "La contratación de los bonos atendido su carácter complejo no se enmarca, salvo que se acredite que se realizó a iniciativa exclusiva del cliente, en el ámbito de la distribución de un producto sino en el de una actividad de asesoramiento realizada por la entidad financiera que exige el cumplimiento de unos requisitos de información previos a la contratación en los que se atiende a las circunstancias concretas del cliente y a los objetivos financieros del mismo.

(...)

Por tanto, si se concluye que existió actividad de asesoramiento la entidad financiera deberá acreditar que previamente a la formalización de la operación se había facilitado información que permitiese conocer las características principales del producto ofrecido, debiendo asimismo comprobar que el cliente no tenía dudas respecto a los riesgos del mismo, máxime cuando se trata de un inversor minorista, siendo necesario proteger al inversor en su relación con el proveedor de servicios atendida la desproporción entre ambos."

En lo que concierne a la calificación jurídica de los bonos como producto financiero complejo, hay que tener presente que en la referida sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2017 se atribuye esa consideración a los bonos de General Motors y que, en lo que atañe específicamente a los bonos Abengoa, igualmente se la vienen atribuyendo las Audiencias Provinciales que se pronuncian sobre la cuestión (sentencias de 31 de mayo de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 3 de abril de 2019 de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Gerona y 6 de marzo de 2019 de la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Barcelona.

La última de las sentencias citadas en el anterior párrafo señala: "La guía de la Comisión Nacional del Mercado de Valores para la catalogación de los instrumentos financieros como complejos o no complejos de octubre de 2010 establecía que "aquellos bonos u otro tipo de deuda que incorporan una opción de amortización anticipada para el emisor, el tenedor o para ambos, no pueden catalogarse como no complejos".

Los bonos Abengoa incorporaban dicha opción de amortización anticipada para el emisor, lo que fue reconocido por el perito de la demandada, por lo que se trataba de productos que debían clasificarse como complejos con las obligaciones que en su comercialización se imponían.

Además, como recuerda el Tribunal Supremo en la sentencia de 17 de junio de 2016, "según la clasificación de los productos financieros realizada por el art. 79 bis 8 a) LMV (actual art. 217 del Texto refundido de la Ley del Mercado de Valores aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), son productos no complejos, los que cumplan todas y cada una de las siguientes cuatro características: a) que sean reembolsables en cualquier momento a precios conocidos por el público; b) que el

Codi Segur de Verificació: S4NU2F8UR124E9173WVF7TFHEI2FAFNS

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/iap/consultesCSV.html>

Signat per Morales Adame, Antonio;

Data i hora 05/11/2019 08:58





inversor no pueda perder un importe superior a su coste de adquisición, es decir, a lo que invirtió inicialmente; c) que exista información pública, completa y comprensible para el inversor minorista, sobre las características del producto; y d) que no sean productos derivados. A sensu contrario, son productos o instrumentos financieros complejos los que no cumplen con todas o alguna de las características anteriores. Los productos complejos pueden suponer mayor riesgo para el inversor, suelen tener menor liquidez (en ocasiones no es posible conocer su valor en un momento determinado) y, en definitiva, es más difícil entender tanto sus características como el riesgo que llevan asociado.”

Por último, la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma Mallorca, sección 3ª, de 13 de Septiembre de dos mil diecinueve, abordando la aplicación de la sentencia del Tribunal Supremo de

27 de Junio de dos mil diecinueve al supuesto de impugnaciones contra la adquisición de “bonos Abengoa” señala: *“De entrada, hay que abordar la cuestión relativa a la legitimación pasiva, que es lo que ha dado pábulo a la desestimación de la demanda. Ciertamente, se trata de un debate ahora mismo abierto toda vez que la Sala Primera del Tribunal Supremo no se ha pronunciado hasta ahora respecto de operaciones con bonos Abengoa y, si bien recientemente ha dictado su sentencia de 27 de junio de 2019 en la que aprecia la falta de legitimación pasiva en un supuesto de adquisición en el mercado secundario, no es claro que pueda trasladarse esta doctrina al caso de autos habida cuenta de que, para empezar, lo adquirido en el caso examinado por la Sala Primera del Tribunal Supremo son acciones y no productos complejos y, además, parece que no hubo asesoramiento de la entidad a la adquirente, circunstancias que lo alejan de lo sucedido en relación con la Sra. Claudia .*

Pues bien, sopesado lo argumentado por la Sala Primera del Tribunal Supremo acerca de operaciones con productos financieros en general y, más en particular, con otros bonos que pueden presentar similitudes con los de autos, como pueden ser los emitidos por General Motors, así como lo que de momento está siendo un criterio mayoritario entre las Audiencias Provinciales en lo que a los bonos Abengoa concierne, este tribunal se decanta, una vez analizado lo que de lo ocurrido se conoce a través del acervo probatorio reunido en autos, por estimar la legitimación pasiva de la demandada por cuanto, aunque no se hubiera concertado un contrato retribuido de asesoramiento entre las litigantes, del interrogatorio del testigo Sr. Avelino , empleado de la demandada, se desprende que de hecho sí hubo por su parte un ofrecimiento del producto en cuestión. El testigo reconoce que la Sra. Claudia ignoraba la existencia de tales bonos y que fue él quien se los ofreció, lo cual, desde la perspectiva de un cliente que confía en el prestigio y el rigor de la entidad a quien confía su patrimonio, equivale a la proposición de su adquisición como inversión adecuada a sus circunstancias e intereses. Pues bien, es doctrina jurisprudencial consolidada que, para que exista asesoramiento, no es requisito imprescindible la existencia de un contrato remunerado ad hoc para la prestación de tal asesoramiento, ni que estas inversiones se incluyeran en un contrato de gestión de carteras suscrito por la demandante y la entidad financiera: basta con que la iniciativa parta de la empresa de inversión y que sea ésta la que ofrezca el producto a sus clientes, recomendándoles su adquisición (en este sentido, sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2016).”

Codi Segur de Verificació: S4NU2F8UR124E9173WVTFHEI2FAFN5

Signat per Morales Adame, Antonio

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/IAPI/consultaCSV.html>

Data i hora 05/11/2019 08:58





Aplicando la doctrina expuesta en las anteriores sentencias, debe afirmarse la legitimación pasiva de "Andbank España, S.A.". En primer lugar, Los "bonos Abengoa" deben calificarse como un producto complejo.

Su carácter de producto complejo no deriva del riesgo del mismo, puesto que el hecho de que un producto bancario sea un producto de riesgo no comporta *per se* que se trate de un producto complejo, y así actualmente ello queda clarificado con la Orden ECC/2316/2015 en que se distingue la información que las entidades bancarias deben facilitar sobre los indicadores de riesgo y las alertas de complejidad.

La guía de la Comisión Nacional del Mercado de Valores para la catalogación de los instrumentos financieros como complejos o no complejos de octubre de 2010 establecía que "aquellos bonos u otro tipo de deuda que incorporan una opción de amortización anticipada para el emisor, el tenedor o para ambos, no pueden catalogarse como no complejos".

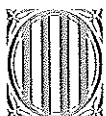
El producto objeto de este incorporaban dicha opción de amortización anticipada para el emisor, lo que ha sido reconocido por los peritos de ambas partes aún con las puntualizaciones técnicas expresadas por el experto aportado por la demandada. Por lo tanto, los "bonos Abengoa" deben ser calificados como complejos con las obligaciones que en su comercialización se imponían.

Además, como recuerda el Tribunal Supremo en la sentencia de 17 de junio de 2016 , " según la clasificación de los productos financieros realizada por el art. 79 bis 8 a) LMV (actual art. 217 del Texto refundido de la Ley del Mercado de Valores aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), son productos no complejos, los que cumplan todas y cada una de las siguientes cuatro características: a) que sean reembolsables en cualquier momento a precios conocidos por el público; b) que el inversor no pueda perder un importe superior a su coste de adquisición, es decir, a lo que invirtió inicialmente; c) que exista información pública, completa y comprensible para el inversor minorista, sobre las características del producto; y d) que no sean productos derivados. A sensu contrario, son productos o instrumentos financieros complejos los que no cumplen con todas o alguna de las características anteriores. Los productos complejos pueden suponer mayor riesgo para el inversor, suelen tener menor liquidez (en ocasiones no es posible conocer su valor en un momento determinado) y, en definitiva, es más difícil entender tanto sus características como el riesgo que llevan asociado."

Las sentencias de la Audiencia Provinciales antes citadas mantienen también el carácter de producto complejo.

Sentada la anterior premisa, la contratación de los bonos atendido su carácter complejo no puede considerarse en el ámbito de la distribución de un producto sino en el de una actividad de asesoramiento realizada por la entidad financiera que exige el cumplimiento de unos requisitos de información previos a la contratación en los que se

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/JP/consultaCSV.html> Codi Segur de Verificació: S4NU2F8UR124E9I73WFVTFHEI2FAFNS
Data i hora 05/11/2019 08:58
Signat per Morales Adame, Antonio;





atienda a las circunstancias concretas del cliente y a los objetivos financieros del mismo.

Así, como ya dijo el Tribunal Supremo en la sentencia de 25 de febrero de 2016 " para que exista asesoramiento no es requisito imprescindible la existencia de un contrato remunerado ad hoc para la prestación de tal asesoramiento, ni que estas inversiones se incluyeran en un contrato de gestión de carteras suscrito por la demandante y la entidad financiera. Basta con que la iniciativa parta de la empresa de inversión y que sea ésta la que ofrezca el producto a sus clientes, recomendándoles su adquisición."

En el caso que nos ocupa, no consta que la adquisición de los bonos se debiera a la exclusiva y única iniciativa del demandante, carga probatoria que, por lo hasta ahora expuesto, recaía sobre la entidad bancaria demandada. Además, existen diversos datos que vienen a demostrar lo contrario. A pesar de que no ha podido ser oído en el acto del juicio al empleado de "Andbank" que comercializó el producto, el Sr. [redacted], lo testigo y también empleada que sí acudió al juicio, D^a [redacted] sí reconoció que el actor tuvo conocimiento de la existencia de los bonos emitidos por "Abengoa, S.A." a partir de los listados de productos de deuda corporativa facilitados por la entidad bancaria. Es decir, el conocimiento del producto en cuestión arrancó o se propició a resultas de la actividad de "Andbank" al informar a su cliente de la posibilidad de invertir sus ahorros en bonos emitidos por diversas empresas para su financiación, entre ellos los puestos en el mercado por "Abengoa".

Si se examina los correos electrónicos cruzados entre el demandante y el empleado del banco Sr. [redacted], se constata además que es "Andbank" quien facilita al cliente información sobre los bonos que pueden ser adquiridos en el mercado (documento octavo de la demanda), entre ellos el emitido por "Abengoa, S.A.". En este sentido, del correo de 18 de Julio de dos mil doce se extrae que es la entidad bancaria quien propone al cliente los productos de deuda corporativa que pueden ser de su interés en cuanto rentabilidad y término de vencimiento, tarea de proposición que implica ya un asesoramiento.

Es además hecho no rechazado que "Andbank" comunicó a su cliente las decisiones de reestructuración adoptadas por "Abengoa" en orden a intentar superar la situación de grave insolvencia por la que atravesaba y que le llevó a proponer a sus bonistas diversas opciones de de reestructuración financiera. Es más, la propia [redacted] admitió en el acto del juicio que advirtió al Sr. [redacted] de la delicada situación financiera que atravesaba "Abengoa", recomendándole la venta del bono. Tales actividades rebasan ampliamente el ámbito de la simple intermediación en el mercado secundario y deben incardinarse en el del asesoramiento, lo que obliga a la entidad financiera a cumplir con los deberes de información que se expondrán más adelante.

Consecuencia de lo anterior es que debe mantenerse la legitimación pasiva de "Andbank España, S.A." respecto a las acciones contra ella planteadas.

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejcat.justicia.gencat.cat/AP/consullacSV.html> Codi Segur de Verificació: SANU2F8UR124E9173WFVTFHE2FAFN5
Data i hora 05/11/2019 08:58
Signat per: Moreles Adame, Antoni





CUARTO .- Procede ahora abordar la caducidad de la acción alegada por la demandada en su contestación con relación a la acción de anulabilidad.

A los efectos de la caducidad de la acción, no debe tenerse como dies *a quo* el de la fecha de contratación, sino el momento en que el demandante tomó conciencia del error en el que se hallaba y se encontró, por tanto, en condiciones de instar la anulación ejercitando la acción que ahora esgrime. Esta es la doctrina jurisprudencial de la que se hace eco la ya reseñada sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2017 relativa a bonos emitidos por General Motors, en los siguientes términos: “Esta sala ha tratado la cuestión de la caducidad de las acciones de anulación por error vicio de los contratos relacionados con los productos o servicios financieros complejos y de riesgo en sentencias como las 769/2014, de 12 de enero de 2015, 376/2015, de 7 de julio, 489/2015, de 16 de septiembre, 435/2016, de 29 de junio, 718/2016, de 1 de diciembre, 728/2016, de 19 de diciembre, 734/2016, de 20 de diciembre, 11/2017, de 13 de enero, y 130/2017, de 27 de febrero entre otras. Se trata por tanto de una jurisprudencia asentada y estable.

En estas sentencias, a las que nos remitimos para evitar extensas transcripciones, hemos declarado que en las relaciones contractuales complejas, como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones positivas o de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error.

La Audiencia Provincial ha resuelto correctamente la cuestión al recoger esta jurisprudencia mediante la extensa transcripción de lo declarado en nuestra sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015. Por tanto, la tesis que fundamenta el recurso de casación formulado, consistente en que el contrato quedó consumado en el momento de su perfección y en ese momento se inició el plazo de cuatro años para ejercitar la acción de anulación, queda descartada, pues no se ajusta a la jurisprudencia de esta sala sobre la fecha inicial del plazo de caducidad de este tipo de acciones.

*Tampoco pueden admitirse las alegaciones relativas al dies *a quo* [día inicial del plazo], pues suponen una alteración de la base fáctica sobre la que se asienta la sentencia de la Audiencia Provincial, que es inatacable en casación. Aunque la argumentación de la sentencia de la Audiencia Provincial es escueta, es claro que asume la tesis de que los demandantes conocieron los datos que mostraban la existencia de su error cuando dejaron de recibir el rendimiento de los bonos correspondiente al año 2009, que debieron haber percibido en el mes de julio, y el banco lo justificó por la intervención de General Motors por el gobierno norteamericano, que había tenido lugar pocos días antes.”*

Codi Segur de Verificació: S4NU2F8UR124E9I73MFVTFHEI2FAFNS

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://e/cat.justicia.gencat.cat/JP/consultaCSV.html>

Signat per Morales Adame, Antonio

Data i hora 05/11/2019 08:58





El mismo criterio se adopta en cuanto a bonos Abengoa en la sentencia de 3 de abril de 2019 de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Gerona y en la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, sección 3ª, de 13 de Septiembre de dos mil diecinueve.

Su aplicación al caso de autos conduce al rechazo de la caducidad ya que, al interponerse la demanda en Mayo de dos mil diecisiete, no habían transcurrido cuatro años desde que al demandante se le notificó en fecha de once de Octubre de dos mil dieciséis por parte de la demandada que "Abengoa, S.A." había acordado un plan de reestructuración financiera y se requería, como al resto de los acreedores, su adhesión a él.

Razones las expuestas que obligan a rechazar tanto la caducidad de la acción como cualquier alegación en cuanto a la extemporaneidad y tardanza desleal en el ejercicio de la acción, visto el momento en que el demandante tuvo cabal y completo conocimiento de la situación de insolvencia de la emisora y de sus graves dificultades para atender el pago de los rendimientos y la devolución del capital invertido.

QUINTO.- En lo que se refiere al deber de información, procede aquí reproducir lo expuesto por la ya indicada sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, sección 3ª, de 13 de Septiembre de este mismo año y en la que también se examina la información a facilitar en un supuesto de adquisición de "bonos Abengoa" por un cliente minorista.

Señala dicha resolución: "... debe señalarse que, en el momento de contratar los bonos, ya estaba traspuesta la Directiva 2004/39/CE por la ley 47/2007, de 19 de diciembre, que dio redacción a los artículos 78 y siguientes de la ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y había entrado en vigor el RD 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión.

El art. 79 de la Ley del Mercado de Valores prevé que las entidades que presten servicios de inversión deberán comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios y el art. 79 bis exige que la información facilitada sea imparcial, clara, no engañosa.

El art. 64 RD 217/2008 establece que la entidad financiera debe proporcionar 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", debiendo incluir la descripción "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. Cuando sea justificado en función del tipo de instrumento financiero y de los conocimientos y perfil del cliente en la explicación de los riesgos deberá

Codi Segur de Verificació: S4NUJ2F8UR124E9T3WVVFHFHEI2FAFNS

Signat per Morales Adame, Antonio;

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://eje.cajusticia.gencat.cat/UIP/consultacSV.html>

Data i hora 05/11/2019 08:58





incluirse 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 instrumentos.

Las entidades financieras tienen también la obligación de valorar los conocimientos y experiencia en materia financiera del cliente para precisar la información que se le deba proporcionar, y también de emitir en su caso un juicio de idoneidad.

El test de conveniencia, conforme al art. 79 bis 7 de la ley del Mercado de Valores se debe realizar cuando se prestan servicios que no conllevan asesoramiento, esto es, cuando el prestatario del servicio opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada. Mediante el test se obtendrá información del cliente, pues se trata de determinar si el cliente tiene los conocimientos y experiencia para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado y para ser capaz de tomar decisiones con conocimiento de causa.

Por su parte el art. 79 bis 6 Ley del Mercado de Valores prevé el test de idoneidad cuando debe valorarse la idoneidad del producto, y el mismo opera cuando se presta un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras mediante la realización de una recomendación personalizada. El test de idoneidad suma el test de conveniencia a un informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente. Concretamente el art. 72 del RD 217/2008 establece que las entidades que presten el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras deberán obtener de sus clientes, incluidos los potenciales, 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, o que debe realizarse al prestar el servicio de gestión de cartera, cumple las siguientes condiciones:

- a) Responde a los objetivos de inversión del cliente en cuestión. En este sentido, se incluirá, cuando proceda, información sobre el horizonte temporal deseado para la inversión, sus preferencias en relación con 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.

Cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones a un cliente

Codi Segur de Verificació: S4NU2F8UR124E9173WVYTFHEI2FAFNS

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://eipcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html>

Signat per Morales Adame, Antonio;

Data i hora: 05/11/2019 08:58





Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/JAP/consultaCSV.html>
Codi Segur de Verificació: S4NU2F8UR124E9173WFVTFHE2EFAFN5
Signat per Morales Adame, Antonio.
Data i hora 05/11/2019 08:58

profesional de los enumerados en las letras a) a d) del artículo 78 bis.3 de la Ley 24/1988, de 28 de julio , la entidad podrá asumir que el cliente puede soportar financieramente cualquier riesgo de inversión a los efectos de lo dispuesto en esta letra.

Asimismo, la información relativa a la situación financiera del cliente incluirá, cuando proceda, información sobre el origen y el nivel de sus ingresos periódicos, sus activos, incluyendo sus activos líquidos, inversiones y bienes inmuebles, así como sus compromisos financieros periódicos.

c) Es de tal naturaleza que el cliente cuenta con la experiencia y los conocimientos necesarios para comprender los riesgos que implica la transacción o la gestión de su cartera. En el caso de clientes profesionales, la entidad tendrá derecho a asumir que el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios a efectos de lo dispuesto en esta letra en cuanto a los productos, servicios y transacciones para los que esté clasificado como cliente profesional.

Cuando la entidad no obtenga la información señalada en las letras anteriores, no podrá recomendar servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente ni gestionar su cartera.

El art. 74 del RD 217/2008 establece que la 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 previstos, 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 período 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.

En consecuencia la entidad financiera estaba obligada a actuar con transparencia ofreciendo información clara y no engañosa. En atención a tratarse de un cliente minorista debía informar sobre la naturaleza y riesgos del producto financiero de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pudiese tomar decisiones de inversión fundadas.

Asimismo, la entidad financiera al tratarse de actividad de asesoramiento debía someter al cliente a un doble test: el de conveniencia que tiene por finalidad valorar los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente para que la entidad financiera pueda conocer sus competencias en materia financiera y determinar si el cliente puede comprender los riesgos del producto o servicios de inversión para adoptar una decisión; y el test de idoneidad, que incluirá un informe sobre la situación financiera del cliente (ingresos, gastos y patrimonio) y sus objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad)





para recomendarle los servicios que más le convengan.

La carga de la prueba respecto a haber ofrecido a los actores la información necesaria de manera clara y comprensible previa a la suscripción de los bonos recae sobre la entidad financiera, puesto que era ella la obligada a suministrar la información.

En el presente caso, de la documental aportada resulta que a los actores sólo les fueron entregadas las órdenes de compra. La afirmación de la demandada de que en dicha orden de compra ya se informaba de los riesgos no permite considerar que se trate de información precontractual necesaria para asegurarse de que los actores comprendían la naturaleza y riesgos de los bonos Abengoa, puesto que no consta que las órdenes de compra se entregasen con la antelación suficiente a los efectos de que los actores pudieran consultarla y formular las correspondientes preguntas sobre dudas que les surgiesen por la lectura de la documentación facilitada. Todo ello sin entrar a valorar si efectivamente en dichas órdenes de compra se informaba de manera comprensible de las características y riesgos de los bonos Abengoa.

Así, respecto a la trascendencia de la información contenida en el propio contrato de suscripción debe tenerse presente que la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2016 declara que "la información contenida en los contratos, cuando se trata de un producto complejo, no es suficiente. No basta con que en el contrato se haga mención de que "el titular asume el riesgo de que la rentabilidad final del producto sea negativa y que pueda recibir un importe de devolución inferior al importe principal invertido", pues se trata de una advertencia genérica. Es preciso ilustrar los concretos riesgos y advertir cuánto puede llegar a perderse de la inversión y en qué casos, con algunos ejemplos o escenarios. Dicho de otro modo, en el caso de un inversor no profesional, como eran los recurrentes (una cosa es que se haya concluido que hubieran tenido alguna experiencia previa en productos de riesgo, a los efectos de negar la excusabilidad del error, y otra muy distinta atribuirles la condición de inversor profesional), no basta con que la información aparezca en las cláusulas del contrato, y por lo tanto con la mera lectura del documento. Es preciso que se ilustre el funcionamiento del producto complejo con ejemplos que pongan en evidencia los concretos riesgos que asume el cliente (Sentencia 689/2012, de 16 de Diciembre)".

SEXTO.- En el caso presente, no consta que se facilitará información completa y comprensible al cliente sobre las características y riesgos propios del "bono Abengoa". En concreto, sobre la posibilidad de pérdida de la inversión, total o parcial, para el caso de que la entidad emisora incurriera en una situación de insolvencia. No constando tampoco que la entidad comercializadora facilitara a su cliente cuanta información tuviera en su poder o por ella pudiera ser conocida en cuanto a la situación patrimonial, económica o financiera de la sociedad emisora del producto.

En cuanto a la información que pudo facilitarse oralmente, se desconoce si la misma se prestó y en qué consistió la misma, toda vez que el Sr. no ha comparecido

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Acreça web per verificar: <https://ejeat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html> Codi Segur de Verificació: S4NU2F8UR124E9I73WVY7TFHEI2FAFNS

Signat per Morales Adame, Antonio;

Data i hora 06/11/2019 08:58





en las actuaciones.

Por otro lado, aunque sí practicó el test de conveniencia, omitió el de idoneidad, lo cual justifica la presunción, que ningún otro medio de prueba enerva en este caso, de que se produjo el error en el consentimiento. A este respecto, conviene recordar la doctrina establecida por la sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014: *“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 (artículos 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 , 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 ".

De igual modo, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2018 señala respecto de esta cuestión que "el incumplimiento de los deberes de información en aspectos tales como los altos costes de cancelación o la posibilidad de liquidaciones periódicas negativas de elevada cuantía, hacen presumir el error de quien contrató con ese déficit de información, error que, además, es excusable en quien carece de conocimientos financieros"; y en el mismo sentido la de 24 de mayo de 2017 señala que: "El incumplimiento de la normativa sobre mercado de valores... puede hacer presumir el error en quien contrató con dicho déficit informativo"..

Tales obligaciones de información por parte de la entidad bancaria que comercializa el producto no puede entenderse que queden colmadas mediante una información genérica sobre los diversos productos a contratar en el mercado y sus posibles riesgos, en este caso de la pérdida del capital invertido si el emisor de un bono incurre en una situación de concurso, sino que debe darse una información concreta sobre los riesgos que pesan sobre producto que se contrata. Por ello, no basta con indicar que existe el indicado riesgo de pérdida de la inversión de los bonos, sino que corresponde acreditar a la demandada qué información facilitó a su cliente de que tal riesgo se materializara en el caso de los "bonos Abegoa".

Codi Segur de Verificació: S4NU2F8UR124E973MVFVIFHEI2FAFN5

Signat per Morales Adame, Antonio;

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/JP/consultaCSV.html>

Data i hora 05/11/2019 08:58





Por tanto, y de la prueba aportada por "Andbank España, S.A.U." no cabe sino concluir que por la demandada se incumplió la referidos deberes de información para con su cliente.

QUINTO.- Se recalca por la entidad demandada la experiencia habida por el Sr. Feliu Castells en productos financiero, incluso con un mayor riesgo de pérdidas del que es objeto de este procedimiento.

En este sentido, cabe recordar la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de cuando señala *"que los clientes hubieran contratado anteriormente productos similares no conlleva que tuvieran experiencia inversora en productos financieros complejos, si en su contratación tampoco les fue suministrada la información legalmente exigida. Como ya declaramos en las sentencias núm. 244/2013, de 18 de abril, y769/2014, de 12 de enero de 2015, para la entidad de servicios de inversión la obligación de información que establece la normativa legal del mercado de valores es una obligación activa, no de mera disponibilidad. Es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, no sus clientes, inversores no profesionales, quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional. El cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. Como hemos afirmado en las sentencias núm. 244/2013, de 18 de abril,769/2014, de 12 de enero de 2015, y 489/2015, de 15 de septiembre, la actuación en el mercado de valores exige un conocimiento experto. El hecho de tener un patrimonio considerable, o que los clientes hubieran realizado algunas inversiones previas no los convierte tampoco en clientes expertos, puesto que no se ha probado que en esos casos se diera a los demandantes una información adecuada para contratar el producto con conocimiento y asunción de los riesgos de una inversión compleja y sin garantías"*.

Es decir, considerar que el cliente pueda considerarse como un inversor experto con conocimientos suficientes sobre los riesgos ínsitos en el concreto producto debatido, en este caso el "bono Abengoa", obliga a demostrar cual fue la concreta información que se facilitó al cliente y ahora demandante cuando contrato los otros productos y que, a partir de ella, pudo tener noticia ser sabedor de los propios del bono objeto de este procedimiento; cuestiones sobre las cuales la demandada no ha aportado prueba suficiente.

SEXTO.- Debe estimarse la acción de anulabilidad por error en el consentimiento. No por dolo como se solicita también por la demandante al no haber demostración de maquinaciones insidiosas a las que hace referencia el artículo 1.269 del Código civil.

Como ya se ha expuesto, el deber de información por parte de la entidad es tan intenso y relevante a la hora de emitirse por el cliente minorista un juicio fundado sobre si

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejeai.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html>

Codi Segur de Verificació: S-ANU2F8UR124E9I73WFVTFHEI2FAFNS

Signat per Morales Adame, Antonio;

Data i hora 05/11/2019 08:58





realizar o no la adquisición de productos como los que son objeto de este procedimiento, que su omisión conlleva que el consentimiento nazca viciado error en el consentimiento al desconocerse por los actores los reales riesgos de pérdida de capital que asumían desde el momento en que adquiría las participaciones preferentes.

Error que sólo puede calificarse como inexcusable atendido el distinto grado de diligencia exigible a cada una de las partes contratantes, por un lado la demandada, como comerciante experto que desarrolla habitualmente su actividad en el mercado financiero y viene obligada a informar y asesorar a sus clientes y a velar por sus intereses, y por otro el demandante, consumidor y quien confía en la entidad bancaria con la que han venido operando habitualmente hasta la fecha, la cual sí cuenta con conocimientos financieros suficientes para discernir lo que presenta un producto financiero de alta complejidad y elevado riesgo como el que se les ofreció por la entidad financiera.

OCTAVO.- No cabe otorgar el pretendido efecto confirmatorio a la percepción de los rendimientos derivados de la titularidad de las participaciones preferentes. En primer lugar, porque conforme lo previsto en el artículo 1.311 del Código civil, la confirmación requiere como presupuesto el conocimiento de la causa de nulidad, conocimiento que, como se ha expresado en el Fundamento Jurídico cuarto de esta sentencia al examinar la excepción de caducidad, no se produce sino cuando el demandante conoce de la situación financiera de “Abengoa, S.A.”, de su declaración de concurso y de los instrumentos de los mecanismos de refinanciación iniciados para conseguir la subsistencia de la entidad.

Por ello, la anterior recepción de los rendimientos no puede tener en ningún caso efecto confirmatorio. Y, en segundo término, toda vez que, en aplicación nuevamente del anterior precepto, la convalidación del contrato anulable debe realizarse de manera expreso o por actos concluyentes que trasluzcan de manera indubitada la voluntad de la parte que ha padecido el vicio en el consentimiento de mantener la eficacia del contrato, declaración de voluntad tácita que no puede predicarse de la percepción de los rendimientos derivados de la puesta a disposición del emisor de una suma de dinero a cambio de un rendimiento. El cobro de tales rendimientos, ya se califiquen como intereses, cupones o de otra manera, es el efecto propio y natural de todo entrega de un capital a un tercero, en este caso una sociedad inmobiliaria, sin que su sola recepción implique el conocimiento de que se los riesgos propios de la inversión.

NOVENO.- La ineficacia de la adquisición de los bonos conduce a la mutua devolución de las prestaciones por aplicación de lo prevenido en el artículo 1.303 del Código civil. Dicho precepto tiene el siguiente tenor literal: “Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con sus intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes”.

Una recta interpretación del indicado precepto obliga a entender que el demandante deben entregar a la demandada los derechos que ostenten o las cantidades recibidas por





su titularidad de los bonos, así como las retribuciones y rendimientos que han ido obteniendo por la titularidad formal de las mismas e intereses; y, “Andbank España, S.A” a restituir el capital invertido más los interés legal del dinero vigente a desde la interpelación extrajudicial –al así haberse solicitado por la parte actora-, y las comisiones en su caso abonadas. Importe total que se determinará en ejecución de sentencia por la vía prevista en los artículos 712 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Por último, señalar que las decisiones adoptadas en el seno del ya referido proceso concursal ante el Juzgado Mercantil número 2 de Sevilla, no implican que la nulidad del contrato de adquisición de los bonos celebrados entre las partes desplieguen los efectos antes descritos, sin perjuicio de que “Andbank España, S.A.U.” asuma en él la posición que hasta ahora correspondía al actor.

DÉCIMO.- Establece el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento civil que, en los procedimientos ordinarios, las costas de la primera instancia se impondrán a las partes cuyas pretensiones hubieran sido totalmente rechazadas.

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

FALLO

Que estimando íntegramente la demanda promovida el Procurador de los Tribunales D. Carlos Javier Ram de Viu Sivatte, en nombre y representación de D. [redacted], contra “Andbank España, S.A.U.”, debo:

- a) declarar la nulidad por vicio en el consentimiento de la orden de compraventa de Bonos Ordinarios de Abengoa, S.A., con código ISIN XS0498817542, en fecha de 25 de junio de 2013 y, en consecuencia, del contrato de adquisición de los mencionados bonos;
- b) condenar a la demandada a satisfacer al actor la cantidad de cincuenta mil euros, así como los intereses legales desde su reclamación extrajudicial, más cualquier otra comisión derivada de la adquisición de los indicados bonos; de dicha cantidad se retraerán cualquier rendimiento o cantidad percibida por el Sr. [redacted]; por su condición de tenedor de los bonos, más sus intereses legales desde el momento de la percepción, debiendo el actor ceder a “Andbank España, S.A.U.” los derechos o posición jurídica derivados de su condición de titular de los bonos.

Se imponen a la demandada las costas causadas en esta instancia.





Contra la presente sentencia cabe de interponer recurso de APELACIÓN ante la Excma Audiencia Provincial de Barcelona, a preparar ante este Juzgado en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a su notificación. Se indican a las partes que para interponer el anterior recurso deberán proceder al depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Así por esta mi sentencia, de la que se expedirá certificación para su unión a los autos a que se refiere, definitivamente juzgando en primera instancia lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Sr. Juez en el mismo día de su fecha, hallándose celebrando audiencia pública, de lo que yo, la Secretaria, doy fe.

Codi Segur de Verificació: SANU2FBUR124E9173WVFTFHEI2FAFN5

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejcat.justicia.gencat.cat/API/consultacSV.html>

Signat per Morales Adame, Antonio;

Data i hora 05/11/2019 08:58



