



Roj: **SAP B 3296/2018 - ECLI: ES:APB:2018:3296**

Id Cendoj: **08019370042018100265**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **4**

Fecha: **23/04/2018**

Nº de Recurso: **745/2017**

Nº de Resolución: **252/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MIREIA RIOS ENRICH**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 04 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Calle Roger de Flor, 62-68, pl. 1 - Barcelona - C.P.: 08013

TEL.: 935672160

FAX: 935672169

EMAIL:aps4.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0812142120158237167

Recurso de apelación 745/2017 -E

Materia: Juicio Ordinario

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Mataró

Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario 1379/2015

Parte recurrente/Solicitante: **BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.**

Procurador/a: Cari Pascuet Soler

Abogado/a:

Parte recurrida: Luis Alberto , Marisa

Procurador/a: Monica Ribas Rulo

Abogado/a:

SENTENCIA N° 252/2018

Magistrados:

Marta Dolores del Valle Garcia

Jordi Lluís Forgas Folch

Mireia Rios Enrich

Barcelona, 23 de abril de 2018

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero . En fecha 25 de mayo de 2017 se han recibido los autos de Procedimiento ordinario 1379/2015 remitidos por Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Mataró a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por e/la Procurador/a Cari Pascuet Soler, en nombre y representación de **BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.** contra Sentencia - 22/02/2017 y en el que consta como parte apelada el/la Procurador/a Monica Ribas Rulo, en nombre y representación de Luis Alberto , Marisa .



Segundo . El contenido del fallo de la Sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso es el siguiente:

"**Estimo íntegramente** la demanda formulada por Luis Alberto y Marisa contra **Banco Popular** Español SA, y en consecuencia:

- **Declaro la nulidad** por error del consentimiento de las órdenes de compra de los productos "**bonos subordinados** necesariamente convertibles en acciones de **Banco Popular** Español comercializados bajo el nombre BO Popular Capital 8% Conv", de fecha 25-11-2010 por importe de 60.000 euros y de fecha 26-11-2010 por importe de 80.000 euros y de todos los actos y contratos derivados.

- **Condeno** a la parte demandada a devolver a la parte actora el precio recibido por la contratación de los bonos convertibles litigiosos (140.000 euros en total), más los intereses legales devengados por esa cantidad desde la fecha de ejecución de la compra de los productos litigiosos (17-12-2010). A estas cantidades deberán **descontarse** los intereses recibidos por la parte demandante durante la tenencia de los bonos y los dividendos recibidos durante la tenencia de las acciones en que se convirtieron los bonos, con los intereses legales de todas estas cantidades desde su cobro, debiendo llevarse a cabo la determinación de la cantidad resultante en ejecución de sentencia, conforme a los trámites de los arts. 712 y siguientes de la LEC . Además, la parte demandante deberá **restituir** a la parte demandada la titularidad de las acciones en que se convirtieron los bonos.

Todo ello con condena a la parte demandada al pago de las costas procesales causadas en esta instancia."

Tercero. El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para este tipo de recursos.

Se señaló fecha para la celebración de la deliberación, votación y fallo, que ha tenido lugar el día 17/04/2018.

Cuarto. En la tramitación de este procedimiento se han observado las normas procesales esenciales aplicables al caso.

Se designó ponente a la Magistrada D^a Mireia Rios Enrich .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Posiciones de las partes, decisión del juez y recurso.

La sentencia de primera instancia estima la demanda formulada por DON Luis Alberto y DOÑA Marisa contra **BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A.**, y en consecuencia, declara la nulidad por error del consentimiento de las órdenes de compra de los productos "**BONOS SUBORDINADOS NECESARIAMENTE CONVERTIBLES EN ACCIONES DE BANCO POPULAR ESPAÑOL COMERCIALIZADOS BAJO EL NOMBRE BO. POPULAR CAPITAL 8% CONV.**", de fecha 25 de noviembre de 2010, por importe de 60.000 euros, y de fecha 26 de noviembre de 2010, por importe de 80.000 euros y de todos los actos y contratos derivados.

Y condena a la entidad bancaria a devolver a la parte actora el precio recibido por la contratación de los bonos convertibles litigiosos (140.000 euros en total), más los intereses legales devengados por esa cantidad desde la fecha de ejecución de la compra de los productos litigiosos (17 de diciembre de 2010).

A estas cantidades deberán descontarse los intereses recibidos por la parte demandante durante la tenencia de los bonos y los dividendos recibidos durante la tenencia de las acciones en que se convirtieron los bonos, con los intereses legales de todas estas cantidades desde su cobro, debiendo llevarse a cabo la determinación de la cantidad resultante en ejecución de sentencia, conforme a los trámites de los artículos 712 y siguientes de la LEC .

Además, la parte demandante deberá restituir a la parte demandada la titularidad de las acciones en que se convirtieron los bonos.

Todo ello, imponiendo a la parte demandada las costas del procedimiento.

Frente a dicha resolución, la representación procesal de **BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A.** interpone recurso de apelación en el que alega:

1) Se ha producido un gravísimo error en relación con los efectos derivados de la declaración de la nulidad por error en el consentimiento dado que la sentencia omite cualquier pronunciamiento sobre la falta de perjuicio económico del producto objeto de la Litis a los demandantes, pues lo cierto es que, en el momento del vencimiento de los Bonos objeto del litigio, habían obtenido un claro y acreditado beneficio.

Quedó acreditado en la vista que los demandantes, con el producto objeto del litigio, no sólo no sufrieron pérdida alguna, sino que obtuvieron un claro beneficio.

En fechas 25 y 26 de noviembre de 2010, los demandantes adquirieron unos **bonos subordinados** por importe de 60.000 euros y 80.000 euros, respectivamente.

En concepto de intereses generados por dichos **bonos subordinados**, que iban percibiendo trimestralmente, los demandantes obtuvieron un total de 13.533,59 euros.

En fecha 25 de junio de 2012, los 140 títulos de **bonos subordinados** se canjearon por 72.164 acciones de **Banco Popular**.

En dicha fecha, el valor de cotización medio de las acciones de **BANCO POPULAR** ascendía a 1,8720 euros la acción.

En consecuencia, el valor total de las 72.164,00 acciones adquiridas era de 135.092,85 euros.

Por ello, dado que, en el momento de la extinción del contrato por canje de los Bonos, los demandantes habían obtenido 13.533,59 euros de intereses, y acciones por valor de 135.092,85 euros, lo cierto es que los clientes habían recuperado e incluso superado su inversión inicial.

Esto es:

En noviembre de 2010 los Sres. Luis Alberto y Marisa habían invertido: 140.000,00 euros.

En junio de 2012 finalizó el producto y obtuvieron:

- Acciones por un valor de 135.092,85 euros.
- Rendimientos por un valor de 13.533,59 euros.

Lo que hace un total de 148.626,44 euros.

Habían conseguido un beneficio de 8.626,44 euros.

Si se produce la nulidad del producto, la consecuencia lógica sería la devolución de las prestaciones desde la finalización del producto y no desde que convenientemente la parte actora ha interpuesto la demanda.

Y ello pues, cuando el producto finalizó, los actores no sólo recibieron unos rendimientos sino también unas acciones de **BANCO POPULAR**.

Acciones que: i) únicamente podía vender la parte actora pues eran de su titularidad y ii) cuyo valor fluctuaba, podían tanto subir de valor, como disminuir.

Resulta lógico, desde el punto de vista jurídico, que la decisión de mantener las acciones y quedar condicionada a la evolución del mercado bursátil no puede perjudicar a ninguna de las partes, ni a la entidad bancaria, ni a la actora, pues los únicos que podían vender los títulos eran los Sres. Luis Alberto y Marisa .

Por lo tanto, procede la estimación del recurso de apelación y el establecimiento de los efectos de la declaración de nulidad de la forma solicitada pues ha quedado acreditado que los demandantes no tuvieron pérdida alguna con el producto litigioso, y que las únicas pérdidas se derivan de haber mantenido el producto cuatro años más, una decisión, sin duda, exclusiva de los actores.

Pero además, con posterioridad al canje y finalización del producto, los demandantes mantuvieron las acciones canjeadas, adquiriendo aún más acciones y llegando incluso a acudir a ampliaciones de capital y no fue hasta casi cuatro años después - en el momento en que descendió el valor de las acciones-, cuando consideraron que habían sufrido un error en la contratación.

Dichos hechos absolutamente voluntarios de acudir a ampliaciones de capital fueron: i) voluntarios y ii) a los efectos de ampliar las acciones que mantenían como consecuencia del canje lo que denota, sin duda, que estaban cómodos con la inversión y querían continuar con ella.

Por otra parte, hasta la fecha seguía sin haber ninguna merma en su inversión.

Además, en fecha 25 de junio de 2012, en el momento de canje y finalización del producto, la acción se encontraba a 1,8720 euros la acción pero es que siguió subiendo y engordando la inversión de los Sres. Luis Alberto y Marisa .

Un año después, el 21 de junio de 2013, la misma se encontraba a 2,53 euros.

Por si resultará insuficiente, el 20 de diciembre de 2013, siguió subiendo hasta los 4,36 euros: la inversión de los actores se había cuadruplicado.

En conclusión, la declaración de nulidad tendría que tener como consecuencia la restitución de las prestaciones, deduciendo de la cantidad inicialmente invertida (140.000 euros) el importe de los intereses ya



abonados a los actores mediante liquidaciones trimestrales (13.533,59 euros) y el valor de las acciones en el momento del canje (momento en que ya podían haberlas vendido en el mercado), pues no es imputable a la entidad bancaria haber decidido no vender las acciones tan pronto como pudieron hacerlo, y que las mismas hayan bajado su valor de cotización y la entidad bancaria deba pechar con las consecuencias de unos actos voluntarios e individuales de los Sres. Luis Alberto y Marisa .

En base a lo anterior, solicita se revoque la sentencia en cuanto a los efectos de la nulidad y, en su lugar, se dicte otra por la que se declare que el apelante restituirá el precio (140.000,00 euros) deduciendo del mismo el importe de los intereses (13.533,59 euros), así como el valor de las acciones en el momento que fueron entregadas a los actores, es decir en el canje del producto; con expresa condena en costas a la parte demandante únicamente en el supuesto de que se oponga al recurso.

La parte demandante impugna el recurso y solicita la confirmación íntegra de la resolución recurrida, con imposición de costas a la parte apelante.

SEGUNDO.- Bonos necesariamente convertibles en acciones. Efectos de la declaración de nulidad.

En cuanto a los efectos de la declaración de nulidad, como hemos dicho en las sentencias dictadas por esta misma sección cuarta, en los rollos de apelación 462/2017 y 414/2017 , dispone el artículo 1.303 del Código Civil :

"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 los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes".

Lo que prevé la ley es que, tras la nulidad, se proceda a la restitución volviendo "ex tunc" a la situación anterior.

En consecuencia, declarada la nulidad del contrato lo que procede es la restitución por parte de la demandada del capital íntegro de la inversión con el interés legal desde la fecha del desembolso.

Por su parte, los demandantes deberán devolver a la entidad bancaria los rendimientos obtenidos por el producto durante los años de su vigencia, más los recibidos con posterioridad a través de las acciones en las que se convirtió, con los intereses legales desde la respectiva fecha de percepción, así como la devolución de las propias acciones recibidas.

Solicita la parte apelante que se revoque la sentencia en cuanto a los efectos de la nulidad y se dicte otra por la que se declare que el apelante restituirá el precio (140.000,00 euros) deduciendo del mismo el importe de los intereses (13.533,59 euros), así como el valor de las acciones en el momento que fueron entregadas a los actores, es decir a la fecha del canje del producto, al entender que desde ese momento la parte actora asumió el riesgo de mantener las acciones en su poder con la posibilidad de cotización a la baja.

Esto es, alega la parte apelante que los actores deben asumir el importe de la bajada de la cotización de las acciones desde la fecha del canje hasta la interposición de la demanda.

Con ello, la parte apelante pretende trasladar al inversor el riesgo de la baja en la cotización cuando ha sido generado por la propia entidad causante del error, y que se materializa en el momento en el que se lleva a cabo el canje.

Desde el momento en que se lleva a cabo el canje con base en un contrato viciado de nulidad, quien ha de asumir el riesgo derivado de la ejecución de ese contrato no es otro que el causante del vicio invalidante.

En consecuencia, lo que procede es la plena restitución del capital (140.000 euros), más los intereses legales devengados por esa cantidad desde la fecha de ejecución de la compra de los productos litigiosos (17 de diciembre de 2010).

Y los demandantes deben de reintegrar a la recurrente los intereses recibidos durante la tenencia de los bonos y los dividendos percibidos durante la tenencia de las acciones en que se convirtieron los bonos, con los intereses legales de todas estas cantidades desde su cobro, así como las acciones percibidas, pues éstos son los efectos de la nulidad, la plena retroacción y consecuente reintegro de las prestaciones de uno y otro contratantes.

Por todo lo expuesto, debemos desestimar el recurso y confirmar íntegramente la sentencia del Juzgado de primera instancia.

TERCERO.- Costas.

Las costas de este recurso vienen impuestas a la parte apelante, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 398.1 de la L.E.C .



Vistos los artículos citados, así como los de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS:

Desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de **BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A.** contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 6 de MATARÓ, en los autos de Procedimiento Ordinario número 1.379/2015, de fecha 23 de febrero de 2017, debemos **CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS** íntegramente dicha sentencia, con imposición a la parte apelante de las costas de este recurso.

Se declara la pérdida del depósito constituido por el recurrente, al que se dará el destino legal procedente de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Esta resolución es susceptible de recurso de extraordinario de infracción procesal y de recurso de casación por interés casacional, mediante escrito presentado ante este Tribunal en el plazo de veinte días desde su notificación, siempre que concurran los requisitos legales para su admisión, de acuerdo con la Disposición Final Decimosexta de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Notifíquese, y firme que sea esta resolución devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

Lo acordamos y firmamos.

Los Magistrados :