



Roj: **SAP B 3331/2018 - ECLI:ES:APB:2018:3331**

Id Cendoj: **08019370162018100186**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **16**

Fecha: **09/04/2018**

Nº de Recurso: **279/2017**

Nº de Resolución: **157/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE LUIS VALDIVIESO POLAINO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 16 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Paseo Lluís Companys, 14-16, pl. 2a - Barcelona - C.P.: 08018

TEL.: 934866200

FAX: 934867114

EMAIL:aps16.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120168131758

Recurso de apelación 279/2017 --C

Materia: Juicio Ordinario

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 27 de Barcelona

Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario 521/2016

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

Procurador/a: Carlos Montero Reiter

Abogado/a: Ramon Isalt Lemonche

Parte recurrida: Gonzalo

Procurador/a: M^a Paz Lopez Lois

Abogado/a: Manuel Miró Echevarne

SENTENCIA N° 157/2018

Magistrados:

Marta Rallo Ayezuren

Jose Luis Valdivieso Polaino

Federico Holgado Madruga

Barcelona, 9 de abril de 2018

Vistos, en grado de apelación, ante la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, los autos de juicio ordinario número 521/2016, seguidos por el Juzgado de Primera Instancia número 27 de Barcelona, a instancia de D. Gonzalo , representado por la procuradora Dña. María Paz López Lois y defendido por el abogado D. Manuel Miró Echevarne, contra **BANCO POPULAR** ESPAÑOL, S.A., representado por el procurador D. Carlos Montero Reiter y defendido por la abogada Dña. Berta Tixis Bonshoms, los cuales penden ante esta sala en virtud del recurso de apelación interpuesto por la demandada, contra la sentencia dictada por la juez del indicado Juzgado en fecha 27 de enero de 2017 .



ANTECEDENTES DE HECHO:

Primero : La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: " *Que, estimando la demanda interpuesta por la procuradora Sra. López Luis en nombre y representación de Don Gonzalo , debo declarar y declaro la nulidad del contrato de bonos subordinados obligatoriamente convertibles V.11-15 ISIN NUM000 suscrito por el actor el 15 de mayo de 2012 y debo condenar y condeno a Banco Popular Español SA a reintegrar a la actora la cantidad a que ascendió dicha orden de compra, es decir 200.000 €, con restitución por parte del demandante de los intereses percibidos así como también de las acciones en las que los bonos fueron obligatoriamente convertidos, más los intereses legales desde la fecha de la interposición judicial según se interesó en el suplico de la demanda, con imposición a la parte demandada de las costas procesales causadas* ".

Segundo : Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandada mediante escrito motivado, del que se dio traslado a la parte contraria, que lo impugnó, elevándose seguidamente las actuaciones a esta Audiencia Provincial, para la resolución del recurso planteado. Se señaló para votación y fallo el día 14 de diciembre último.

Tercero : En el procedimiento se han observado las prescripciones legales.

Visto, siendo ponente el magistrado señor Jose Luis Valdivieso Polaino.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Primero : El 23 de octubre de 2009, D. Gonzalo adquirió, en una oficina de Banco Popular Español, S.A., sita en Sant Andreu de la Barca, 200.000 euros en bonos subordinados necesariamente canjeables 2009.

Dichos bonos debían ser canjeados por acciones de la indicada sociedad con fecha límite en 23 de octubre de 2013.

En 15 de mayo de 2012 los indicados valores fueron canjeados por bonos subordinados obligatoriamente convertibles II/2012 de la misma entidad. Estos bonos también debían ser convertidos obligatoriamente en acciones del banco, aunque con fecha límite para dicha conversión en 25 de noviembre de 2015.

En esta última fecha límite se efectuó la conversión de los bonos en 11.357 acciones del banco, con un valor, según la cotización en ese momento, de 34.559,35 euros. Ello representó que del total invertido de inicio, el demandante solo estuvo en disposición de recuperar, mediante la venta de las acciones, esta última cantidad. La inversión produjo, por tanto, una importante pérdida.

Entendiendo que no fue informado por el banco sobre las características de la inversión realizada, en fecha 4 de julio de 2016 el señor Gonzalo formuló demanda de juicio ordinario en solicitud de que se anulase por error el contrato de adquisición de los bonos necesariamente convertibles en 2015, es decir, el contrato de canje realizado en 15 de mayo de 2012.

Subsidiariamente, se solicitó la declaración de nulidad radical de esa adquisición o, también subsidiariamente respecto a esta última declaración, la resolución por incumplimiento contractual, referido a incumplimiento de la obligación de informar, con responsabilidad de la demandada, condenándola a la indemnización de daños y perjuicios por esa falta de información, al amparo de lo dispuesto en el artículo 1101 del Código Civil y en cuantía de 200.000 euros, más los intereses legales desde la interposición de la demanda.

El Juzgado estimó la demanda acogiendo la pretensión de anulación por error en la prestación del consentimiento.

Segundo : 1. La sentencia apelada rechazó la tesis de que hubiese caducado la posibilidad de pedir la anulación por error que la parte demandada sostuvo y que reproduce en esta segunda instancia.

2. Conforme al artículo 1301 del Código Civil, la acción de nulidad dura 4 años, que comienzan a correr, en los casos de error, desde la consumación del contrato.

Tradicionalmente se ha venido entendiendo que la consumación equivale al cumplimiento íntegro de las obligaciones establecidas en el contrato.

Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a partir de la sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015, ha precisado que la noción de consumación ha de interpretarse buscando un equilibrio entre la seguridad jurídica, que aconseja que la situación de eficacia claudicante del contrato no se prolongue indefinidamente, y la protección del contratante afectado por el vicio del consentimiento. Se exige así, por una parte, que se haya alcanzado la definitiva configuración de la situación jurídica resultante del contrato, lo que equivale a que se haya iniciado su plena ejecución y, por otro lado, es preciso que los contratantes, mostrando una diligencia razonable, puedan haber tenido conocimiento del error padecido (fundamento quinto, apartado 4 de dicha



sentencia). El inicio del plazo no puede ser anterior al momento en que haya ocurrido algún acontecimiento que haya permitido a los contratantes conocer el error, como por ejemplo, en los casos de inversiones, la suspensión del pago de intereses, la aplicación de medidas administrativas 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" (mismo fundamento apartado 5).

La indicada doctrina ha sido reiterada por otras sentencias, como las 435/2016, de 29 de junio , 734/2016, de 20 de diciembre y 218/2017, de 4 de abril . Se ha aplicado a contratos con efectos muy prolongados o por tiempo indefinido, pero también a otros de duración más breve, como en las sentencias 153/2017, de 3 de marzo , 436/2017, de 12 de julio, (ambas referidas a swaps) y 472/2017, de 20 de julio (relativa a un bono estructurado).

3. Así pues es preciso que haya comenzado la ejecución del contrato, o sea que, en palabras de la sentencia de 12 de enero, " se haya alcanzado la definitiva configuración de la situación jurídica resultante del contrato". Una vez establecida dicha situación, el plazo comenzará a correr desde que el interesado tiene conocimiento de un hecho a partir del cual, con una diligencia media, puede deducir que incurrió en un error.

La razón de dicha posición está en el espíritu y finalidad de lo establecido en el artículo 1301 del Código Civil . Si la norma establece que el plazo de caducidad comienza a correr desde la consumación es porque entiende que, con la realización de todas las prestaciones derivadas del contrato, las partes ya quedan bien enteradas de las características del mismo y están en condiciones de actuar en consecuencia. Por ello, lo razonable es, según entiende el alto tribunal, que el plazo comience a correr cuando ocurren hechos que muestran objetivamente la naturaleza de la operación de que se trata. O que necesariamente han de alertar a los contratantes sobre la posibilidad o verosimilitud de que incurriesen en un error.

4. De acuerdo con la doctrina expuesta, la sentencia recurrida entiende que no fue sino hasta el año 2015 cuando el demandante pudo tener conocimiento de las características y riesgos del producto financiero adquirido, porque fue a finales de dicho año cuando recibió un extracto de cuenta de valores en el que se reflejaba que las acciones adquiridas mediante la conversión de los bonos tenían un valor de solo 34.559,35 euros. La operación de canje a que se ha hecho referencia, realizada en 2012, no podía haber alertado al demandante porque, como reflejaba el extracto de cuenta aportado por la demandada como documento número 2 de la contestación a la demanda, los bonos inicialmente adquiridos tenían un valor de 200.000 euros en la fecha de ese canje, y los nuevos tenían el mismo valor, de modo que la operación no podía haber alertado al actor.

5. Sin embargo, se da la circunstancia de que en el marco de esa operación de canje, el demandante recibió, el día 15 de mayo de 2012, un ejemplar de la información relativa a la naturaleza, características y riesgos de los **bonos subordinados** obligatoriamente convertibles, según consta en el recibo de dicha información que, suscrito por el señor Gonzalo , se aportó como documento 9 de la demanda. Como documentos 12 a 14 de la demanda se aportó un ejemplar de un resumen explicativo de las condiciones de la emisión de los bonos II/2012, que fueron los adquiridos en la operación de canje a que se ha hecho referencia. El documento consta de 3 páginas y las primera y tercera van firmadas por el demandante, aunque el texto no va fechado. Todo indica que este resumen de 3 páginas es la información a que alude el recibo de 15 de mayo de 2012 a que se ha hecho mención. En cualquier caso es evidente que este recibo dice que en esa fecha el señor Gonzalo recibió una información sobre los bonos obligatoriamente convertibles del **Banco Popular** y, a falta de toda justificación por el demandante de qué es lo que recibió el 15 de mayo, ha de mantenerse la conclusión de que lo recibido fue ese resumen de 3 páginas, con firma del actor en la primera y tercera.

Pues bien, en ese documento de 3 páginas se exponen las características de estos bonos, incluyendo sus riesgos, como el de no percepción de rendimientos y el de sufrir pérdidas de capital, en el caso de que la cotización de las acciones fuese inferior al precio de conversión de los bonos en acciones, señalado también en el documento.

Por consiguiente una lectura atenta del documento habría advertido al demandante sobre las características de los bonos que adquirió en el canje de 2012, de modo que la recepción del documento facilitó información sobre la naturaleza de la inversión, con más detalle que esos signos de alarma a que se ha referido la jurisprudencia, como el cese en el pago de intereses y otros similares.

En el momento en que el actor recibió la información, en mayo de 2012, ya había quedado configurada la situación jurídica, porque el demandante realizó la inversión en realidad en 2009, que es cuando desembolsó el dinero y, desde entonces, estuvo percibiendo rendimientos, aunque en 2012 los bonos inicialmente adquiridos se canjeasen por otros. Partiendo de esa situación de inversión ya realizada y en marcha, el 15 de mayo de 2012 el señor Gonzalo recibió la información a que se ha hecho referencia. Por consiguiente, según la doctrina jurisprudencial expuesta, entonces comenzó a correr el plazo de caducidad de 4 años. Como la demanda se

presentó el 4 de julio de 2016, resulta claro, a juicio de este tribunal, que ya había caducado la posibilidad de reclamar. Aunque se considerase como fecha la del acto de conciliación instado frente a **Banco Popular Español** para reclamar documentación, la conclusión sería la misma, pues dicho acto se instó en 27 de mayo, también del año 2016.

6. En consecuencia, procede estimar el recurso, revocar la sentencia apelada y desestimar la primera de las peticiones hechas en la demanda, para pasar a considerar las subsidiarias.

Tercero : 1. Según se dijo ya, subsidiariamente se solicitó se declarase la nulidad radical de la adquisición de los bonos, siempre con fundamento en la alegada infracción de las normas que imponen a las entidades financieras determinadas obligaciones en materia de información.

2. Dicha petición no puede ser atendida, porque las normas que imponen la obligación de informar tienen por finalidad prevenir los errores al contratar y, por tanto, su infracción tiene su consecuencia natural en la anulabilidad por vicio del consentimiento.

Así lo ha entendido el Tribunal Supremo, por ejemplo en sus sentencias 716/2014, de 15 de diciembre , y 323/2015, de 30 de junio .

Cuarto : 1. Se pidió igualmente, de forma subsidiaria a la pretensión examinada en el anterior fundamento jurídico, la resolución del contrato de adquisición de los valores de vencimiento en 2015 (es decir, los obtenidos en la operación de canje).

2. Tampoco puede accederse a dicha pretensión, porque lo ocurrido, según el demandante, formó parte de la génesis del negocio jurídico de adquisición de los valores y no constituyó, por tanto, incumplimiento de ese negocio jurídico. La falta de información no constituyó incumplimiento del contrato de adquisición, sino que precedió a la perfección del mismo.

Este tribunal entendió posible la resolución en el pasado, pero ahora ha de mantenerse la posición expuesta, que es la que mantiene el Tribunal Supremo, por ejemplo en sus sentencias 479/2016, de 13 de julio , y 491/2017, de 13 de septiembre .

3. Por consiguiente ha de examinarse si procede la pretensión de indemnización formulada en último término, al amparo del artículo 1101 del Código Civil .

Quinto : 1. En primer lugar ha de decirse que la pretensión de indemnización de daños y perjuicios puede parecer en este caso enlazada a la de resolución del contrato. En el apartado C) del suplico se pide la resolución, declarándose la responsabilidad del banco y condenándole a la indemnización de daños y perjuicios por negligente cumplimiento contractual de la entidad, ocasionado por su falta de información, al amparo de lo dispuesto en el artículo 1101. Pese a esa inicial apariencia, la invocación del artículo 1101 y la afirmación de que se pide la indemnización por no haberse facilitado información suficiente han de conducir a entender que hubo una pretensión de indemnización de daños y perjuicios por falta de información, no ligada con la petición de resolución.

Por otra parte en la página 7 de la demanda se indica que la falta de información puede entenderse constitutiva de incumplimiento contractual previsto en el repetido artículo 1101 del Código Civil . Así lo entendió la parte demandada, que dedicó el apartado sexto de los fundamentos de derecho de su contestación, páginas 46 y 47, a la pretensión de responsabilidad al amparo del artículo 1101.

2. Sentado lo anterior, ha de reiterarse, como tantas veces se ha dicho, que en la redacción de la Ley del Mercado de Valores posterior a la reforma de diciembre de 2007, artículo 79 bis, se exigía que las entidades que prestasen servicios de inversión mantuviesen en todo momento adecuadamente informados a sus clientes. La información debía ser imparcial, clara y no engañosa, de modo que permitiese comprender a los clientes la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión prestado y del tipo específico de instrumento financiero ofrecido. El Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, impone en su artículo 62 la obligación de facilitar la información con antelación suficiente y en soporte duradero.

3. La obligación de informar existía tanto si se prestaba asesoramiento financiero propiamente dicho como si se trataba simplemente de ejecución de órdenes de inversión. El artículo 79 bis de la Ley del Mercado de Valores , tras la indicada reforma de diciembre de 2007, hablaba de que las entidades que prestasen servicios de inversión debían mantener en todo momento adecuadamente informados a sus clientes. El apartado 2 se refería a " toda información dirigida a los clientes" y el 3 a que " a los clientes, incluidos los clientes potenciales, se les proporcionará de manera comprensible, información adecuada". El artículo 60 del Real Decreto 217/2008 habla de toda información dirigida a los clientes minoristas y lo mismo hace el artículo 62. Por tanto no pueden producir efecto las alegaciones de falta de contrato de asesoramiento financiero efectuadas en la contestación a la demanda.



4. La carga de probar que se facilitó la información requerida legalmente corresponde a las entidades que tienen esa obligación, porque se trata de una obligación propia y es quien tiene una obligación quien ha de demostrar que la cumplió. Así lo ha entendido el Tribunal Supremo, por ejemplo en su sentencia 489/2015, de 16 de septiembre .

5. Conforme a lo dispuesto en el artículo 1101 del Código Civil , quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados quienes en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad.

Las obligaciones cuyo incumplimiento puede generar responsabilidad pueden ser obligaciones legales, porque la ley no distingue. Las obligaciones pueden nacer del contrato y también de la ley, como establece expresamente el artículo 1089 del Código Civil . El artículo 1101 se refiere a deficiente cumplimiento de las obligaciones, en general y sin referirse a las contractuales. En estos casos la obligación de las entidades existe antes de que se preste el consentimiento y se perfeccione el contrato. En ese momento anterior a la perfección las entidades que intervienen en el mercado de valores tienen obligaciones, impuestas por la legislación vigente, y de su incumplimiento puede nacer responsabilidad, porque la norma legal no contiene excepciones.

Por tanto, si ha de informarse sobre los riesgos de una determinada inversión, si no se informa y si, después, se produce una pérdida como consecuencia de un riesgo del que no se informó, puede decirse que de esa omisión nació un perjuicio para quien invirtió. Puede pensarse que, aunque se hubiera informado del riesgo, quizá, o probablemente, la inversión se habría realizado de todos modos. Pero se trata de una mera hipótesis, que no puede perjudicar a quien sufrió la falta de información. Una omisión que fue constitutiva de negligencia. Por tanto, en un caso semejante se da el supuesto del artículo 1101 y nace el deber de indemnizar.

Así lo ha entendido el Tribunal Supremo, por ejemplo en sus sentencias de 15 de diciembre de 2014 y 10 y 13 de julio de 2015 .

Sexto : 1. Las pretensiones que se ejercitan en la demanda van referidas a la adquisición de bonos producida en 2012, que ya se ha dicho que derivó de una adquisición hecha antes, en 2009. La pretensión no se refiere a esa adquisición inicial, pero es evidente que los daños y perjuicios ocasionados derivarían de ella, porque fue en 2009 cuando tuvieron lugar la adquisición inicial y el desembolso del dinero. En el recurso de apelación del banco se señala acertadamente que el contrato mediante el que el señor Gonzalo suscribió los bonos fue una orden de 23 de octubre de 2009.

2. Se ha señalado que en mayo de 2012 sí se facilitó información por escrito al señor Gonzalo , de la que éste firmó un recibo. Por lo que se refiere a la inversión inicial, realizada en 2009, no contamos más que con el documento número 10 de la demanda, que es aparentemente la hoja final de un resumen explicativo de los **bonos subordinados** convertibles I/2009, fechada en 3 de octubre de 2009 y en la que se dice que " *Por la presente manifiesto haber recibido el presente resumen informativo de los **bonos subordinados** necesariamente canjeables en acciones del **Banco Popular** Español, S.A., I/2009*", a los efectos de suscripción de la emisión de los citados bonos. Se trata de un documento facilitado por el banco en virtud del acto de conciliación instado y el texto del mismo coincide sustancialmente con el de la última hoja del resumen explicativo de condiciones de los bonos II/2012, a que se hizo referencia al hablar de la caducidad.

Sin embargo, así como disponemos del texto completo de ese resumen relativo a los bonos II/2012, no tenemos el texto del resumen informativo entregado en 2009, de modo que no podemos afirmar que el mismo contuviese la información relativa a los bonos inicialmente adquiridos, ni sus riesgos.

3. Por otra parte, el extracto de cuenta aportado como documento 2 de la contestación indica que el demandante hizo una aportación inicial de 400.000 euros al banco demandado, mediante un cheque a cargo de otra entidad financiera. De esa suma total, la mitad se destinó a un depósito a plazo convencional y la otra a la adquisición de los bonos, con la indicación en el extracto, en cuanto a ésta, " *Suscripción de BO. POPULAR CAPITAL CONV. V. 2013*" . A continuación constan en el extracto abonos correspondientes a " *Liquidación de imposición a plazo fijo*" y a intereses de " *BO. POPULAR CAPITAL NEC. CONVERT*" , de cantidades bastante distintas, superiores las correspondientes a este último concepto. El extracto citado no ha sido cuestionado por el demandante, cuyo abogado se refirió a él, en apoyo de sus tesis, en las conclusiones orales ante el Juzgado.

Es verdad que el extracto de movimientos de la cuenta pudo hacer pensar al demandante que la mitad de lo aportado al banco demandado no se destinó a un plazo fijo. En la demanda se afirma que, cuando contrató la compra de los bonos, el señor Gonzalo pensaba que, en realidad, estaba contratando un depósito a plazo fijo. O sea y dado que la mitad de los 400.000 ingresados de inicio en el banco sí se destinó a un plazo fijo, se alega que el actor pensó que la otra mitad tuvo el mismo destino de constituir un depósito a plazo. Pero luego el extracto indicó que esta otra mitad se destinó a suscribir " *BO POPULAR CAPITAL CONV V. 2013*" y los



rendimientos que éste brindaba eran bastante superiores a los del depósito a plazo, lo cual chocaba con la idea, que el demandante afirma que tuvo cuando contrató, de que todo se destinó a depósito o depósitos a plazo.

No obstante, no puede afirmarse, a partir de tales datos, que el señor Gonzalo fuese debidamente informado sobre las características y riesgos de la inversión. La ley ordenaba una información clara y precisa y no podemos afirmar que en este caso existiese, ni a partir del documento firmado en 2009, a que se ha hecho referencia antes, ni a partir del extracto de la cuenta. Tales elementos de prueba solo suscitan dudas respecto a la información que tuvo el demandante. Pero las dudas han de perjudicar a quien tiene la carga de probar, pues la carga de la prueba consiste en eso precisamente.

4. Por último, ha de hacerse referencia a las declaraciones testificales de dos empleados del banco. Tales testigos fueron claros en el sentido de que se facilitó información al señor Gonzalo cuando realizó la inversión de 2009. Pero no puede fiarse la resolución del proceso solo, o fundamentalmente, a las declaraciones de dichos testigos, porque en su condición de empleados de la entidad su imparcialidad objetiva es dudosa y porque, en definitiva, se está discutiendo también sobre la forma en que ellos cumplieron sus obligaciones profesionales.

Séptimo : 1. La consecuencia de no haberse probado que se facilitase al demandante, en 2009, información suficiente sobre los bonos que adquirió en dicho año ha de ser que la entidad que los comercializó le indemnice en los daños y perjuicios que sufrió, según se ha expuesto en el fundamento jurídico quinto.

2. A dicha conclusión no es óbice el hecho de que el señor Gonzalo canjease esos bonos por otros en la operación de mayo de 2012 repetidamente aludida. Con ocasión de dicha operación sí fue informado, mediante entrega de información escrita, según se expuso al considerarse el tema de la caducidad. Sin embargo, ni esa operación de canje ni la información que entonces se facilitó rompen la relación de causalidad entre la falta de información en 2009 (o de prueba suficiente al respecto, que a efectos jurídicos es equivalente) y el perjuicio económico producido. El canje se produjo cuando ya la operación había producido un perjuicio económico y como forma de disminuirlo. Que ello fue así se desprende del resumen explicativo de la emisión de bonos obligatoriamente convertibles II/2012, documento 12 de la demanda. Según se indica en el párrafo segundo de dicho documento 12, el valor de los bonos II/2012 que se ofrecían estaba por debajo del importe desembolsado, lo que comportaba la pérdida de una parte de lo invertido. Pero se advertía que, de no aceptarse el canje y venderse en el mercado los bonos de 2009, la pérdida previsiblemente sería superior.

3. Tampoco puede aceptarse que la fluctuación de los mercados enerve las conclusiones a las que se ha llegado, contra lo pretendido en la contestación a la demanda. Evidentemente la caída de la cotización de las acciones del banco fue la causa económica de la pérdida. Pero la cuestión es que no se ha probado que se informase en 2009 de que existía esa posibilidad de pérdida económica en caso de bajada en la cotización de las acciones. Faltó información sobre el riesgo y, por tanto, al hacerse realidad el riesgo, ha de afirmarse que hay relación de causalidad entre dicha falta de información y la pérdida sufrida.

4. Por lo expuesto, se estimará la última de las pretensiones formuladas.

Octavo : 1. Por lo que se refiere a los efectos económicos, en la demanda se pidió una indemnización de 200.000 euros al amparo de lo establecido en el artículo 1101 del Código Civil .

Se trata de una petición que no puede acogerse en sus propios términos porque, finalmente, tras la conversión de los bonos en acciones, el demandante pasó a ser propietario de acciones del banco, que tenían un valor determinado.

Puede pensarse que, como no consta que tales acciones hayan sido vendidas, no hay prueba de cuál ha sido el perjuicio producido, sencillamente por no haberse consumado el mismo.

Sin embargo, como en el momento de la conversión las acciones tenían un valor de 34.559,35 euros, ha de afirmarse que el perjuicio fue la diferencia entre esa cantidad y los 200.000 euros invertidos. El valor resulta del extracto de cuenta de valores aportado como documento 15 de la demanda. El demandante no ha acreditado que la cotización de las acciones en el momento de la conversión fuese inferior. La carga de probar el importe de los perjuicios sufridos era del demandante. Por tanto ha de considerarse ese importe de 34.559,35 euros.

2. Puede cuestionarse si, para disminuir el importe de los perjuicios, han de detraerse los rendimientos que el señor Gonzalo obtuvo de la inversión.

Esta cuestión ha sido muy discutida en el marco en que nos movemos de la indemnización por daños y perjuicios. En esta sección no ha habido en el pasado una opinión unánime de sus miembros. Se ha argumentado que los rendimientos fueron abonados por la entidad que emitió los títulos en virtud de las obligaciones que le incumbían como tal emisora de los títulos, por lo que no resultaba factible obligar al inversor a restituir eso que recibió de forma jurídicamente irreprochable. En sentido opuesto puede



argumentarse que, precisamente, lo que ocurre es que la inversión realizada, conforme a su propio régimen jurídico, generó beneficios que, por tanto, han de tenerse en cuenta al determinar los daños y perjuicios generados por esa inversión realizada.

La reciente sentencia del Tribunal Supremo 613/2017, de 16 de noviembre, se pronunció en el sentido de considerar computables los rendimientos a estos efectos de determinar el importe de los daños y perjuicios.

3. Esta última decisión puede conducir a resolver la controversia en la forma establecida por la sentencia.

Sin embargo, en el presente caso se da la circunstancia de que la parte demandante pidió que se le confiriese una indemnización de 200.000 euros y la demandada no solicitó que se dedujesen los rendimientos percibidos, de modo que la cuestión no fue introducida en el debate procesal.

Uno de los argumentos que se han utilizado en la discusión sobre este tema ha sido el de que, si se deducen los rendimientos abonados, el perjudicado habrá perdido la disponibilidad del dinero invertido sin obtener nada a cambio. Para evitar ese perjuicio el inversor perjudicado por la falta de información puede pretender que se sustituyan los rendimientos, que se vería obligado a devolver, por una indemnización de otra clase. Como, por ejemplo, los rendimientos de los depósitos a plazo. Una pretensión de este tipo puede introducirse por el demandante en la audiencia previa del proceso, conforme a lo previsto en el artículo 426 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se trataría de rectificar un extremo secundario de la pretensión del actor, para el caso de aceptarse la deducción de los rendimientos.

Sin embargo, si la entidad financiera, en su contestación, no solicita que se deduzcan los rendimientos, el demandante no tendrá oportunidad de hacer una petición semejante en la audiencia previa, precisamente porque la cuestión no habrá sido introducida en el debate procesal, cuyos límites vienen señalados por los escritos de demanda y contestación, conforme establece el artículo 412 de la Ley de Enjuiciamiento. De ese modo, si se considera la procedencia de deducir los rendimientos para calcular el importe de los daños y perjuicios el inversor perderá todo el rendimiento que obtuvo de su inversión y no podrá compensar esa pérdida con un concepto como el que se ha apuntado de los intereses de los depósitos a plazo, u otro distinto. Puede decirse en definitiva que considerar la cuestión sin haber sido esgrimida por la parte demandada, por una parte iría contra el artículo 412 y, por otra, privaría al demandante de toda posibilidad de reaccionar en la audiencia previa ante la eventualidad del descuento de todos los rendimientos y de obtener, de ese modo, una compensación por el dinero que invirtió en su momento.

Por ello no procede la deducción de los rendimientos en los casos en que eso no fue postulado expresamente por la demandada en su contestación.

4. Eso es lo que ocurrió en el presente caso, en el que el tema no fue planteado en la contestación a la demanda y no se introdujo en las cuestiones controvertidas de la audiencia previa. Los rendimientos fueron mencionados en la contestación a la demanda pero solo a los efectos de precisar la cuantía litigiosa y en relación con la pretensión de anulación. En la página 26 de dicho escrito se dice que, atendiendo a las consecuencias que podrían derivarse de la estimación de la petición de nulidad efectuada, la cuantía del procedimiento debería fijarse deduciendo del principal invertido la cuantía de los rendimientos. Esa fue toda la referencia que se hizo a los rendimientos en la contestación. No se indicó en absoluto que, para el caso de estimarse la pretensión de indemnización de daños y perjuicios, deberían deducirse los rendimientos. Por consiguiente, conforme a lo dicho no pueden deducirse esos rendimientos que el demandante percibió para calcular la indemnización a que tiene derecho.

Noveno : A la indemnización se le añadirán los intereses legales desde la presentación de la demanda, conforme a las reglas en materia de mora en el cumplimiento de las obligaciones, artículos 1101 y 1108 del Código Civil .

El interés adicional del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil solo se aplicará desde la fecha de esta sentencia, al estimarse el recurso y dejarse completamente sin efecto el pronunciamiento de anulación, que se sustituye por el de indemnización de daños y perjuicios, lo que justifica que no se impongan esos intereses adicionales del 2 por ciento anual, establecidos para disuadir de la formulación de recursos infundados, condición que no ha tenido el entablado en este caso.

Décimo : No se hará pronunciamiento respecto a las costas de la primera instancia, en aplicación de lo establecido en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al estimarse solo en parte la demanda, ya que la indemnización fijada es un 17,28 por ciento inferior a la solicitada.

Tampoco se hará pronunciamiento en cuanto a las costas de la apelación, al estimarse el recurso.

Vistos los preceptos legales citados,



FALLAMOS

Que, estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por **BANCO POPULAR** ESPAÑOL, S.A., contra la sentencia de fecha 27 de enero de 2017, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 27 de Barcelona en el proceso mencionado en el encabezamiento, revocamos dicha sentencia y, en su lugar, estimando en parte la demanda, condenamos a la apelante a pagar a D. Gonzalo la cantidad de 165.440,65 euros, con el interés legal desde la presentación de la demanda, incrementado en dos enteros desde la fecha de esta sentencia. Sin costas en ninguna de las dos instancias. Devuélvase el depósito constituido para recurrir.

Devuélvase los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de esta sentencia, para su cumplimiento.

Contra la presente sentencia cabe recurso de casación por interés casacional (si el recurso presenta tal interés conforme a la ley) y recurso extraordinario por infracción procesal, éste último si se presentare conjuntamente con el primero. Deberán ser interpuestos, en su caso, ante esta Sección, en el plazo de veinte días, constituyendo el depósito correspondiente.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.