

**JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 4
ZARAGOZA**

SENTENCIA: 00613/2017

-

AVDA RANILLAS, S/N - EDIFICIO VIDAL DE CANELLAS, ESCALERA F PTA. 3ª

Teléfono: 976-208158, Fax: 976-208645

Equipo/usuario: VGM

Modelo: N04390

N.I.G.: 50297 42 1 2017 0006493

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000260 /2017 SECCION B-

Procedimiento origen: /

Sobre OTRAS MATERIAS

DEMANDANTE , DEMANDANTE D/ña. X

Procurador/a Sr/a. ANDRES ALBAS SUSIN, ANDRES ALBAS SUSIN

Abogado/a Sr/a. ,

DEMANDADO D/ña. BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A,

Procurador/a Sr/a. MARIA DOLORES SANZ CHANDRO

Abogado/a Sr/a.

S E N T E N C I A N º 613

JUEZ QUE LA DICTA: MAGISTRADO-JUEZ SERRANO GONZALEZ.

Lugar: ZARAGOZA.

Fecha: quince de diciembre de dos mil diecisiete.

Demandante: X. **Abogado/a:** JUAN LUIS PEREZ GOMEZ-MORAN

Procurador/a: ANDRES ALBAS SUSIN, ANDRES ALBAS SUSIN .

Demandado: BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A, .

Abogado/a: x

Procurador/a: x

Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000260 /2017.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Procurador Sr. ALBAS SUSIN se presentó demanda de juicio ordinario en nombre y representación de XY X contra BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. en la que tras alegar los hechos y fundamentos de derecho en ella contenidos, terminaba suplicando se dictase sentencia conforme al suplico que es de ver en la demanda.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se emplazó a la parte demandada contestando dentro del plazo legal representada por la Procuradora Sra. x y oponiéndose a la demanda formulada de contrario por escrito en el que terminaba suplicando se dictase sentencia por la que desestimando íntegramente la demanda formulada, se absuelva de la misma a la demandada, con imposición de costas a la demandante.

TERCERO.- Previos los trámites se señaló día y hora para la celebración de la audiencia previa a la que comparecieron la parte actora y los Procuradores y Letrados de ambas partes. Abierto el acto por S.S^a se intentó avenir a las partes sin resultado y se prosiguió la misma con el resultado que obra en autos señalándose día y hora para la celebración del oportuno juicio al que comparecieron la parte actora y los Procuradores y Letrados de ambas partes. Seguidamente se practicó la prueba admitida, cuyo resultado consta en los términos que resultan del visionado y audición del soporte informático correspondiente quedando los autos conclusos para sentencia.

CUARTO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los demandantes interponen la presente demanda, que trae causa de la contratación, en fecha 2 de octubre de 2009, de seis B.O POPULAR CAPITAL CONV. V. 2013 por un importe de 12.000 €, posteriormente sustituidos, en el año 2012, por BO.SUB.OB. CONV. POPULAR V.11-15. Con fundamento en la insuficiente información sobre el producto proporcionada por la demandada, solicitan se declare la nulidad de ambas contrataciones, debido a la existencia de error en el consentimiento y se condene a la demandada a devolver el capital invertido. Subsidiariamente, solicita se imponga al BANCO POPULAR la obligación de resarcir a la actora los daños y perjuicios que ha causado. por incumplimiento imputable al BANCO POPULAR de las obligaciones inherentes de información en el momento de la suscripción del producto y durante la vigencia del mismo.

La parte demandada se opone a estas pretensiones y, en primer lugar, alega la caducidad de la acción de nulidad por haber por haber transcurrido con exceso el plazo de caducidad previsto para su ejercicio. En cuanto al fondo, en síntesis, niega que haya habido falta de información sobre las características del producto, tanto en la fase contractual como postcontractual y alega que los demandantes conocían perfectamente el riesgo del producto, teniendo contratados otros similares.

SEGUNDO.- De lo expuesto resulta que la primera cuestión a resolver es la relativa la caducidad de la acción de nulidad, ejercitada en la demanda por causa de la existencia de error en la prestación del consentimiento.

Conforme a lo dispuesto en los arts. 1265 y 1300 CC, nos encontramos ante una acción de anulabilidad de los contratos cuyo plazo de ejercicio, según el art. 1301 CC, es el de cuatro años, a contar desde la consumación del contrato. De otro lado, la jurisprudencia ha considerado de forma reiterada que este plazo es de caducidad (SSTS 5-10-2007 y 20-9-2007, entre otras muchas).

La cuestión que se plantea entonces es cuando debe entenderse que empieza a transcurrir dicho plazo de caducidad. A este respecto, la sentencia del TS de fecha 29 de junio de 2016 resume la doctrina sentada sobre esta materia, en relación a contratos financieros complejos concertados con consumidores, como es que es objeto del presente procedimiento, y señala:

»La diferencia de complejidad entre las relaciones contractuales en las que a finales del siglo XIX podía producirse con más facilidad el error en el consentimiento, y los contratos bancarios, financieros y de inversión actuales, es considerable. Por ello, en casos como el que es objeto del recurso no puede interpretarse la "consumación del contrato" como si de un negocio jurídico simple se tratara. En la fecha en que el art. 1301 del Código Civil fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la "actio nata", conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (art. 4:113).

»En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento.

»Por ello, en 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 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».

Esta doctrina ha sido reiterada en las sentencias 489/2015, de 16 de septiembre, y 102/2016, de 25 de febrero. "

En el presente caso, la parte demandada entiende que en plazo de caducidad debe computarse desde el día 9 de mayo de 2012, cuando se efectúa el canje de los bonos contratados en 2009 por la nueva emisión que los sustituía. Alega que, en ese momento, la parte actora recibió no solamente nueva documentación escrita con toda la información de los riesgos del producto (doc. nº 7), sino información verbal por parte de los empleados de la entidad, explicando el motivo de esta

nueva emisión que no era otro que intentar que la acción se recuperara y así evitar que la inversión de los clientes no sufriese una minusvalía. Sin embargo, la documental aportada en la misma que en relación a la anterior emisión y, con respecto a la información verbal, ninguna prueba se ha aportado que acredite que se hubiera explicado a los demandantes que el motivo de la nueva emisión era el de minorar pérdidas y éstos han manifestado, en la prueba de interrogatorio, que en ningún momento se les advirtió de que podían perder su inversión.

Por consiguiente, el momento a partir del cual los actores son conscientes del riesgo del producto contratado y la pérdida de su inversión, debe situarse en el mes de noviembre de 2015, coincidente con el vencimiento de los bonos contratados en 2012 y momento, según la reclamación efectuada en su nombre por ADICAE (doc. n° 6 demanda), en el cual los actores comprendieron que lo que en realidad tenían eran acciones con una valoración muy por debajo del importe invertido y solicitaron a la demandada la documentación relativa a esta operación. Todo lo cual determina que la excepción de caducidad deba ser desestimada al no haber transcurrido el plazo de cuatro cuando se presentó la demanda el día 14 de marzo de 2017.

TERCERO.- Con respecto al producto contratado por los actores, la STS de fecha 17 de junio de 2016 señala:

1.- Los bonos necesariamente convertibles son activos de inversión que se convierten en acciones automáticamente en una fecha determinada, y por tanto, el poseedor de estos bonos no tiene la opción, sino la seguridad, de que recibirá acciones en la fecha de intercambio. A su vencimiento, el inversor recibe un número prefijado de acciones, a un precio determinado, por lo que no tiene la protección contra bajadas del precio de la acción que ofrecen los convertibles tradicionales. Los bonos necesariamente convertibles ofrecen al inversor sólo una parte de la futura subida potencial de la acción a cambio de un cupón prefijado, y exponen al inversor a parte o a toda la bajada de la acción. Por ello, estos instrumentos están más cercanos al capital que a la deuda del emisor; y suelen tener, como ocurre en el caso litigioso, carácter subordinado.

2.- 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. El propio art. 79 bis 8 a) LMV parte de dicha diferenciación y considera los bonos necesariamente convertibles en acciones como productos complejos, por no estar incluidos en las excepciones previstas en el mismo precepto (así lo estima también la CNMV en la Guía sobre catalogación de los instrumentos financieros como complejos o no complejos).

3.- Pero es que, además, si tenemos en cuenta que los bonos necesariamente convertibles en acciones del Banco Popular son un producto financiero mediante el cual y, a través de distintas etapas, hasta llegar a la conversión en acciones ordinarias de esa misma entidad, el banco se recapitaliza, siendo su principal característica que al inicio otorgan un interés fijo, mientras dura el bono, pero después, cuando el inversor se convierte en accionista del banco, la aportación adquiere las características de una inversión de renta variable, con el consiguiente riesgo de pérdida del capital invertido; es claro que se trata de un producto no solo complejo, sino también arriesgado. Lo que obliga a la entidad financiera que los comercializa a suministrar al inversor minorista una información especialmente cuidadosa, de manera que le quede claro que, a pesar de que en un primer momento su aportación de dinero tiene similitud con un depósito remunerado a tipo fijo, a la postre implica la adquisición obligatoria del capital del banco y, por tanto, puede suponer la pérdida de la inversión.

Y con respecto a los deberes de información y el error vicio del consentimiento en los contratos de inversión:

1.- Las sentencias del Pleno de esta Sala núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, y 769/2014, de 12 de enero de 2015, así como las sentencias 489/2015, de 16 de septiembre, y 102/2016, de 25 de febrero, recogen y resumen la jurisprudencia dictada en torno al error vicio en la contratación de productos financieros y de inversión. Afirmábamos en esas sentencias, con cita de otras anteriores, que hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea. Es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración, lo que exige que la equivocación se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

2.- El art. 1266 CC dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer (además de sobre la persona, en determinados casos) sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261.2 del mismo Código Civil). La jurisprudencia ha exigido que el error sea esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones, respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de

causa concreta o de motivos incorporados a la causa (sentencia núm. 215/2013, de 8 abril).

3.- El error invalidante del contrato ha de ser, además de esencial, excusable, esto es, no imputable a quien lo sufre. El Código Civil no menciona expresamente este requisito, pero se deduce de los principios de autorresponsabilidad y buena fe. La jurisprudencia niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que ignoraba al contratar. En tal caso, ante la alegación de error, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida.

La diligencia exigible ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso. En principio, cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible, y si no lo hace, ha de cargar con las consecuencias de su omisión. Pero la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas, no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, de modo que es exigible una mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto, y, por el contrario, es menor cuando se trata de persona inexperta que entra en negociaciones con un experto, siendo preciso para apreciar la diligencia exigible valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta, aunque no haya incurrido en dolo o culpa.

En definitiva, el carácter excusable supone que el error no sea imputable a quien lo sufre, y que no sea susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe. Ello es así porque el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando este no merece esa protección por su conducta negligente, ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración.

4.- En el ámbito del mercado de valores y los productos y servicios de inversión, el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo, de acuerdo con lo declarado por esta sala en las citadas sentencias núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, y núm. 769/2014, de 12 de enero, entre otras.

En particular, sobre la información de los riesgos:

"2.- En el caso concreto de los bonos necesariamente convertibles en acciones, el riesgo no deriva de la falta de liquidez, puesto que al vencimiento el inversor recibirá unas acciones que cotizan en un mercado secundario; sino que dependerá de que las acciones recibidas tengan o no un valor de cotización bursátil equivalente al capital invertido. En consecuencia, para que el inversor pueda valorar correctamente

el riesgo de su inversión, deberá ser informado del procedimiento que se va a seguir para calcular el número de acciones que recibirá en la fecha estipulada para la conversión y si este número de acciones se calculase con arreglo a su precio de cotización bursátil, el momento que servirá de referencia para fijar su valor, si es que éste no coincide con el momento de la conversión. Cuando con arreglo a las condiciones de una emisión de obligaciones necesariamente convertibles en acciones, no coincida el momento de la conversión en acciones con el momento en que han de ser valoradas éstas para determinar el número de las que se entregarán a cada inversor, recae sobre los inversores el riesgo de depreciación de las acciones de la entidad entre ambos momentos.

3.- El quid de la información no está en lo que suceda a partir del canje, puesto que cualquier inversor conoce que el valor de las acciones que cotizan en bolsa puede oscilar al alza o a la baja. Sino en lo que sucede antes del canje, es decir, que al inversor le quede claro que las acciones que va a recibir no tienen por qué tener un valor necesariamente equivalente al precio al que compró los bonos, sino que pueden tener un valor bursátil inferior, en cuyo caso habrá perdido, ya en la fecha del canje, todo o parte de la inversión."

Dado que, como consecuencia del canje, el inversor en obligaciones convertibles obtendrá acciones, podrá ser consciente, con independencia de su perfil o de su experiencia, de que, a partir de dicho canje, su inversión conlleva un riesgo de pérdidas, en función de la fluctuación de la cotización de tales acciones. Desde ese punto de vista, no resultaría relevante el error que haya consistido en una frustración de las expectativas del inversor sobre la evolución posterior del precio de las acciones recibidas. Sino que el error relevante ha de consistir en el desconocimiento de la dinámica o desenvolvimiento del producto ofrecido, tal y como ha sido diseñado en las condiciones de la emisión y, en particular, en el desconocimiento de las condiciones de la determinación del precio por el que se valorarán las acciones que se cambiarán, puesto que, según cual sea este precio, se recibirá más o menos capital en acciones.

Es decir, la empresa que presta el servicio de inversión debe informar al cliente de las condiciones de la conversión en acciones de las que deriva el riesgo de pérdidas al realizarse el canje. El mero hecho de entregar un tríptico resumen del producto en el que se haga referencia a la fecha de valoración de las acciones no basta por sí mismo para dar por cumplida esta obligación de informar sobre el riesgo de pérdidas.

TERCERO.- En el presente caso, la prueba practicada ha consistido en la documental y la de interrogatorio de los actores, habiendo renunciado la demandada a la testifical del empleado que comercializó los Bonos. La parte demandada defiende que la información proporcionada fue completa y suficiente toda vez que, en ambas emisiones, se les entregó un ejemplar completo de las condiciones generales y sobre los productos financieros ofrecidos por el Banco; igualmente, se les practicó el test de conveniencia y se les entregó el tríptico informativo. Alega también que en el 2012, con ocasión del canje de los bonos, firmaron un documento en el que se les indicaba la posible no adecuación a su nivel de conocimiento y experiencia. Sin embargo dicha documental, unida a la aportada en relación a otros productos que también tenían contratados, no se estima suficiente para acreditar, como exige la citada sentencia del TS, que los actores tenían claro *"las acciones que va a recibir no tienen por qué tener un valor necesariamente equivalente al precio al que compró los bonos, sino que pueden tener un valor bursátil inferior, en cuyo caso habrá perdido, ya en la fecha del canje, todo o parte de la inversión"*. A este respecto, ambos demandantes manifestaron que en ningún momento les dijeron que podían perder su inversión y que creían que era un plazo fijo y, tampoco puede deducirse lo contrario, del hecho de que firmaran el documento nº 8 de la contestación a la demandada, en el que se les informaba de la posible no adecuación de los fondos y ello por cuanto *las menciones prerredactadas de conocimiento mas que de voluntad no tienen ningún valor, cuando son contradichas por los hechos y cuando ni siquiera consta que se les hubieran entregado con la suficiente antelación* (STS 460/2014 y S.T.J.U.E. 18-12-2014, C-449/2013), lo que ocurre en el presente caso en el que los actores tuvieron que solicitar a la demandada la entrega de la documentación relativa a ambas operaciones (doc. nº 6 demanda). En cuanto al perfil inversor de los actores y el hecho de que hubieran suscrito con anterioridad fondos de inversión y acciones, debe destacarse se trata de productos no complejos (así se dice en el test de conveniencia) y conservadores, en particular, el primero de ellos que se denomina precisamente Eurovalor Conservador Dinámico.

Consecuentemente y como señala la SPA de Zaragoza, Sección 5ª de 12 de enero del presente año, no se dio la información exigida, lo que provocó en error sustancial y excusable sobre la esencia del producto contratado, lo que acarrea la nulidad del mismo.

En este sentido y respecto al mismo producto, la citada STS 411/2016, 17-6, S.A.P Pontevedra 456/2016,6-10, Guipúzcoa, Sec. 2ª, 754/2016, secc. 3ª, 560/2016, Madrid, secc. 12, 195/2015 y Alava secc. 1ª, 458/2015. También hay referencia a este producto en la S. 436/2016, 2-9 de esta Secc. 5ª de la A.P. de Zaragoza.

En cuanto a los efectos de la nulidad, conforme a lo dispuesto en el art. 1303 CC, las partes deberán devolverse recíprocamente las prestaciones recibidas, por lo que la demandada debe devolver el capital invertido menos los intereses percibidos por los demandantes en su concepto de bruto.

CUARTO.- En materia de costas, la estimación de la demanda comprota su imposición a la demandada (art. 394 LEC).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

F A L L O

Que estimando la demanda interpuesta por el Procurador D. Andrés Albas Susin, en representación de D. X y D^a x, contra BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A debo:

1.- Declarar la anulabilidad de la orden de suscripción por importe de B.O POPULAR CAPITAL CONV. V. 2013, por importe de 12.000 euros de y de la sucesiva orden de canje por 12 valores BO.SUB.OB.CONV.POPULAR V.11-15 POR importes de 12.000 euros, por existencia de vicios del consentimiento, condenando a la demandada a la devolución a los actores del precio de compra del producto financiero, 12.000,00.- euros, más gastos y comisiones cobrados, menos los rendimientos o frutos percibidos durante la vigencia de los contratos, sumando a dichas cantidades los intereses que legalmente correspondan conforme art. 576 de la LEC.

2.- Condenar a la demandada al pago de las costas.

MODO DE IMPUGNACIÓN: recurso de apelación, que se interpondrá ante el Tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente de la notificación de aquella.

Dicho recurso carecerá de efectos suspensivos, sin que en ningún caso proceda actuar en sentido contrario a lo resuelto (artículo 456.2 L.E.C.).

Conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.



El depósito deberá constituirlo ingresando la citada cantidad en el BANCO DE SANTANDER S. A. en la cuenta de este expediente 4903 0000 indicando, en el campo "concepto" la indicación "Recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir, tras la cuenta referida, separados por un espacio la indicación "recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación"

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

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

EL/LA MAGISTRADO/JUEZ,

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de la fecha por la Sra. Juez que la dictó estando celebrando la Audiencia Pública. Doy fe.



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN