



ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 15 DE ZARAGOZA

Pza. Expo, 6 - 3ª Plta. Escalera G, Zaragoza
Zaragoza
Teléfono: 976 20 85 10, 976 20 84 76
Email: instancia15zaragoza@justicia.aragon.es
Modelo: OR050

Proc.: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Nº: **0000703/2019**
NIG: 5029742120190015078
Resolución: Sentencia 000130/2020

Sección: BB

Puede relacionarse telemáticamente con esta Admón. a través de la sede electrónica (personas jurídicas) <https://sedejudicial.aragon.es/>

Intervención:	Interviniente:	Procurador:	Abogado:
Demandante	-	-	JUAN LUIS PEREZ GOMEZ-MORAN
Demandante			JUAN LUIS PEREZ GOMEZ-MORAN
Demandado	BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A.		

S E N T E N C I A Nº 000130/2020

En Zaragoza, a 24 de junio del 2020.

Vistos por el Ilmo. D. , Magistrado-Juez del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 15 DE ZARAGOZA de Zaragoza y su Partido, los presentes autos de Procedimiento Ordinario nº 0000703/2019, seguidos ante este Juzgado a instancia de , representados por el Procurador D y asistidos por el Letrado D. JUAN LUIS PEREZ GOMEZ-MORAN, contra BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A.SUCESOR UNIVERSAL BANCO SANTANDER SA representada por la Procuradora y defendida por el Letrado Dña. , sobre reclamación de cantidad.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por D.

se interpuso el 18/6/2019, demanda contra BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A suplicando:

1.- Declarar la nulidad o anulabilidad de la orden de suscripción de OBLIGACIONES SUBORDINADAS DE BANCO POPULAR DENOMINACIÓN "8,25%", por importe de 50.000 euros de fecha 19-11-2011, por existencia de vicios del consentimiento otorgado por mis mandantes y/e infracción de normas imperativas aplicables, condenando a BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. a la devolución a los actores del precio de compra del producto financiero, 50.000,00.- 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.- Subsidiariamente, que se declare el derecho de mis mandantes a ser indemnizados por los daños y perjuicios ocasionados con origen en falsedades y omisiones en la información del producto financiero, en la intermediación en su adquisición e incumplimientos contractuales al momento de suscripción del producto financiero y durante la vigencia del mismo, en cuantía de 50.000.- euros, más gastos y comisiones, menos los

Fecha: 25/06/2020 08:51



COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN

rendimientos o frutos percibidos durante la vigencia del contrato y menos el precio de canje en fecha de conversión forzosa –o en su defecto del precio de canje a fecha de interposición de la presente demanda-, más el interés legal que corresponda; y condene al BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. a pagar dicha suma.

3.- En cualquiera de los supuestos anteriores, con condena en costas del juicio a la demandada.

Fueron hechos relevantes:

a) Que mi mandante es cliente habitual y ya lo es desde hace tiempo de BANCO POPULAR, S.A; además, de ser consumidor y minorista, ahorrador no inversor y con un perfil de riesgo conservador, que siempre ha tenido sus ahorros en cuentas bancarias, depósitos a plazo, acciones y fondos de inversión emitidos por el demandado e instrumentos financieros excluidos de la directiva MIFID, sin experiencia en productos financieros complejos y/o de riesgo. Además son clientes que confiaron plenamente en el director y empleados de su oficina habitual, hasta el punto que no se ha entregado copia del citado contrato a ésta parte y que previsiblemente ni exista. De ahí que tengamos que probar documentalmente mediante la hoja de histórico de productos y los rendimientos, la existencia de contratación de éste producto.

b) Que creyendo que contrataba un plazo fijo en fecha 19 de noviembre de 2011 suscribió OBLIGACIONES SUBORDINADAS DE BANCO POPULAR DENOMINACIÓN “8,25%” POR NOMINAL DE 50.000 EUROS.

- El Director de la Sucursal del BANCO POPULAR, S.A. no tuvo en cuenta –ni recabó información alguna- sobre su carencia de formación financiera, las expectativas de inversión pretendidas y/o el historial de inversiones de mis mandantes. Los “bonos del Popular” se contrataron, pues, en lo que técnicamente se conoce como proceso de venta asesorada, pero sin previa comprobación por la entidad financiera emisora y comercializadora de la idoneidad o conveniencia del mismo para mis mandantes, ni llegar a informar de las características reales del producto financiero, que se enmascararon frente a ellos como un plazo fijo más.

- Mis mandantes dieron orden de suscribir bonos con la denominación indeterminada OB. SUB. BANCO POPULAR 8,25% ya que no describe ningún producto solo que son “algo” del popular- por un importe nominal de 50.000 euros, donde se incluye la típica cláusula de exoneración de responsabilidad y falso cumplimiento de las obligaciones de información por la demandada, ya que no viene corroborado por los hechos y otros extremos que especifica.

- A pesar de que existió servicio de asesoramiento a los clientes, la entidad incumplió sus deberes sobre información previa del art. 79 de la ley mercado valores ya que no consta información y en caso de existir, es insuficiente. Consecuentemente, no puede considerarse cumplida la normativa MIFID al respecto y se ha causado perfecta indefensión al cliente. Es claro, pues, que mis mandantes tenían plena confianza en la demandada, no solo en sus empleados y Director de la Sucursal, sino también en los productos financieros que estos les iban ofreciendo para suscribir y se confiaron; por eso aceptaron con facilidad el que es objeto de Litis.

Fecha: 25/06/2020 08:51

Fecha: 25/06/2020 08:51	
-------------------------	--

c) Que la emisión de bonos subordinados necesariamente convertibles en acciones del banco popular español fue parte de una operación de recapitalización de la entidad financiera a consecuencia de la “gran recesión” ocurrida a partir de 2007. Para hacer frente a la difícil coyuntura económica, en fecha 3-02- 2009, El BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. decidió – simultáneamente- hacer una emisión de nuevas acciones (500 millones de euros) y una emisión de bonos subordinados convertibles en acciones (500 millones de euros, aumentada a 700) – ésta a través de entidad filial, POPULAR CAPITAL, S.A, 100% propiedad de la demanda- destinadas, respectivamente, a inversores institucionales y minoristas. La entidad financiera demandada pretendía con ello tanto capitalizarse como “distribuir papel”, liquidando así su “autocartera”. A este fin la entidad financiera diseñó una campaña de comercialización de bonos subordinados convertibles, bajo la ambigua fórmula “dividendo Banco Popular: un dividendo a su medida”, que bajo el pretexto de ofrecer un alto interés, un 7% nominal anual – solo el 1º año, a partir del 2º y sucesivos solo “Euribor a tres meses más un diferencial del 4,00% nominal anual”- pretendía captar recursos minoristas ingenuos sobre la coyuntura económica que atravesaba la entidad financiera. En este último caso, hay que referirse al “hecho relevante” comunicado a la CNMV por el Banco Popular Español, S.A., en fecha 1-11-2009, en relación con otro “comunicado” anterior, del día 12-10-2009, donde se fija la ecuación de canje en 7,1377.- euros/acción, en vez de la alternativa más beneficiosa de 5,84.- euros/acción, prevista en el TRIPTICO DE LA EMISIÓN, su valor neto contable a 30-06-2009 “sin incluir acciones propias”; lo cual supone que el cliente, por cada bono recibiría 31 acciones menos. Aunque la sorpresa “de verdad” fue más tarde, cuando se produjo el canje, en fecha 25-11-2015, a coste “real” de 17,61.- euros/acción.

d) Sin embargo, en ella se silenciaba aspectos negativos que eran decisivos para tener un conocimiento cabal del riesgo asumido con la suscripción, tanto por la postergación frente a todos los acreedores en caso de liquidación social como la existencia de pérdidas derivadas de una ecuación de canje por acciones perjudicial para los bonistas, en relación con el precio de cotización en la Bolsa de Madrid el día de la permuta.

e) Otros incumplimientos se produjeron durante la vigencia del contrato, ya que ni la emisora ni la comercializadora comunicaron a mis mandantes la entrada a cotización de los bonos en un mercado secundario – AIAF que posibilitaba la cancelación anticipada, ni comunicaron estados financieros del BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. sucesivos a la contratación que permitieran valorar el precio de título valor adquirido. También importante destacar que el banco ofrece cantidades al alza respecto a su capacidad económica, y resultados de ejercicios sin haber sido contrastadas por un organismo auditor. Fíjese que dice el tríptico que las cantidades ofrecidas no han sido auditadas.

f) Que mi mandante ha reclamado verbalmente en la oficina donde han hecho caso omiso al asunto litigioso y por escrito. Y además en aras de interponer pleito, esta parte ha registrado escrito reclamando documentación como acto previo a la interposición de la presente

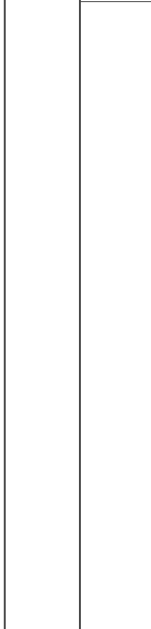
g) Menciona sobre sentencias relativa al caso la del Tribunal Supremo de 17 de Junio de 2016 que se ha pronunciado sobre la venta de bonos convertibles en acciones, sacando las siguientes conclusiones:



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



Fecha: 25/06/2020 08:51



- Dichos bonos son un producto complejo en atención a sus características esenciales de Canje, ecuación de conversión y obligación de canje anticipada para el adquirente”.

- La entidad no solo ofreció el producto, sino que también asesoró.

- Se trata de productos financieros complejos y arriesgados que conlleva a quien los comercializa a proporcionar una información especialmente cuidadosa ya que se asemeja mucho a los productos de plazo fijo pero con final muy diferente.

h) En la fundamentación jurídica se expresó:

- Se ejercita una acción de nulidad/anulabilidad de las ordenes de suscripción por importe de 50.000 euros de bonos popular, por existencia de vicios del consentimiento otorgado por mis mandantes y/o infracción de normas imperativas aplicables, condenando a BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. a la devolución del precio a cambio de los títulos más rendimientos, con pago de intereses recíprocos, conforme al 1.300 CC y 6.3 CC

- Y, subsidiariamente, una acción de resarcimiento de daños y perjuicios causados por diversos incumplimientos legales y contractuales, con base en los artículos 1.089, 1.100, 1.101, 1.106, 1.124 y sstes del CC, 244 CCo, en relación con 78, 79, y 79 bis LMV.

SEGUNDO: Repartida la demanda a este Juzgado se emplazó a la demandada que contestó la demanda y solicitó su desestimación.

Fueron hechos relevantes:

a) Síntesis de los hechos y las razones por las que la demanda debe ser desestimada:

- Los hechos que se someten a enjuiciamiento nada tienen que ver con casos de comercialización incorrecta de determinados productos financieros. Se está en presencia de un producto (obligaciones subordinadas de una entidad financiera cotizada) consistente en la suscripción de títulos de renta fija emitidos por Banco Popular, con vencimiento a diez años, asumiendo la subordinación de los valores en el orden de prelación de cobro en caso de insolvencia.

- Ese producto de deuda, permitía a los inversores recibir una retribución del 8,25% anual (claramente superior a la convencional).

- La contrapartida (el principal riesgo de la inversión) residía en la subordinación, directamente relacionada con la situación del emisor, pues, si incurría en una situación de concurso, disolución y liquidación u otra circunstancia análoga, los créditos de los titulares de obligaciones subordinadas se situarían por detrás de los depositantes de la entidad y de los acreedores con privilegio y comunes. La asunción por el inversor de ese riesgo era la contrapartida de la alta rentabilidad porque, como es sabido, a mayor riesgo, mayor rentabilidad.

- La emisión de obligaciones es una de las formas habituales que tienen las sociedades mercantiles de obtener financiación. Las obligaciones son valores mediante los cuales la sociedad emisora reconoce o crea una deuda de dinero a favor de quienes los suscriben, que deberá ser restituida en el momento del vencimiento, con el abono de los correspondientes intereses en los términos establecidos. Esos valores incorporan, por tanto, un derecho de crédito, que se caracteriza por su



COMUNIDAD AUTÓNOMA
DE ARAGÓN

negociabilidad y por su aptitud para ser transmitido de forma independiente sin necesidad de consentimiento del deudor. De entre los diferentes tipos de obligaciones, las obligaciones subordinadas, en particular, añaden a las anteriores notas que a través de ellas las entidades financieras pueden equiparar los créditos obtenidos a recursos propios y sus tenedores son postergados a efectos de la prelación de créditos.

- La estructura del producto contratado por la parte demandante, por tanto, era clara, como su propia denominación sugiere: entrega de una cantidad de dinero (50.000 euros) y obligación de restitución por la sociedad emisora a los diez años con los correspondientes intereses trimestrales (obligaciones), ocupando un orden de prelación subordinado de cobro en caso de insolvencia (subordinadas), con la posibilidad de vender los títulos en el mercado secundario.

- La acción que ejercita la demanda pretende desplazar al Banco el riesgo de la inversión de los Sres. , que son los que resultan legalmente obligados a soportarlo.

- Como es conocido, Banco Popular fue afectado por un proceso de resolución que se ordenó e implementó el 7 de junio de 2017 de acuerdo con lo dispuesto por las autoridades europeas competentes. La valoración económica que se llevó a cabo en el seno de ese proceso de resolución puso de manifiesto la existencia de pérdidas que habían de ser absorbidas atendiendo a la prelación de créditos establecida normativamente. En primer lugar, de acuerdo con lo dispuesto, los accionistas debían perder su participación en el capital social hasta el límite de su capacidad. Por ello, con arreglo a los mecanismos previstos por el Derecho de la Unión Europea [Reglamento (UE) nº 806/2014] y la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión (Ley 11/2015), el dispositivo de resolución estableció como primera medida la amortización (extinción) de todas las acciones del Banco que estaban admitidas a negociación en bolsa. La segunda medida fue la conversión en acciones de los bonos contingentemente convertibles y su posterior amortización. Puesto que se estableció como necesario absorber mayores pérdidas, la tercera medida (que afectó al actor) fue la conversión en acciones de los instrumentos de capital adicional de nivel 2 (obligaciones subordinadas) y su posterior venta a Banco Santander, S.A. Las obligaciones subordinadas suscritas por la parte demandante fueron, por tanto, convertidas en acciones y posteriormente vendidas, por lo que los clientes, al igual que todos los demás inversores de esa condición, dejaron de ser tenedores de esos títulos.

- Banco Popular no adoptó ninguna de esas decisiones, sino que fue objeto de lo dispuesto por las autoridades europeas de supervisión y resolución, que fueron luego implementadas por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB), para asegurar la continuidad de servicios financieros de importancia sistémica, evitar que se consumiesen recursos de los contribuyentes y proteger a los depositantes.

- El Banco, por supuesto, lamenta que el resultado de la inversión de la parte actora se viese afectado por las extraordinarias circunstancias que, años después de la suscripción de las obligaciones subordinadas, motivaron la resolución de la entidad. No es ajustado a Derecho, sin embargo, que se pretenda desplazar al Banco el riesgo de una inversión que no resultó a satisfacción de los clientes. La demanda

Fecha: 25/06/2020 08:51

pretende subvertir el régimen legal, que hace recaer sobre los accionistas y titulares de instrumentos de capital las pérdidas derivadas de la inviabilidad de la entidad. El artículo 37.2 de la Ley 11/2015, referido a los efectos de la amortización y conversión de los instrumentos de capital y la recapitalización interna, dispone expresamente que “[e]n relación con el titular del pasivo afectado, no subsistirá obligación alguna respecto al importe del instrumento que haya sido amortizado” y “no se pagará indemnización alguna al titular de los pasivos afectados”.

b) Exposición resumida de los hechos que condujeron a la conversión en acciones de las obligaciones subordinadas y su posterior venta, entre las que resalta que la parte demandante, que pudo vender sus obligaciones en el mercado secundario en cualquier momento, mantuvo sus títulos, asumiendo lógicamente el riesgo asociado al empeoramiento de la situación de la entidad emisora de las obligaciones.

c) Las razones por las que las concretas acciones ejercitadas han de ser desestimadas:

- En relación con la acción de nulidad radical por incumplimiento de normas imperativas: (i) la Excm. Sala de lo Civil del Tribunal Supremo se ha pronunciado en repetidas ocasiones, de manera pacífica y constante, sobre la inidoneidad de la acción de nulidad radical para, ni siquiera en términos dialécticos, conducir a la anulación de una inversión, pues el hipotético incumplimiento de las normas que se citan como infringidas en la demanda carecen de relevancia para anular un contrato (ii) la demanda menciona la normativa de protección de consumidores y usuarios, si bien esta normativa no es adecuada para resolver la controversia que nos ocupa, por cuanto no es de aplicación a operaciones especulativas como la adquisición de obligaciones subordinadas.

- La acción de anulabilidad por vicio en el consentimiento no resulta idónea como remedio para anular la suscripción de las obligaciones subordinadas.

* En primer lugar, esa acción está caducada.

* El Banco informó debidamente a la parte actora del riesgo, típico y consustancial a la naturaleza de las obligaciones subordinadas,

* En ningún caso cabría calificar la situación de hecho que se examina como error invalidante del consentimiento

- La acción indemnizatoria que se ejercita tampoco puede prosperar por múltiples razones:

* Se refiere a un supuesto (inexistente) incumplimiento (del deber de información) anterior a la celebración de los contratos, mientras que el incumplimiento contractual, por su propia naturaleza, tiene que ser posterior a la celebración del contrato (sucede lo mismo que en el remedio resolutorio). No cabe la acción indemnizatoria por supuestos incumplimientos de obligaciones precontractuales de información.

*En particular, no procede la acción indemnizatoria cuando la acción de anulabilidad por error en el consentimiento está caducada

* En todo caso, la acción indemnizatoria está prescrita, pues, al referirse a un incumplimiento precontractual, se trataría de responsabilidad extracontractual, sometida al plazo de prescripción de un año. Incluso si, a efectos de mera hipótesis, se atribuyera a la hipotética

Fecha: 25/06/2020 08:51



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

responsabilidad carácter contractual, la acción estaría igualmente prescrita, pues resultaría de aplicación el plazo de tres años previsto por el art. 945 del Código de Comercio (CCom).

* Sin perjuicio de todo ello, no concurren los presupuestos exigidos para la apreciación de una acción indemnizatoria por responsabilidad contractual

- La acción de resolución contractual debe ser igualmente desestimada porque no se puede resolver lo que ya está extinguido.

d) Las circunstancias en las que se produjo la emisión de obligaciones subordinadas. La información facilitada al inversor con motivo de esa operación. Las circunstancias del Bando era públicas.

- Los concretos términos de la emisión de obligaciones subordinadas.

- El propósito de la emisión.

- El folleto informativo, con especial referencia: al registro y publicación de la información financiera pertinente; a la expresa advertencia de los riesgos que posteriormente se materializaron y perjudicaron la situación de la entidad.

e) El Banco cumplió su deber de facilitar la información correspondiente a la parte demandante: proporcionó información adecuada sobre los riesgos concretos de la inversión y a través de diversos cauces. Especial referencia a: el cumplimiento de la obligación de información resulta confirmado al examinar los documentos que el Banco entregó a los clientes con anterioridad a la contratación, en los que se advertía expresamente de los riesgos de la inversión (información precontractual sobre la naturaleza y los riesgos de las obligaciones subordinadas, resumen explicativo de las condiciones de la emisión [tríptico informativo] y orden de suscripción; el cumplimiento de la obligación de información resultó corroborado por la celebración de las sesiones informativas que se sucedieron con ocasión de la contratación

f) Tras la emisión de obligaciones subordinadas de 2011, Banco Popular comunicó a los titulares de obligaciones subordinadas y al resto del mercado la información que se iba sucediendo sobre su situación. En particular, la información entregada de manera personalizada a la parte actora con posterioridad a la inversión confirma la inexistencia de error alguno. Especial referencia a: los resultados del tercer trimestre de 2011, al igual que la información que se sucedió durante los meses siguientes, dieron cuenta de la difícil situación del Banco; los resultados del cuarto trimestre de 2011 y la información que se comunicó hasta el cierre del ejercicio mantuvo a los obligacionistas verazmente informados sobre el delicado desenvolvimiento de la entidad; la información comunicada referida a los resultados del tercer trimestre de 2012; los resultados del segundo trimestre de 2016, al igual que la información que se sucedió durante los meses siguientes (posible creación de un banco malo, cierre de unas 300 oficinas y reducción de la plantilla en aproximadamente 3.000 empleados), dieron cuenta de la verdadera situación del Banco y de las medidas de reestructuración propuestas; los resultados del tercer trimestre de 2016; la información comunicada referida a los resultados del cuarto trimestre de 2016; los resultados publicados tras el primer trimestre de 2017; sin perjuicio de toda la anterior información, el Banco mantuvo informado personalmente a la parte demandante sobre la evolución de la cotización de las obligaciones subordinadas tras la contratación.

Fecha: 25/06/2020 08:51



COMUNIDAD AUTÓNOMA
DE ARAGÓN

g) Las circunstancias que se sucedieron durante las semanas previas al 7 de junio de 2017 provocaron la falta de liquidez del Banco y su consiguiente resolución. La que la parte demandante tuvo acceso a toda la información pública que se sucedió durante los meses de abril y mayo y los primeros días de junio de 2017 y, sin embargo, decidió mantener su inversión.

h) El proceso de resolución de Banco Popular se acordó y ejecutó al amparo de los instrumentos normativos correspondientes, que tienen como objeto principal evitar que cualquier situación de dificultad de una entidad financiera tenga impacto en los recursos de los contribuyentes, imponiendo que sean los accionistas y los acreedores de las entidades los que soporten las pérdidas. El principio de recapitalización interna (bail-in) implica que sean en primer lugar los accionistas y a continuación los titulares de ciertos instrumentos financieros (bonos contingentemente convertibles y obligaciones subordinadas) los que soporten las pérdidas de las entidades en crisis, en lugar de fórmulas de recapitalización externa con ayudas públicas.

i) Rendimientos obtenidos por la parte Demandante. Las obligaciones subordinadas en menos de 6 años - desde octubre de 2011 hasta junio de 2017- le reportaron un rendimiento bruto de 22.700 euros. Dicha cantidad representa un 45,40% de la inversión que la parte actora realizó en octubre de 2011. Por tanto, en el improbable caso de que las pretensiones de la actora sean estimadas, los deberán devolver al Banco los rendimientos totales obtenidos.

j) Designación de archivos.

TERCERO: Se celebró Audiencia Previa prevista por la ley, en la que, entre otras cuestiones, se declaró la pertinencia de la prueba propuesta y se convocó a las partes a juicio que, tras inicial suspensión por la declaración del estado de alarma en todo el territorio nacional, se celebró según consta en grabación, quedando las actuaciones para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: La sentencia de 11/2/2019 de la sección quinta de la A. Prov. de Zaragoza, conoció de recurso de apelación interpuesto contra sentencia dictada por este Juzgado y confirmó la misma.

Reproduciremos ahora algunos de los fundamentos de derecho de la sentencia de apelación

II.- CADUCIDAD.-

SEXTO.- Este tribunal ya se ha referido a esta cuestión en el contexto de los contratos sobre productos financieros. Por todas, la S. 263/18, 6- 4, referida, concretamente al mismo producto, " obligaciones subordinadas ".

Así: "Al respecto no puede negarse que las líneas interpretativas referentes al dies a quo, no han sido siempre claramente definidas. La tesis de la consumación del contrato y no de la perfección, emanan claramente del tenor literal del art. 1301 C.civil . Ahora bien, qué se entiende por consumación tuvo recorridos a veces disonantes, o no claramente concordantes.

Así, la S.T.S. 769/2014, 12-enero-2015 (reiterada por las 489/15, 16-9, 102/16 25-2 y 435/16, 29-6) se refería a la actio nata en el sentido del momento en el que el

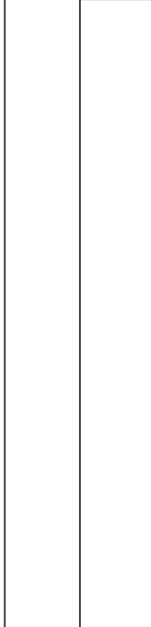
Fecha: 25/06/2020 08:51



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



Fecha: 25/06/2020 08:51



cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. Así, se hablaba de suspensión de liquidaciones o devengo de intereses, aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos aprobados por el FROB o eventos similares (S.T.S. 436/17, 12-7).

Lo cual dejaba abierta cierta incertidumbre, pues también son constantes las referencias jurisprudenciales a la consumación del contrato, que se produce con " la realización de todas las obligaciones " , o cuando el préstamo se haya satisfecho por completo o hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó (Ss. T.S. 569/2003 , citada por la S.T.S. 769/14). Fundamentando ese espíritu interpretativo en el at. 3-1 C.c. Es decir, la diferente complejidad entre las relaciones contractuales a finales del Siglo XIX y los correspondientes al siglo XXI.

SÉPTIMO.- En esta tesitura, la reciente S.T.S de Pleno, 89/2018, 19-2 , concreta y fija una exégesis adecuada del dies a quo en este tipo de contratos complejos. Así, refiriéndose a la citada S.T.S. 769/14, 12-1-2015 , expone que al hablar de consumación el at. 1301 C.c., quier decir que el día inicial del cómputo " no puede quedar fijado antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo". Pero, concluye: "De esta doctrina sentada por Sala no resulta que el conjunto del plazo de ejercicio de la acción deba adelantarse a un momento anterior a la consumación del contrato por el hecho de que el cliente que padece el error pueda tener conocimiento del mismo, lo que iría contra el tenor literal del art. 1301 C. civil , que dice que el tiempo para el ejercicio de la acción empieza a correr desde la consumación del contrato".

Lo que más adelante concreta respecto a los swaps: " no hay consumación del contrato hasta que no se produce el agotamiento o la extinción de la relación contractual, por ser entonces cuando tiene lugar el cumplimiento de las prestaciones por ambas partes".

SEPTIMO.- Consecuentemente, el agotamiento del contrato tenía lugar en 2021 y hasta el 2017 los inversores siguieron recibiendo las liquidaciones trimestrales pactadas. Fue con la Resolución del FROB de 7.6.2017 cuando la posibilidad de que dichas obligaciones dejaran de producir los efectos pactados, se puso de manifiesto a los inversores. Pero, sobre todo cuando jurídicamente se determinó la extinción o agotamiento de la relación inversora contratada tal y como se había configurado.

No existe, pues, la caducidad cuatrienal denunciada (art. 1301 C.c .), pues la demanda se interpuso en el mismo año 2017.

Exigir otro comportamiento de los inversores, como la deducción por la deriva del Banco y sus cuentas que la situación era de riesgo grave o irremediable, no sólo contradice lo resuelto por la citada doctrina del Alto Tribunal, sino que incide aún más en el deficiente comportamiento de la propia entidad, que exige al inversor un conocimiento y comportamiento que ella no tuvo.

III.- OBLIGACIONES SUBORDINADAS.

OCTAVO.- En cuanto al fondo del asunto, las obligaciones subordinadas, " en una primera aproximación se podría decir que son productos de renta fija a largo plazo, que pueden contar con una alta rentabilidad, pero también con un alto riesgo y una baja liquidez, ya que no es un depósito y, por tanto, no están garantizados por el banco emisor. Tienen una fecha de emisión y una de cierre, cotizando en un mercado secundario. Por ello, si se quiere recuperar el dinero invertido antes de acabar el plazo, hay que venderlo en ese mercado, con altas posibilidades de perder parte del capital. No están cubiertos por el Fondo de Garantía de Depósitos y en caso de concurso de la entidad emisora, los tenedores de " subordinadas " sólo estarían por delante de las participaciones preferentes y de las acciones. En España los bonos y las obligaciones son parecidos, salvo en la duración. Aquéllos por menos de 5 años y éstas por más de 5 años de duración."

"Se comprende, por tanto, que la información que ha de recibir el cliente ha de ser clara y exhaustiva, de tal manera que conozca los recovecos del producto, que puede ser muy beneficioso, pero que puede abocar a la pérdida del capital invertido. Que no es , por tanto, un plazo fijo."



COMUNIDAD AUTÓNOMA
DE ARAGÓN



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

NOVENO.- Es Preciso tener en cuenta que este tipo de productos obedece fundamentalmente al propósito de fortalecer los recursos propios de las entidades de crédito, por lo que las exigencias de éstos frente a sus clientes se incrementan.

Así, este tribunal ha reiterado en cuanto a la legislación aplicable , (Ss- 187/14, de 9 de junio y 104/2015, de 2 de marzo), que "Resulta evidente que un producto de alto riesgo y de no fácil comprensión para una persona no avezada en los mercados financieros exige una regulación específica que reequilibre las posiciones contractuales y precontractuales, compensando lo que el Tribunal Supremo ha venido en llamar la " asimetría informativa" (S.T.S. Sala 1ª, Pleno de 20- 1-2014).

IV.- INFORMACION.-

DECIMO.- De ahí la relevancia jurídica de la necesaria información al inversor.

Ya el R.D. 629/93 , de 3 de mayo "sobre normas de actuaciones en el mercado de valores y registros obligatorios", en su código de conducta (Anexo), establecía unas pautas muy claras. Así, debían las entidades financieras recabar la información necesaria sobre la experiencia inversora del cliente (art. 4) y "deberán de informar al cliente, no de forma genérica, sino correcta, precisa y suficiente, haciendo hincapié en los riesgos de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Todo ello para evitar una incorrecta interpretación (art. 5 del Anexo). Además, las Entidades deberán disponer de los sistemas de información necesarios y autorizadas para proveerse de toda la información relevante y proporcionarla a los clientes. Habrán de conservar sistemáticamente los estudios o análisis sobre la base de los cuales se han realizado las recomendaciones, e informar a sus clientes con la máxima celeridad de todas las incidencias relativas a las operaciones contratadas por ellos, recabando de inmediato nuevas instrucciones del cliente (art. 5 Anexo)"

Sin duda, la Directiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instrumentos financieros, transpuesta a la legislación española a través de la ley del mercado de valores (arts. 78 y siguientes), mediante reforma llevada a cabo por la ley 47/07 , marca una pauta que implementa las exigencias de la entidad oferente; concretada por el R.D. 217/08, de 15 de febrero sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión.

Así, el genérico principio de "negociar de buena fe" ("Each part must act in accordance with good faith and fair dealing": Principio de Derecho Europeo de Contratos), supone la necesidad de proporcionar a la otra parte información de manera comprensible y adecuada acerca de los aspectos fundamentales del negocio, sobre todo de los riesgos que comporta el producto financiero (arts. 79 bis L.M .V.); explicación detallada de características, riesgos inherentes a ese instrumento, como de pérdida total de la inversión, volatilidad del mercado, etc. (art. 64 R.D. 217/08, de 15 de febrero).

Asimismo, los test de conveniencia e idoneidad (este último cuando haya habido asesoramiento), constituyen una carga de la entidad financiera. Asesoramiento que -como matiza la S.T.J.U.E. de 30 de mayo de 2013, caso "Genil 48 S.L.", existe, aplicando la Directiva 2006/73, cuando la entidad financiera realiza una "recomendación personalizada" al cliente (S.T.S. 20 enero de 2014).

Obviamente, la carga de la prueba de la información realizada le corresponde al obligado a ella, ex Art. 217 LEC . Por una parte, porque no se puede exigir al cliente la acreditación de un hecho negativo. Y, por otra parte, porque -como dice la S.T.S. de 18-4-2013 .. "La obligación de información que establece la normativa legal invocada... es una obligación activa, no de mera disponibilidad"

DECIMO PRIMERO.- Este comportamiento que señala de forma clara la citada S.T.S. Pleno de 20-1-2014 , es precisada aún más por la S.T.S. 4-2-2016 al recordar que la información ha de serlo con la suficiente antelación para que pueda ser examinada con el necesario detalle y comprendida. Siendo la intensidad de esos deberes de información tanto mayores cuanto menor es la capacidad del cliente para obtener la información por sí mismo y comprenderla.

Fecha: 25/06/2020 08:51



COMUNIDAD AUTÓNOMA
DE ARAGÓN

V.- INVERSORES.-

DECIMO SEGUNDO.- No se discute la calificación de estos. La propia empleada del Banco, comercializadora del producto, , admitió la condición de minorista. Lo que coincide con los datos obrantes en autos y las propias afirmaciones de dicha testigo. Creía que algo de formación económica tenía el demandante, pero sólo sabía que estaba jubilado y desconocía qué estudios tenía.

La previa inversión en "pagarés" del banco tampoco lo convierten en inversor profesional ni adepto al riesgo financiero.

VI.- CASO CONCRETO.-

DECIMO TERCERO.- La adecuación de la ley del mercado de valores 24/1988, 28-7 a la Directiva MIFID 2004/39/CE, supuso la introducción de los denominados test de idoneidad y de conveniencia (ley 47/2007, 19,12) a través del Art. 79 bis-7 de la L.M .V. Lo que se reforzó con el R.D. 217/2008, 15-2. Mediante ellos el oferente de la inversión ha de buscar el conocimiento sobre la formación inversora sobre productos complejos y arriesgados y la experiencia en ese campo del potencial inversor. Pero no de una manera meramente formal o aparente, sino real, como se desprende del desarrollo que realiza el R.D. 217/2008, 15-12 en sus arts 72 y siguientes . Además, cuales son los objetivos de inversión del Cliente, horizonte temporal, asunción de riesgos, perfil y finalidad de la inversión.

Con mayor entidad todavía cuando existe asesoramiento por parte de la entidad. Considerándose como tal la recomendación personalizada (art. 4-4 de la Directiva 2004/39/CVEE y Ss. T.S. 840/13 y 677/16), cuando la entidad toma la iniciativa (S.T.J.U.E.; 30-5-2013).

DECIMO CUARTO.- La documentación obrante en autos no cubre los requisitos exigentes y exigidos por dicha normativa. Tanto la "orden de compra" como el "Resumen de Condiciones" (únicos documentos firmados y este último sin fecha) no contienen sino una redacción estereotipada, con una grafía monocorde y sin tipos de letra que llamen la atención al cliente sobre la verdadera entidad del riesgo que va a acometer, incluso de las posibilidades anómalas de conclusión del pacto y sus concretas consecuencias.

La ausencia de los preceptivos tests o, en su caso, una renuncia también de formulario, sin que se haya explicado por qué el potencial inversor renuncia a que se le diga si el producto es o no conveniente a su perfil, redundan e inciden en la mayor carga de la prueba de la entidad comercializadora, sobre el perfecto conocimiento de la naturaleza del producto y de todas sus consecuencias y riesgos.

Primero, porque la ausencia de los tests establece una presunción iuris tantum de ausencia de esa completa y exigible información.

Segundo, porque la obligación de informar es de actividad, no de disponibilidad. No basta, como dice la "Orden de suscripción", con firmar que está a su disposición el folleto completo de la inversión. O con firmar sin fecha un resumen de riesgos. La información ha de ser con antelación suficiente.

Tercero, no basta un aviso genérico de riesgos (Ss. T.S. 727/2016, 19-12 , 2/2017, 10-1 y 89/18).

DECIMO QUINTO.- Pero tampoco la testifical de completa la exigencia informativa requerida.

Desconocía el nivel de formación inversora de los demandantes, de quienes conocía que tenían un depósito fijo, no acciones. Reconoció que fue ella la que les ofreció lo que entonces comercializaba el banco. Ellos preguntaron sobre inversiones pero no, obviamente, inquirieron sobre un producto que desconocían.

Fecha: 25/06/2020 08:51



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Admitió que era producto complejo y de riesgo y explicó al tribunal de instancia cual era su contenido. Una deuda del Banco a un tipo de interés que pagaba aquél periódicamente y que si el banco no quebraba, al final se les devolvía la inversión.

Insistió en que sí les dijo que podían perder todo si el banco quebraba. Pero no sabía lo que decía el folleto sobre la conversión de obligaciones en acciones, ni qué pasaba si el Banco amortizaba la operación a los cinco años.

Reconoció que no sabía exactamente si el Banco había quebrado o no. Tampoco, pues, se ha probado por la entidad que las explicaciones verbales suplieran las limitaciones del contenido documental.

VII.- VICIO EN EL CONSENTIMIENTO.-

DECIMO SEXTO.- Reitera la jurisprudencia que la falta de información o información defectuosa o limitada no constituyen automáticamente la producción de un error invalidante en el consentimiento del cliente. Pero sí una presunción iuris tantum de desconocimiento o falta del conocimiento suficiente y necesario sobre el producto y sus riesgos asociados (S.T.S. 20-1-2014).

La razón de todo ello es la "asimetría informativa" y desproporción que existe entre la entidad comercializadora y el cliente. Por ello surge una normativa específica, protectora del inversor no experimentado. Conforme a ello -expone la S.T.S. 387/14, de 8 de julio -, el cliente debe de ser informado con arreglo a la buena fe (art. 7 C.c .), por lo que no basta que sea una información imparcial, clara y no engañosa, sino "que deberá incluir de manera comprensible información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión y también orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias (art. 7-9 bis L.M . V. 2 y 3 y 64 R.D. 217/2008)".

Como expone con claridad la S.T.S. 460/14 de 10-9 , "para excluir la existencia de un error invalidante del consentimiento no basta con la conciencia más o menos difusa de estar contratando un producto de riesgo, en cuanto que es una inversión. Es preciso conocer cuáles son esos riesgos, y la empresa de servicios de inversión está obligada a proporcionar una información correcta, no sólo porque sea exigencia, derivada de la buena fe, sino porque lo impone la normativa sobre el mercado de valores...". Además recuerda esa misma sentencia del Alto Tribunal, el deber de información ha de cumplirse con la debida antelación (art. 5 del Anexo del R.D. 629/1993), y "en el marco de las negociaciones con el cliente" (art. 11 Directiva 1993/22/CEE , de 10 de mayo).

"En definitiva, lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento adecuado del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente que lo contrata una representación mental equivocada sobre las características esenciales del objeto del contrato, debido al incumplimiento por las empresas de inversión demandadas de los deberes de información que les impone la normativa del mercado de valores cuando contratan con clientes respecto de los que existe una asimetría informativa" (S.T.S. 460/14, de 10-9)."

DECIMO SEPTIMO.- Se trata, además, de error excusable. La información no fue la exigible, como ya se ha expuesto. Y, obviamente, que el inversor minorista tuviera que inferir el futuro riesgo del emisor -como éste pretende- del hecho relevante de que en 2009 hubiera tenido que ampliar capital social por 500 millones de Euros o que en 2012 esa ampliación lo fuera por 2.500 millones de euros, resulta claramente inaceptable.

Tampoco las informaciones fiscales llevaron a la conclusión de indolencia del inversor. Pues el vicio error ha de referirse al momento de contratar. Además, tampoco permiten deducir a un inexperto (ni a un experto, como se ha demostrado) el comportamiento del mercado.

Es más, el hecho relevante de 2009 y sus implicaciones, debió, en su caso, habérsele expuesto al cliente.

Fecha: 25/06/2020 08:51



COMUNIDAD AUTÓNOMA
DE ARAGÓN



Además las informaciones fiscales resultan equívocas, pues utilizan el concepto de "renta fija" (doc 39 de la contestación).

IX.- CONCLUSIÓN.-

DECIMO OCTAVO.- Por todo lo cual procede confirmar la nulidad decretada en la sentencia apelada.

DECIMO NOVENO.- Con condena en costas a la parte apelante. (art. 398 LEC).

SEGUNDO: En el supuesto litigioso debe alcanzarse la misma conclusión declarativa de la nulidad contractual por vicio de consentimiento atendida la falta de la debida información. La acción no está caducada, partiendo como fecha inicial de cómputo la 25-11-2015 (canje obligaciones), al haberse interpuesto la demanda el 18/6/2019, es decir antes del transcurso de los cuatro años.

En pocas ocasiones se ha encontrado este Tribunal con una contratación tan carente de documentación u otra prueba sobre como aconteció la misma. No existe o no se ha aportado: test de conveniencia/idoneidad; recepción de información sobre el producto; orden de compra del producto; contrato de suscripción del producto...La demandada no propuso interrogatorio de los demandantes para tratar de averiguar como sucedió la contratación y los dos testigos que propuso resultaron irrelevantes por absoluto desconocimiento de los demandantes. No ha quedado acreditada una contratación debida y previamente informada y comprendida en los términos expuestos en la sentencia de la A. Prov. de Zaragoza que hemos reproducido, por lo que no cabe sino la estimación de la demanda.

TERCERO: Estimada la demanda se imponen costas a la demandada (art. 394.1 LEC).

VISTOS los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación al supuesto de autos.

FALLO

Que estimando la demanda interpuesta por contra BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A debo:

1.- Declarar la nulidad de la orden de suscripción de OBLIGACIONES SUBORDINADAS DE BANCO POPULAR DENOMINACIÓN "8,25%", por importe de 50.000 euros de fecha 19-11-2011, condenando a BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. (Y A SU SUCESOR UNIVERSAL BANCO SANTANDER SA) a la devolución a los actores del precio de compra del producto financiero, 50.000,00.- 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 procesales causadas.

Fecha: 25/06/2020 08:51





MODO DE IMPUGNACIÓN: Contra esta resolución cabe interponer recurso de apelación en el plazo de veinte días contados desde el día siguiente a su notificación, presentando escrito ante este Tribunal en el que deberá exponer las alegaciones en que se base la impugnación además de citar la resolución que recurre y los pronunciamientos que impugna.

Así por ésta mi Sentencia, de la que se expedirá testimonio para su unión a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

EL MAGISTRADO-JUEZ

Fecha: 25/06/2020 08:51

DEPOSITO PARA RECURRIR: Deberá acreditarse en el momento del anuncio haber consignado en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano abierta en Banco Santander 000000004070319 la suma de 50 EUROS con apercibimiento que de no verificarlo no se admitirá a trámite el recurso pretendido; salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente de alguno de los anteriores.



COMUNIDAD AUTÓNOMA
DE ARAGÓN