

# **JUZGADO DE 1ª INSTANCIA E INSTRUCCIÓN Y DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER NUM. 4 DE LLÍRIA**

**Asunto Civil: PROCEDIMIENTO ORDINARIO - 000517/2016**

Demandante:

Abogado: MARTORELL BRIZ, MIGUEL

Procurador: RIOS GIMENEZ, ANA MARIA

Demandado: BANCO POPULAR S.A.

Abogado:

Procurador:

## **SENTENCIA 203/2016**

**Magistrada-juez que la dicta:** D/Dª.

**Lugar:** LLIRIA (VALENCIA).

**Fecha:** a diecinueve de octubre de dos mil dieciséis.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El día 13 de mayo de 2016, la procuradora de los tribunales Dña. Ana Rios Giménez, en nombre y representación de Dña. [REDACTED] debidamente asistida por el letrado D. Miguel Martorell Briz, formuló ante este juzgado demanda de juicio ordinario, en ejercicio de la acción de nulidad contractual por error en el consentimiento, y subsidiariamente de resolución por incumplimiento, contra la entidad Banco Popular S.A. (representada por la procuradora de los tribunales [REDACTED], por la adquisición de participaciones preferentes del banco popular, tituladas como BO. Popular Capital- 8% CONV".

En el suplico de la demanda se solicitaba la declaración de nulidad o anulabilidad por error vicio del consentimiento del contrato de adquisición de valores, por el que se suscribieron obligaciones necesariamente convertibles en acciones del Banco Popular, así como de los negocios jurídicos y transformaciones o conversiones que del mismo traen causa, y como consecuencia interesa la restitución recíproca de prestaciones, debiendo el Banco Popular devolver a la actora la cantidad de 42.000 € mas los intereses correspondientes desde el

17/12/2010 y debiendo la actora devolver las partidas recibidas por el Banco, con sus intereses, e incluidas las acciones que en la actualidad ostenta la actora.

**SEGUNDO.**-El día 18 de mayo de 2016 este juzgado dictó un decreto por el que se acordaba admitir a trámite la demanda mencionada en el antecedente anterior, y conceder el plazo de veinte días hábiles para que la entidad demandada contestase a la misma.

**TERCERO.**-El día 24 de junio de 2016, la procuradora de los tribunales, en nombre y representación de la entidad mercantil Banco Popular Español S.A., presentó ante este juzgado su escrito de contestación a la demanda por el que terminó suplicando la íntegra desestimación de la misma, con la consiguiente absolución, y con expresa imposición de costas al demandante y alegando, entre otras, las excepciones de novación, caducidad e inviabilidad de la pretensión ejercitada de contrario.

**CUARTO.**-El día 4 de octubre de 2016, se celebró la Audiencia Previa al juicio con el resultado que obra grabado en autos a través de los oportunos mecanismos de reproducción de la imagen y del sonido.

**QUINTO.**-El acto del juicio se celebró, con el resultado que obra grabado en autos, el día 14 de octubre de 2016, y al mismo asistieron las partes debidamente asistidas y representadas.

La prueba que se practicó consistió en dar expresamente por reproducidos todos los documentos obrantes en autos y en las declaraciones testificales de D. familiar que vivió de primera mano el proceso de contratación de la demandante, y empleada de la entidad mercantil demandada que intervino directamente en la contratación de los productos controvertidos.

**SEXTO.**-En la tramitación del presente procedimiento se han observado en lo sustancial y debido al volumen de asuntos soportados por este juzgado, todas las solemnidades legales.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.**-Ejercita la parte actora, con carácter principal, la acción de nulidad por error vicio del consentimiento, del contrato de adquisición de valores por el que se suscribieron unos bonos subordinados, con un plazo de vencimiento de 3 años y necesariamente convertibles en acciones del banco popular, por importe de 42.000 €, así como de todos los negocios jurídicos y transformaciones que el primer haya experimentado (especialmente de su conversión forzosa en acciones), fundada en los artículos 1261, 1265, 1266, 1269, 1270,

1303, 1124 y 1101, todos ellos del Código Civil, así como los artículos 79 bis, 72, 73 y 74, entre otros, de la Ley 24/1998, de 28 de julio, del mercado de valores, y fundamenta su pretensión en que la demandante tiene un perfil inversor minorista, que se trata de una consumidora que carece de una formación mas allá de lo que hoy equivaldría al graduado escolar, y que la demandada es una entidad financiera que ostenta respecto de la consumidora una posición de predominio, y que la actora, movida por una relación de confianza con una empleada de la entidad Banco Popular, desplazó todos sus ahorros a dicha entidad, suscribiendo primero unos depósitos a plazo fijo, y seguidamente, mediante una estrategia de inversión elaborada por el personal de la entidad bancaria, terminó suscribiendo el negocio jurídico cuya validez hoy es controvertida, sin recibir ningún tipo de asesoramiento por parte de la entidad ni siquiera de su persona de confianza, sin que se le realizase ningún test de idoneidad ni de conveniencia a la vista del nulo asesoramiento, y sin que ni siquiera la demandante haya estado nunca físicamente en la oficina de Ribaroja Del Turia, en la que los productos fueron suscritos y de la que era apoderada

quien se desplazaba al domicilio de la anciana en Valencia para hacerle las correspondientes recomendaciones y llevarle toda la documentación para su firma. En este contexto, la anciana depositó la confianza en la empleada y en la propia entidad, movida por la relación personal de confianza, pero las explicaciones que se le ofrecieron por la empleada jamás mencionaron que se estaba suscribiendo un producto complejo y jamás mencionaron que había una posibilidad, por remota que fuese, de pérdida del capital invertido. Por otro lado, considera la representación de la demandante que la gestión realizada por la demandada no es en modo alguno de mera custodia y administración de valores, sino una gestión discrecional de cartera de inversión, pudiendo catalogarse el negocio jurídico que hoy nos ocupa como una venta asesorada. Por último, estima la actora que tratándose los bonos convertibles de un producto complejo, según la propia catalogación de la CNMV, la entidad financiera incumplió numerosas obligaciones que le impone la Ley 24/1998, de 28 de julio, del mercado de valores.

Frente a dichas alegaciones y pretensiones, esgrime la demandada que existela concurrencia de una novación extintiva de los contratos, así, dice que no es posible ejercitar la acción de nulidad de unos contratos que ya se encuentran extinguidos, pues fueron posteriormente canjeados por acciones, lo que los confirma a los efectos del artículo 1309 del Código Civil. Del mismo modo, alegan la caducidad de la acción de nulidad, porque entienden que ha transcurrido el plazo de 4 años desde la consumación del contrato establecido por el artículo 1301 del Código Civil como límite para el ejercicio de la acción que nos ocupa. Respecto al fondo del asunto, esgrimen que la parte actora prestó su conformidad a la contratación con la intervención personal de su hija y de su yerno, quienes eran perfectos conocedores de las características del producto contratado, que jamás la empleada del Banco Popular engañó a la demandante, peusto que el proceso de

contratación no fue exactamente como lo relata la parte demandante, que la propia empleada del banco tenía contratado en su nombre el producto hoy litigioso porque creía firmemente que se trataba de un buen producto de inversión, y además que fueron los propios familiares de la demandante los que contactaron con la empleada del banco buscando información sobre diversos productos de inversión comercializados por Banco Popular. Por otro lado, admiten las iniciales imposiciones a plazo fijo, pero alegan que las mismas se producían por corto plazo y en condiciones preferentes solamente para aquellos clientes que finalmente querían contratar los valores controvertidos y hasta tanto en cuanto entrase en vigor la emisión de los mismos. En definitiva, y para concluir con el proceso de contratación, alegan que el mismo fue transparente y con cumplimiento de la normativa vigente exigido para estas operaciones de inversión, con la peculiaridad de que no tuvo lugar directamente con la actora, sino con su hija y su yerno. Respecto del producto en sí, alegan que el mismo viene claramente identificado por su propio nombre y que nada tiene que ver con un plazo fijo, que gracias al mismo la actora ha conseguido pingües remuneraciones, que el folleto completo de emisión no solamente fue entregado sino que puede consultarse en cualquier momento por ser de disposición pública en la web de la CNMV, y que el producto no presenta una especial complejidad tratándose de un bono por el cual el cliente percibe una atractiva renta fija. Por último, y en caso de que se estime la demanda, estima que la actora debe de devolver tanto las remuneraciones obtenidas como todos sus intereses.

**SEGUNDO.**-En primer lugar, debe de analizarse la excepción de caducidad de la acción, si bien con brevedad, pues son numerosas las resoluciones de la Audiencia Provincial de Valencia (entre otras, Sección 9ª), así como la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Enero de 2015 que tratan esta cuestión y la resuelven de un modo claro, en el sentido de no apreciar la caducidad invocada por la parte demandada, porque el plazo de 4 años comienza a correr no desde la perfección del contrato, sino desde su consumación.

En efecto, dice nuestro alto tribunal que no debe de confundirse entre perfección del contrato (que se da por el concurso de la oferta y de la aceptación) y consumación del mismo (que se da cuando se realizan íntegramente todas prestaciones dimanantes del contrato, momento a partir del cual comenzaría a correr el plazo de los 4 años establecido en el artículo 1301 del Código Civil. Además, en un caso como el que ahora nos ocupa, en el que los bonos convertibles que inicialmente fueron contratadas, fueron posteriormente canjeadas por acciones, exige nuestro alto tribunal que se de una situación en la que se haya alcanzado la definitiva configuración de la situación jurídica resultante del contrato, situación en la que cobran pleno sentido los efectos restitutorios de la declaración de nulidad y en donde el contratante legitimado, mostrando una diligencia razonable, pueda haber tenido conocimiento del vicio del consentimiento. Este último momento sería, el

momento del canje de los bonos por acciones del Banco Popular, que se produjo el 25 de junio de 2012, por lo que no habría entonces transcurrido el plazo de 4 años para el ejercicio de la acción de nulidad que ahora nos ocupa.

**TERCERO.**-En cuanto a la novación extintiva alegada por la parte demandada, procede igualmente su desestimación.

Tal y como ya ha tenido oportunidad de pronunciarse la sección novena de la Audiencia Provincial de Valencia, la eventual nulidad de los contratos de suscripción de participaciones preferentes o de obligaciones subordinadas, o bonos necesariamente convertibles en este caso, debe proyectarse también sobre el de recompra y suscripción de acciones. En efecto, dice la Audiencia en resolución del rollo de apelación 1119/2013 que *"es cierto que en este otro caso la demandante no prestó un consentimiento viciado por error, pues ya conocía, o podía conocer, rudimentariamente, si se quiere, el funcionamiento del tipo de valores que habrían de sustituir a los ya adquiridos, pero no cabe sostener que su aceptación en este segundo negocio fuera una manifestación de voluntad válida ni mucho menos que convalidase la ineficacia de la compra inicial, pues se llevó a cabo de forma obligada por las circunstancias concurrentes. Supone esta postura alinearse con la teoría de la propagación de la nulidad a los contratos subsiguientes o conexos, que tiene particular plasmación en la el STS en 17 de julio de 2.010"*.

Por otro lado, invoca por la parte demandada la doctrina de los actos propios, que dice manifestada en la concurrencia de actos confirmatorios por haber recibido periódicamente los extractos referentes a su inversión, se dice que la parte demandante ha percibido de forma periódica y constante, extractos valores, justificantes del abono de los cupones e información fiscal relativa a las misma.

Al respecto, en la Sentencia de fecha 18 de junio de 2.014, se pone de manifiesto que: *"...debe precisarse que la sanación del vicio del consentimiento exige que quien la padece, conocida la causa de nulidad y habiendo la misma cesado, ejecute un acto propio que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo (artículo 1311 del Código Civil ) y puede ser de forma expresa o tácita (conforme a la sentencia Tribunal Supremo 21/7/1997 , "cuando se ejecuta el acto anulable con conocimiento del vicio que le afecta y habiendo cesado") que en el presente caso no ocurre por varias razones. En primer lugar porque no existe una declaración expresa de sanación por los actores. En segundo lugar no han efectuado los actores acto dispositivo alguno, sobre el producto determinante de tal conclusión y la mera recepción de réditos...en modo alguno puede significar el entendimiento de la clase de producto de inversión que se ha contratado. Que tales réditos consten en la Administración Tributaria y hayan sido objeto de tributación, no constituye*

*acto alguno que depura el error esencial en la contratación del producto.”*

Por lo tanto, se discrepa de los argumentos esgrimido por la demandada puesto que se entiende que no cabe sostener que la ineficacia del negocio jurídico de adquisición de los bonos que hoy nos ocupan fuera convalidado por tales actos. La recepción de intereses o réditos y de los documentos referenciados se comprende perfectamente compatible con los productos que la actora estaba en la convicción de haber suscrito y por ello, en nada fueron sanadores de la contratación real y cierta.

**CUARTO.-**Respecto del producto que nos ocupa, se trata de bonos subordinados, necesariamente convertibles en acciones, que son instrumentos híbridos de capital, que combinan características propias tanto de la renta fija como de la renta variable; que, a diferencia de las Participaciones Preferentes, están sujetas a un plazo de vencimiento; que forman parte de los recursos propios del emisor, que proporcionan un interés fijo y posteriormente variable; que por su orden de prelación de crédito, se sitúan por detrás de los acreedores comunes y delante de las cuotas participativas y participaciones preferentes emitidas y garantizadas por el emisor; que no tienen derechos políticos ni de suscripción preferente; y que incorporan una opción de amortización anticipada en favor del emisor; que cotizan en un mercado secundario. Se trata, en definitiva, y en este punto exactamente igual que las participaciones preferentes, de productos esencialmente complejos, radicando dicha complejidad, entre otras cuestiones y centrándonos en origen del problema que ha motivado la demanda, en las dificultades que para un no-profesional presenta alcanzar a comprender hasta qué punto, especialmente en situaciones de crisis, dichos productos pueden tornarse extremadamente ilíquidos, de modo que, o uno no se puede desprender de ellos, o la venta implica la pérdida de gran parte del capital invertido.

**QUINTO.-**Respecto a las obligaciones de información, establece la Ley del Mercado de valores que es un deber propio de la entidad prestadora de los servicios de inversión, el de facilitar al cliente, especialmente cuando se trate de un no profesional y de productos financieros imparcial- para evitar eventuales conflictos de intereses-, lo que obedece, al propósito de conciliar por un lado, el deseo de los agentes económicos de permitir que los ahorros del ciudadano medio accedieran a los mercados financieros, y por otro, la necesidad de evitar abusos de las entidades mediadoras y asesoras. Deberes de diligencia y transparencia, que, como se ha expuesto, se reiteran y aumentan tras la reforma de la LMV operada por Ley 47/2007 de 19 de diciembre. que ya había entrado en vigor cuando se produjo la contratación objeto del presente litigio.

No diluye, el contenido de las meritadas obligaciones el hecho de que no pueda considerarse a la demandada asesora, sino mera comercializadora de los productos suscritos, puesto que la referida regulación es aplicable a todo aquel que de algún modo participe en tales operaciones.

Por su parte, el Tribunal Supremo ha señalado que la carga de la prueba del correcto

asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, sobre todo en el caso de productos de inversión complejos, corresponde a la entidad, razonándolo del siguiente modo en STS 14 de noviembre de 2.005:” *la diligencia en el asesoramiento no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes, y, en segundo lugar, la carga probatoria acerca de tal extremo debe pesar sobre el profesional financiero, lo cual por otra parte es lógico por cuanto desde la perspectiva de los clientes se trataría de un hecho negativo como es la ausencia de dicha información*”.

Pues bien, en el presente supuesto no nos encontramos con ninguna prueba que acredite que la entidad demandada cumplió con los deberes que le son exigibles, pese a que en su contestación a la demanda y en sus conclusiones así lo afirman, pero ya no se trata de que la entidad no acredite que el asesoramiento fue el correcto sino que nos encontramos con numerosas pruebas en las actuaciones de que ello no fue así y, sin que sea necesario citarlas todas porque son numerosas, resulta hecho reconocido en primer lugar que la contratación no se produjo directamente con la actora sino con su hija y cuñada, resulta acreditado de las testificales que la actora nunca estuvo físicamente en la sucursal en la que se suponen firmados los documentos, no hay ni test de conveniencia ni de idoneidad, y el test MIFID que la entidad demandada afirma haber realizado a la actora fue relleno por la propia empleada del banco atendiendo a sus conocimientos personales, y resulta igualmente acreditado que los documentos contractuales fueron firmados en casa de la demandante, sin presencia de la empleada de la entidad, que igualmente reconoce que personalmente jamás habló con la demandada. En definitiva, no se estima necesario seguir analizando más si cabe la prueba practicada en el acto del juicio, porque los incumplimientos de los deberes de información por parte del Banco Popular son cuantiosos.

**SEXTO.**-En lo relativo al error, como vicio del consentimiento, con los requisitos exigidos legal y jurisprudencialmente (artículo 1266 Código Civil) tal y como viene se fijando recientemente por el Tribunal Supremo en sentencias de 21/11/2012, 29/10/2013 y 20/1/2014 :

*"cabe hablar de error vicio cuando la voluntad del contratante se hubiera formado a partir de una creencia inexacta - sentencias 114/1985, de 18 de febrero , 295/1994, de 29 de marzo , 756/1996, de 28 de septiembre , 434/1997, de 21 de mayo , 695/2010, de 12 de noviembre , entre muchas-. Es decir, cuando la representación mental que hubiera servido de presupuesto para la celebración del contrato fuera equivocada o errónea." Y continúa;"La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos - sentencia de 15 de febrero de 1977 - En primer término, para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca la consideración de tal. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura, no como una mera*

*posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias."*

La idea de que la omisión de los deberes de información por parte de la entidad prestadora de servicios de inversión puede llegar a justificar el error del suscriptor de los mismos, ha sido acogida por las distintas Audiencias Provinciales, también por la citada Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia que ha afirmado que, la infracción de tales deberes de información “*aparte de posible sanción administrativa (o penal)... es indudable que, en cuanto signifique omisión del deber informativo consecuente con que el cliente no esté “con conocimiento de causa” exigido legalmente para tomar la decisión en el campo del mercado de valores, puede producir un consentimiento no informado y por tanto viciado por error, al no saber o comprender el suscriptor la causa del negocio y debe ser sancionado por mor del artículo 1.265 del Código Civil”*”.

Pero es que además, en el presente caso, el error resulta plenamente acreditado por la prueba testifical practicada en el acto del juicio, resulta que lo que la actora en realidad quería era realizar una imposición a plazo fijo y como tal creyó que estaba obrando, pues jamás se le informó, tal y como afirma, de la posibilidad ni por remota que fuere, de que podía perder todo el capital invertido, de hecho ni siquiera se la informó de la complejidad inherente al producto, sino que todo lo mas que se le llegó a decir es que recuperaría su dinero cuando quisiera, pero claro, esa recuperación debía ser necesariamente mediante la venta de acciones, tal y como reconoce la propia empleada del banco, y este extremo es algo que la demandada nunca llegó a saber, pues poco o nada intervenía en realidad, mas allá de estampar su firma, en las negociaciones tendentes a la contratación, e incluso cuando quiso recuperar dinero la actora, por necesidad, nada tuvo que gestionar respecto de la venta de sus acciones pues todo se le gestionó desde la sucursal sin que ella tuviese que acudir.

Así las cosas, se concluye que, dado el perfil inversor de la actora, las características del producto –muy complejo- y la omisión de los deberes de información de la entidad, resulta probado cierto y también es excusable, que, la demandante en el momento de la suscripción pensara erróneamente que los productos que le fueron ofertados a través de la empleada de la demandada respondían a sus necesidades. La parte actora “*...desconoce de qué producto de inversión es titular, ni cuál es su funcionamiento ni sus riesgos y ello es excusable, dado que esa situación únicamente es imputable, amén de totalmente reprobable y reprochable, a la entidad demandada..”*. (Sentencia Sala 9ª, Audiencia Provincial de Valencia, 18 de junio de 2.014, Sentencia nº 185/14, Recurso 46/14).

**SÉPTIMO.**-En definitiva, dándose los requisitos propios del error, su esencialidad, en tanto que recae sobre la materia misma objeto de la contratación, su relación causal con la finalidad negocial, y su excusabilidad, en tanto que por las razones expuestas, no es



imputable a la actora, procede apreciar la existencia de consentimiento viciado por error en todas y cada una de las suscripciones. Por todo lo expuesto, debe prosperar la pretensión de anulación respecto de la misma y la consecuencia de tal declaración es la recíproca restitución de las cosas objeto del contrato y del precio con sus intereses, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.303 del Código Civil.

Por último, se comprende que la ineficacia del negocio jurídico de adquisición de los bonos canjeables debe proyectarse también sobre el el canje obligatorio y su posterior conversión en acciones del Banco Popular.

Así, en el presente caso, la parte demandante deberá restituir tanto las acciones de las que ahora es titular, como todos los rendimientos que haya ido obtenido como consecuencia de la titularidad del producto cuya adquisición se declara nula mediante la presente resolución, así como sus intereses legales de dichos rendimientos que se devengarán en cada caso desde la fecha de su efectiva obtención, mientras que la parte demandada deberá restituir a la actora la cantidad objeto de suscripción, es decir 42.000 €, así como los intereses legales desde la fecha de la suscripción, el día 17/12/2010.

**OCTAVO.**-En virtud del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede la imposición de las costas causadas en el presente procedimiento a la parte demandada, al haber visto íntegramente desestimadas todas sus pretensiones.

### **FALLO**

**ESTIMO** la demanda interpuesta por la procuradora de los tribunales Dña. Ana Rios Giménez, en nombre y representación de Dña. \_\_\_\_\_ contra la entidad mercantil Banco Popular Español S.A., y en su consecuencia:

Declaro la **NULIDAD** de la siguiente contratación:

1) Contrato u orden de suscripción de valores u obligaciones necesariamente convertibles en acciones del Banco Popular Español suscrito entre las partes en fecha 23-11-2010 (título como "BO Popular Capital- 8% CONV" , así como de todos los negocios jurídicos y transformaciones o conversiones que del mismo traen causa.

Y como consecuencia de dicha nulidad, con retroceso de las prestaciones percibidas, **CONDENO** al Banco Popular Español S.A. a restituir a la actora Dña.

la cantidad de 42.000 €, mas los intereses legales desde el día 17/12/2010, mientras que la demandante deberá restituir al Banco Popular Español tanto las acciones de las que ahora es titular, como todos los rendimientos que haya ido obtenido como consecuencia de la titularidad del producto cuya adquisición se declara nula mediante la presente resolución, así como los intereses legales de dichos rendimientos que se devengarán en cada caso desde la fecha de su efectiva obtención.

Todo ello con expresa imposición de **COSTAS** a Banco Popular Español S.A.

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** Contra la presente resolución cabe interponer recurso de **APELACIÓN** ante este mismo juzgado, en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a su notificación.

Así lo acuerda y firma SS<sup>a</sup>. Doy fe.

EL/LA JUEZ/MAGISTRADO,

EL/LA SECRETARIO JUDICIAL,

**PUBLICACIÓN.-** Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por D./D<sup>a</sup>. [REDACTED] juez que la dictó, estando el/la mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, el/la Secretario Judicial doy fe, en En LLIRIA (VALENCIA) a diecinueve de octubre de dos mil dieciséis.