

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN N° 1
MISLATA**

Calle Antonio Aparisi, 12
Teléfono 96.383.38.75/39.15

NIG 46169-41-2-2016-0000579

Procedimiento: Procedimiento Ordinario - 000120/2016
(Materia estadística: Resto de Ordinarios)

SENTENCIA N° 80/17

Mislata, a 3 de abril de 2017

Juez: Inmaculada Concepción Pérez Martínez

Demandante: [REDACTED]

Procurador: M.ª Dolores Mota Zalziivar

Abogado: Rafael Mota

Demandado: Banco Popular Español S. A

Procurador: Sancho Gaspar

Abogado: Sergio Canelas

Objeto del juicio: Nulidad

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La procuradora M.ª Dolores Mota Zalziivar, en nombre y representación de [REDACTED] presentó demanda de juicio ordinario en la que tras alegar los hechos y fundamentos jurídicos que estima de aplicación, solicita que se dicte sentencia en la que se se declare la nulidad de las ordenes de contratación de 2 de octubre de 2009 y 3 de mayo de 2012 sobre el producto financiero BO.PPOPULAR CAPITAL CONV V2013 ISIN ES03704120001, y en sus méritos condene a la parte demandada a restituir a la actora la cantidad de 30,000euros más los intereses legales desde la suscripción de los bonos convertibles hasta la fecha de la sentencia, menos los intereses percibidos por la actora y por último que se condene a la parte demandada al abono de las costas.

Segundo.- La demanda se admitió a trámite, en virtud de decreto de fecha de 3 de marzo de 2016y se emplazó a la demandada para que contestara en el plazo de 20 días.

El 14 de abril de 2016presentó escrito de contestación a la demanda en el que se oponía a la pretensión de la actora y alegabacaducidad de la acción.

Tercero- El 7 de junio de 2016se celebró la audiencia previa. Las partes se ratificaron en sus respectivos escritos y solicitaron el recibimiento del pleito a prueba.

La prueba propuesta y admitida por la actora fue la documenta y el interrogatorio de parte y pericial.A la parte demandada la documental.

Cuarto.-El 7 de marzo de 2017 se celebró el juicio en el que se practicaron las pruebas admitidas,y verificado el trámite de conclusiones por los litigantes, pasaron las actuaciones a la mesa de su Señoría para dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Por la parte actora se ejercita acción tendente a declarar la nulidade las ordenes de contratación de 2 de octubre de 2009 y 3 de mayo de 2012 sobre el producto financiero BO.PPOPULAR CAPITAL CONV V2013 ISIN ES03704120001, y condene a la parte demandada a restituir a la actora la cantidad de 30,000euros más los intereses legales desde la suscripción de los bonos convertibles hasta la fecha de la sentencia, menos los intereses percibidos por la actora, por vicio del consentimiento motivado por la inadecuada, falsa e insuficiente información facilitada por la entidad demandada al contratar el referido producto financiero.

Se aduce por la parte actora que [REDACTED] y su marido tenían un claro perfil conservador, no queriendo asumir ningún riesgo, tratándose de personas de edad avanzada. Alega que se le recomendó por personal del banco un producto que no entrañaba riesgos, permitiéndole disponer del dinero en cualquier momento con garantía del capital, sin advertirles de la naturaleza real del producto.

La parte demandada se opone a las pretensiones de la demandante manifestando, que no procede el ejercicio de la acción de nulidad al haber caducado la misma, al amparo de lo dispuesto en el art. 1.301 del Código Civil; que los demandantes tienen capacidad suficiente para conocer las características de estos productos; que los demandantes tuvieron una documentación clara y sin oscuridad alguna, en la redacción de las

características esenciales y riesgos del producto.

Segundo.-Se plantea como primer motivo de oposición la caducidad.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015 (Pte: Don Rafael Sarazá Jimena) señala lo siguiente: Al interpretar hoy el art. 1301 del Código Civil en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento, no puede obviarse el criterio interpretativo relativo a «la realidad social del tiempo en que [las normas] han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas», tal como establece el art. 3 del Código Civil.

La redacción original del artículo 1301 del Código Civil, que data del año 1881, solo fue modificada en 1975 para suprimir la referencia a los «contratos hechos por mujer casada, sin licencia o autorización competente», quedando inalterado el resto del precepto, y, en concreto, la consumación del contrato como momento inicial del plazo de ejercicio de la acción. 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.

(...)

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.”

A la vista de ello, debe entenderse que es en noviembre de 2015, que es el momento de la conversión definitiva, cuando la actora tuvo cabal conocimiento de los elementos determinantes de la existencia de su error en el consentimiento prestado al adquirir el producto. Ya que en el 2012 recibieron bonos convertibles por el mismo precio y es en el 2015 cuando se le informa que su inversión de 30.000 euros había sufrido una pérdida importante, y por ello el plazo de caducidad de cuatro años de la acción de nulidad habrá de comenzar a contar desde noviembre de 2015.

Tercero.- Para que el error invalide el consentimiento, tal como establece el artículo 1266 del Código Civil, es necesario que recaiga sobre la sustancia del objeto del contrato o sobre aquellas condiciones del mismo que principalmente hubieren dado lugar a su celebración. Es doctrina del Tribunal Supremo que igualmente se precisa que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar, que no sea imputable a quien lo padece y que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado. Además de ser esencial, ha de ser excusable, requisito que el Código no menciona expresamente y que se deduce del principio de buena fe, consagrado en el art. 7 del Código Civil. Es inexcusable cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular. De acuerdo con los postulados del principio de la buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante. La excusabilidad implica que puedan trasladarse sobre el otro contratante las consecuencias del error. Uno de los motivos por los que suele apreciarse es cuando la parte no afectada por el mismo estaba obligada legalmente a suministrar determinada información y no lo hace o la hace de modo inadecuado. Lo anterior determina que se impute el error a quien hubiera

tenido la posibilidad de eliminarlo a menor coste.

Las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos - sentencias de 8 de enero de 1962, 29 de diciembre de 1978 y 21 de mayo de 1997, entre otras -. Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano.

En el ámbitobancario el legislador y la jurisprudencia, conscientes de la posición de debilidad del cliente en tanto se enfrenta generalmente a un contrato de adhesión, son especialmente rigurosos a la hora de valorar la actuación de la entidad bancaria en todas las fases de la contratación y especialmente en lo referente a la información que se suministra, cuya ausencia o insuficiencia puede dar lugar a que el cliente se represente una realidad distinta de que resulta del contrato firmado. El TS en sentencia de 14 de noviembre de 2005 establece que "la diligencia en el asesoramiento no es la genericidad de un buen padre de familia, sino la específica de un ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes", recayendo la carga probatoria de tal extremo sobre el profesional financiero.

La normativa reguladora del deber de información por parte de la entidad financiera aquí aplicable es la Ley del Mercado de Valores en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, en especial, su artículo 79.1 " 1. Las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el Mercado de Valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, deberán atenerse a los siguientes principios y requisitos: a) Comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado. b) Organizarse de forma que se reduzcan al mínimo los riesgos de conflictos de interés y, en situación de conflicto, dar prioridad a los intereses de sus clientes, sin privilegiar a ninguno de ellos. c) Desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuesen propios. d) Disponer de los medios

adecuados para realizar su actividad y tener establecidos los controles internos oportunos para garantizar una gestión prudente y prevenir los incumplimientos de los deberes y obligaciones que la normativa del Mercado de Valores les impone. e) Asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados. f) Garantizar la igualdad de trato entre los clientes, evitando primar a unos frente a otros a la hora de distribuir las recomendaciones e informes. g) Abstenerse de tomar posiciones por cuenta propia en valores o instrumentos financieros sobre los que se esté realizando un análisis específico, desde que se conozcan sus conclusiones hasta que se divulgue la recomendación o informe elaborado al respecto. Lo establecido en el párrafo anterior no será de aplicación cuando la toma de posición tenga su origen en compromisos o derechos adquiridos con anterioridad o en operaciones de cobertura de dichos compromisos, siempre y cuando la toma de posición no esté basada en el conocimiento de los resultados del informe. h) Dejar constancia frente a los clientes de cualquier posible conflicto de intereses en relación con el asesoramiento o con el servicio de inversión que se preste. Estos principios, en cuanto sean compatibles con la actividad que desarrollan, también serán de aplicación a las personas o entidades que realicen análisis de valores o instrumentos financieros. "

También es aplicable el Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre por el que se desarrolla parcialmente la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en materia de admisión a negociación de valores en mercados secundarios oficiales, de ofertas públicas de venta o suscripción y del folleto exigible a tales efectos.

Cuarto.- Procede entrar a valorar si la parte demandada ha cumplido el deber de información que le era exigible, y si la parte demandante pudo tener un conocimiento correcto de las condiciones y cláusulas del contrato o por el contrario concurrió error.

En los presentes autos, la valoración de la prueba practicada por el juzgador pone de manifiesto:

- El producto adquirido es complejo y de máximo riesgo.

- Respecto del deber de información sobre el producto financiero debe concluirse que no se ha acreditado por la parte demandada su cumplimiento. A parte demandada no compareció al acto del juicio para responder a las preguntas del interrogatorio. Con lo cual, no se prueba la existencia de una información personal e individualizada, tratándose como se trataba de un producto complejo de alto riesgo y de novedosa comercialización. Así, como resulta del informe pericial que obra en las actuaciones, no consta que la entidad informara de los posibles escenarios. Y del test de conveniencia resulta que son clientes con experiencia en productos financieros no complejos. En el año 2012 hubo pérdidas del 60%, sin embargo se hace un canje por el precio nominal del bono, lo que induce a error.

- Por otro lado, atendiendo a su profesión o su actividad, ya que carecende estudios ni conocimientos financieros, me conduce a considerar que la actora confió en el empleado del banco, y precisamente esa confianza es la que le llevó a invertir en el producto.

- También debe tenerse en cuenta que el cliente recibe la información de un producto catalogado como de “renta fija”, lo que induce a error sobre el producto contratado.

- Se trata de un producto emitido y comercializado por la propia entidad, donde el único beneficiario es el Banco Popular.

Todo lo anterior conduce a esta juzgadora a considerar que concurrió el vicio del error de consentimiento alegado, para procurar así la anulación del contrato. El error en que la parte actora incurrió supone una representación falsa sobre la adecuación del objeto a la finalidad contractual perseguida, las bases del negocio, las premisas del contrato, los propios aspectos que conjuntamente las partes asumían como los que habían conducido a la celebración del contrato. Mas no todo error o ignorancia de circunstancias servirá para anular el contrato; debe exigirse que sea suficientemente importante, relevante, y que no sea imputable a la negligencia de quien lo sufre (excusabilidad). Y en este caso el error fue esencial, puesto que ha afectado a la obligaciones principales del contrato y a la característica de alto riesgo del mismo; sustancial, pues afecta a un elemento nuclear del contrato, sobre la base de la falta de información concurrente e imputable a la entidad bancaria, que venía obligada a facilitar que el cliente adquiriera plena conciencia de lo que contrata, y, sobre todo, del riesgo que asumía; y excusable, pues confió la parte actora en la palabra del empleado del banco sin ser consciente de los altos riesgos de un contrato complejo del que no recibió -o no se ha probado que recibiera- la necesaria información para ponderar sus riesgos y decantarse

conscientemente sobre su contratación.

Quinto.- Nulidad contractual.

En consecuencia, se estima que en este caso concurren los requisitos para anular las ordenes de compra de 23 de octubre de 2009 y 3 de mayo de 2012 sobre el producto financiero BO.POPULAR CAPITAL CONV V2013 ISIN ES03704120001 2, por vicio del consentimiento. La consecuencia jurídica de esta nulidad, conforme al art. 1303 CC, es la obligación de la demandada de restituir a los actores el capital aportado, que consiste en 30.000 euros mas los intereses legales devengados desde 23 de octubre de 2009, debiéndose deducir de estos importes las cantidades percibidas por la actora en concepto de intereses abonados por la demandada, más los intereses legales devengados por las correspondientes sumas desde su percepción. Estas operaciones que consisten en una sencilla labor aritmética de compensación, se realizarán en ejecución de la presente sentencia.

Séptimo.-Costas.

En orden a las costas procesales y estimada la demanda procede la condena a la entidad bancaria demandada a su pago, conforme a lo prevenido en el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

FALLO

Estimo la demanda presentada por [REDACTED] contra Banco Popular S.A. y declaro la nulidad por error en el consentimiento de la orden de compra de 23 octubre de 2009 y 3 de mayo de 2012 sobre el producto financiero BO.POPULAR CAPITAL CONV V2013 ISIN ES03704120001; y condeno a la demandada a restituir a la actora la cantidad de 30.000 euros mas los intereses legales devengados desde la fecha de la orden de suscripción, debiéndose deducir de estos importes las cantidades percibidas por la actora en concepto de intereses abonados por la demandada, más los intereses legales devengados por las correspondientes sumas desde su percepción. Estas operaciones que consisten en una sencilla labor aritmética de compensación, se realizarán en ejecución de la presente sentencia. Con expresa condena a la demandada al pago de las costas del proceso.

Contra la presente cabe recurso de apelación conforme a los art. 455 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debiendo interponerse el mismo en el plazo de veinte días, contados desde su notificación

*Así por esta mi sentencia, juzgando en esta instancia lo pronuncio,
mando y firmo,*

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el/la Sr/a. Magistrado-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 Letrado A. Justicia doy fe, en MISIONA, a cuatro de abril de dos mil diecisiete .

