

# AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1 SALAMANCA



SENTENCIA: 00129/2018

Modelo: N10250  
GRAN VIA, 37-39

-

Tfno.: 923.12.67.20 Fax: 923.26.07.34

Equipo/usuario: 2

N.I.G. 37274 42 1 2016 0007777

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000357 /2017**

**Juzgado de procedencia: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA.N.3 de SALAMANCA**

**Procedimiento de origen: JVB JUICIO VERBAL 0000845 /2016**

Recurrente: BANCO POPULAR ESPAÑOL SA

Procurador: [REDACTED]

Abogado: [REDACTED]

Recurrido: MARIA [REDACTED]

Procurador: MARIA TERESA DOMINGUEZ CIDONCHA

Abogado: ELIAS PLAZA LOPEZ BERGES

## S E N T E N C I A 129/2018

ILMO SR PRESIDENTE

DOÑA MARÍA LUISA MARRO RODRÍGUEZ

ILMOS SRES MAGISTRADOS

DOÑA MARÍA DEL CARMEN BORJABAD  
GARCÍA

DON EUGENIO RUBIO GARCÍA

En la ciudad de  
Salamanca a veintisiete  
de marzo del año dos mil  
dieciocho.

La Audiencia Provincial de Salamanca, ha visto en grado de apelación el Juicio Verbal N° 845/16 del Juzgado de Primera Instancia N° 3 de Salamanca, **Rollo de Sala N° 357/17**; han sido partes en este recurso: como demandante apelada **DOÑA MARÍA [REDACTED]**, representada por la Procuradora Doña María Teresa Domínguez Cidoncha, bajo la dirección del Letrado Don Elías Plaza López-Berges y; como demandado apelante **BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.**,

representado por el Procurador Don [REDACTED], bajo la dirección del Letrado Don [REDACTED].

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El día veintisiete de marzo de dos mil diecisiete, por la Ilmo. Sra. Juez Sustituta del Juzgado de 1ª Instancia Nº 3 de Salamanca, se dictó sentencia en los autos de referencia que contiene el siguiente FALLO: “Que **estimando** la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Dña. María Teresa Domínguez Cidoncha, en nombre y representación de Dña. María [REDACTED] [REDACTED] contra BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A.:

**1. Declaro la nulidad** del contrato de adquisición de 6 títulos del producto denominado “BO. POPULAR CAPITAL 8% CONV,”, por importe de 6.000 euros, concertado el 22 de noviembre de 2.010 entre Dña. María [REDACTED] y la entidad Banco Popular S.A., condenando a la entidad demandada a estar y pasar por dicha declaración.

**2. Condeno** a la entidad demandada a restituir y abonar a Dña. María [REDACTED] [REDACTED] la cantidad que se derive de la referida nulidad (6.000,00 euros), junto con los intereses legales de aquel importe devengados desde la fecha de contratación del producto hasta su total satisfacción, deduciéndose de dicho importe las cantidades que haya percibido la actora por intereses, dividendos y otros conceptos, con restitución de los títulos que ostenta la demandante con motivo del canje de los Bonos convertibles en acciones, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.303 del CC, y a ejecutar cuantos actos sean necesarios a fin de dar cumplimiento a los anteriores pronunciamientos, así como a correr con los gastos que comporten los mismos

**3. Condeno** a la entidad demandada al abono de las costas del presente procedimiento.”.

**SEGUNDO.-** Contra referida sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación jurídica de la parte demandada y presentado escrito hizo las alegaciones que estimó oportunas en defensa de sus pretensiones, para terminar suplicando la revocación de la resolución recurrida, dictándose otra por la que se

desestime la demanda interpuesta de contrario o, en caso de confirmar la nulidad de la contratación, de forma subsidiaria declare respecto a los efectos de la nulidad se refiere, se declare que el demandante restituirá el precio del producto (6.000 euros) deduciendo del mismo el importe de los intereses (580,01 euros), así como el valor de las acciones en el momento que fueron entregadas a los actores (5.710,92 euros), esto es, el canje del producto. Con expresa condena en costas a la parte demandante en el supuesto de que se oponga al presente recurso.

Dado traslado de la interposición del recurso a la contraparte, por la legal representación de ésta se presentó escrito de oposición al mismo, haciendo las alegaciones que estimó oportunas en defensa de sus pretensiones, para terminar suplicando la confirmación de la sentencia recurrida, con imposición de costas de la alzada a la parte apelante.

**TERCERO.-** Recibidos los autos en esta Audiencia, se formó el oportuno rollo, señalándose para la **deliberación, votación y fallo** del recurso el día **26 de octubre de los corrientes**, pasando los autos al Ilmo. Sr. Magistrado Ponente para dictar sentencia.

**CUARTO.-** Observadas las formalidades legales.

Vistos, siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada **DOÑA MARÍA LUISA MARRO RODRÍGUEZ**.

### **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

**PRIMERO.-** Por la representación procesal de Banco Popular Español S.A., se formuló recurso de apelación contra la Sentencia dictada por la Sra. Juez sustituta del Juzgado de Primera Instancia nº 3, en fecha 27 de marzo de 2017; sentencia estimatoria de las pretensiones instadas por la parte demandante, consistentes en la nulidad/anulabilidad del contrato de adquisición de 6 títulos del producto denominado “BO. Popular Capital 8 % Conv.” por importe de 6.000 euros,

concertado el 22 de noviembre de 2010 entre actora y Banco demandado y todos los efectos derivados de referida declaración.

**SEGUNDO.-** Como primera cuestión se invoca, “De la caducidad de la acción de anulabilidad por error en el consentimiento: error en la determinación del dies a quo”.

El recurrente muestra conformidad con lo establecido en la STS de 12 de enero 2015 que establece que el día inicial del plazo de caducidad se debe fijar en el momento en el que la parte actora pudo conocer la existencia del error.

La sentencia recurrida señala que para la juzgadora, debe fijarse en el momento de la conversión o canje de los valores o acciones.

La sentencia de esta Audiencia Provincial de fecha 2 de marzo de 2017 (ROJ: SAP SA 172/2017 –ECLI: ES:APSA: 2017:172) Ponente D. José Ramón González Clavijo, ya estableció:

“1. El Tribunal Supremo, en sentencia de 1 de diciembre de 2016 (ECLI:ES: TS:2016:5230), analiza el problema de la caducidad de la acción de anulación por error, vicio, citando expresamente la sentencia de Pleno 769/2014, de 12 de enero de 2015, en la que se pronunciaba sobre el comienzo del cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de anulación por error, vicio, previsto en el artículo 1301 CC. Y este criterio ha sido reiterado por resoluciones posteriores, a parte de la sentencia 376/2015, de 7 de julio, por lo que puede hablarse de jurisprudencia en el sentido del art. 1.6 CC.

2. En la sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015, el Tribunal Supremo hace una interpretación del 1301 CC., de acuerdo con la realidad del tiempo en que debe ser ahora aplicado, en el siguiente sentido: <<Al interpretar hoy el art. 1301 CC., 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 las [las normas] han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”, tal como establece el art. 3 CC.

3. Así, en la fecha en que el art. 1301 CC, 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 a la 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).

4. En definitiva, dice el Tribunal Supremo, 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.

5. 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 ser, 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”.

Debemos por tanto atenernos a la prueba para comprobar hasta qué punto la cliente demandante llegó a tener en un determinado momento una comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un supuestamente iniciado por el error.

El banco afirma que está de acuerdo con el criterio seguido por la juez a quo en este caso, que se centra en fijarlo “en el momento de la conversión o canje de los valores en acciones, que en este caso tuvo lugar el día 25 de junio de 2012 (documento nº 3 de la contestación a la demanda), pues debe estimarse ese momento como aquel en el que la demandante se percató o pudo percatarse de que

su inicial inversión podía verse comprometida, empezando, en este momento, por tanto, el plazo de caducidad para interponer la acción de nulidad ejercitada”.

La Sala no muestra conformidad con el argumento esgrimido por la parte recurrente, por entender ésta que no puede equipararse un acto de conciliación a unas diligencias preliminares.

En este caso, la parte demandante interpuso demanda de conciliación de fecha 16 de mayo de 2016, tramitada ante el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de los de Salamanca.

Al efecto, señalar que a la fecha de interposición de la demanda de conciliación, no es que se produzca ninguna interrupción del plazo (pues estamos ante caducidad y no prescripción) sino que ha de tenerse por iniciado ya el ejercicio de la acción, que ante la no conciliación por el banco, continuaría con la demanda consiguiente. La STS 769/2014, de 12 de enero de 2015 señaló que las diligencias preliminares fueron promovidas por la demandante dentro del plazo de cuatro años contados desde esa fecha inicial; dado que a continuación de la tramitación de dichas diligencias preliminares, una vez que la demandante pudo obtener la documentación solicitada a la demandada, ha de considerarse que el transcurso del plazo de ejercicio de la acción cesó cuando se promovieron las diligencias preliminares, y que la acción fue ejercitada dentro del plazo, puesto que las diligencias preliminares son actuaciones preparatorias del ejercicio de la acción que, una vez presentada la demanda a continuación de aquéllas, quedan integradas en el ejercicio de la dicha acción a los efectos de decidir si ésta ha sido ejercitada en plazo; y más reciente la STS de 27 de febrero de 2017.

Si así se valoran las diligencias preliminares, no es de menor condición el acto de conciliación (siendo indiferentes cuestiones procesales relativas a su distinta regulación o naturaleza). Porque lo cierto es que la presentación del acto de conciliación tiene por fin alcanzar un acuerdo con el fin de evitar un pleito, lo que es en definitiva semejante, en cuanto al fin a las diligencias preliminares, como integradas ya en el inicio del ejercicio de la acción.

Por lo cual, dicho motivo debe ser desestimado.

**TERCERO.-** Se refiere, como segundo motivo del recurso a “De los beneficios obtenidos por la demandante con los “Bonos Subordinados necesariamente canjeables en acciones de Banco Popular Español, S.A I/2010”.

Manifiesta la parte recurrente que si se produce la nulidad del producto, la consecuencia lógica sería la devolución de las prestaciones desde la finalización del producto y no desde que convenientemente la actora ha interpuesto la demanda.

No existe prueba en autos, cuya carga correspondía a la parte recurrente, de que la demandante tuviera conocimiento del canje anticipado y unilateral llevado a cabo por Banco Popular en el mes de junio de 2012; e, independientemente de la falta de actividad probatoria al respecto, que debía haber desarrollado la entidad demandada, hay algo obvio; si la Sra. M<sup>a</sup> [REDACTED] hubiera sabido en el mes de junio de 2012 que al haberse adelantado unilateralmente el vencimiento inicialmente previsto por el Banco para diciembre de 2013, y que en dicha fecha no se había perdido dinero, ésta hubiera vendido las acciones rápidamente para recuperar la inversión, siendo bien evidente que si no actuó de esta manera fue porque nunca tuvo conocimiento de tan repetido vencimiento anticipado de la emisión.

Tampoco expresa el Banco recurrente que ya en el mes de enero de 2014, los 3092 títulos adjudicados en el canje obligatorio pasaron a ser 618 (Doc. 11 acompañado a la demanda).

Por otro lado, y toda vez que la Sala está plenamente conforme con la anulabilidad por vicio, error de consentimiento (que sería el tercer motivo del recurso de apelación), los efectos vienen determinados por el propio artículo 1303 del Código Civil, de total conocimiento para la parte recurrente.

**CUARTO.-** Como tercer motivo del recurso, sobre la supuesta inexistencia de vicio de consentimiento por error padecido por parte de la demandante.

Efectivamente, entramos, como se afirma por la parte demandada, en la alegación por la parte recurrente de un error de valoración probatoria. Lo que realmente no es así, aun cuando en la sentencia recurrida no se haga referencia a que la parte demandante es abogada.

La sentencia establece con claridad todo aquello, de obligatoria exigencia para el banco, y que éste no ha probado.

Respecto al test de conveniencia realizado, fue impugnado por la parte demandante. Se aportó por la parte demandada, sin identificación personal. Respecto al tríptico informativo, no sería suficiente a los efectos de tener por cumplida la obligación de la entidad de informar a la cliente. En los productos financieros complejos se exige un información suficiente antes de la contratación, con clara explicación por el empleado de lo que ofrece. Y como estableció la sentencia recurrida, “En definitiva no ha quedado acreditado que la entidad demandada actuara con arreglo a la buena praxis bancaria ni cumpliera con los estándares de diligencia, buena fe y transparencia que le eran exigibles con la demandante, al comercializarle un producto complejo y de alto riesgo sin dejarle claro todo el proceso del mismo, no sólo la rentabilidad, sino su conversión final en acciones que se produce sin darle explicación alguna, antes de la fecha de vencimiento inicialmente contratada”.

Vemos que la entidad bancaria renunció a la prueba testifical del empleado que lo comercializó; se le ofreció un producto complejo; y dice la entidad bancaria que no era apropiado a su perfil, lo que conllevaría su no ofrecimiento o que, en el caso de que la clienta se hubiera decidido, desde luego habría dado, bajo unas explicaciones no acordes al producto, que ya describió la Sentencia nº 411/2016 de la Sala de lo Civil del TS de 17 de junio de 2016.

Y respecto al perfil profesional, -parece ser que en temas matrimoniales-, lo que no exime a la misma de tener un perfil minorista, ni conocedora de referidos productos complejos, pues no basta con los conocimientos usuales del mundo de la empresa, siendo necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros para que pueda excluirse la existencia de error o considerar que el mismo era inexcusable.

Por todo lo anteriormente expuesto, procede la íntegra desestimación del recurso entablado.

**QUINTO.-** Conforme al artículo 398 en relación con el artículo 394 de la LEC, se imponen las costas procesales de esta alzada a la parte recurrente.



Por lo expuesto, en nombre del Rey y en virtud de los poderes constitucionalmente conferidos por el pueblo español.

### FALLAMOS

**LA SALA ACUERDA:** Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la legal representación de **BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A.**, contra la sentencia de 27 de marzo de 2.017, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez de 1ª Instancia nº 3 de Salamanca, en los autos de Juicio Verbal 845/16 de los que dimana este rollo, confirmándola íntegramente, y con imposición de las costas procesales a la parte recurrente.

Notifíquese la presente a las partes en legal forma y remítase testimonio de la misma, junto con los autos de su razón al Juzgado de procedencia para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.