

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA.N.5
SALAMANCA**

SENTENCIA: 00153/2018

—

PLAZA DE COLÓN S/N SALAMANCA
Teléfono: 923 284739, Fax: 923 284740

Correo electrónico:

Equipo/usuario: JPD

Modelo: N04390

N.I.G.: 37274 42 1 2018 0003655

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000278 /2018

Procedimiento origen: /

Sobre OTRAS MATERIAS

DEMANDANTE D/ña. ██████████ GONZALEZ
Procurador/a Sr/a. MARIA TERESA DOMINGUEZ CIDONCHA
Abogado/a Sr/a. ELIAS PLAZA LÓPEZ-BERGES
DEMANDADO D/ña. BANCO POPULAR ESPAÑOL SA
Procurador/a Sr/a. ██████████
Abogado/a Sr/a. ██████████

SENTENCIA N° 153/2018

**ILMO/A. SR/A. MAGISTRADO/A-JUEZ QUE LA DICTA: D^a
CRISTINA GARCÍA VELASCO.**

Lugar: SALAMANCA.

Fecha: catorce de noviembre de dos mil dieciocho.

Demandante: ██████████ GONZALEZ.
Abogado/a: ELIAS PLAZA LÓPEZ-BERGES.
Procurador/a: MARIA TERESA DOMINGUEZ CIDONCHA.

Demandado: BANCO POPULAR ESPAÑOL SA.
Abogado/a: ██████████
Procurador/a: ██████████.

Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000278 /2018.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 10 de mayo de 2018, fue turnada a este Juzgado demanda de juicio ordinario, interpuesta por el/la

Procurador/a de los Tribunales Sra. Domínguez Cidoncha, en nombre y representación de D. [REDACTED] GONZÁLEZ contra BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A., en la que basándose en los hechos y fundamentos de derecho que estimaba oportunos, terminaba suplicando al Juzgado que, previo traslado de la demanda y documentos a la parte demandada, se dictara sentencia estimando íntegramente la demanda, con todos los efectos jurídicos, con expresa imposición de costas a la parte demandada.

SEGUNDO.- Se dicta decreto de fecha 11 de mayo de 2018, por el que se admite a trámite y se acuerda dar traslado de la misma a la demandada indicada, la cual presenta escrito de contestación a través del Procurador Sr. [REDACTED], en el cual en base a los hechos y fundamentos de derecho que en el mismo se contienen y aquí se tienen por reproducidos, interesa se les tenga por comparecidos en tiempo y forma, por evacuado el trámite de contestación y, previos los trámites legales, se dicte sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda, con expresa imposición de costas a la parte demandante.

TERCERO.- Por diligencia de ordenación de fecha 19 de junio de 2018, se tiene por contestada la demanda y se señala la audiencia previa, celebrada el día 18 de septiembre de 2018, con el resultado que obra en autos y medios audiovisuales, se señala para la vista el día 27 de septiembre de 2018 con el resultado que obra en los medios audiovisuales; habiéndose celebrado diligencia final el día 23 de octubre de 2018; quedando los autos vistos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Ejercita la parte demandante acción de nulidad/anulabilidad por vicio en el consentimiento por error motivado por la falta de información y por dolo en la demandada, ocurrido en el contrato de adquisición de 18 títulos de producto “Obligaciones Subordinadas Banco Popular VT.10-21”. Así como

acción de reclamación de daños y perjuicios por negligencia y por incumplimiento del deber de información.

Funda la demandante su pretensión en la falta de información al cliente por parte de la entidad bancaria, acerca de las características y riesgos del producto contratado, haciéndoles creer a los clientes que, en realidad, estaban suscribiendo un producto seguro de ahorro con un plazo de vencimiento definido a 10 años, en el que no había riesgo de pérdida de capital y en el que se recuperaría el efectivo invertido. Y en el incumplimiento de sus obligaciones de información de las directivas europeas Mifid y en la normativa del Mercado de Valores vigente en el momento de la suscripción, al recomendar al demandante la contratación de un producto complejo que no se adaptaba a su perfil inversor y sin practicar el test de conveniencia e idoneidad.

La parte demandada alega la caducidad de la acción ejercitada. En cuanto al fondo del asunto, la demandada, mantiene que el Banco informó debidamente a los actores del riesgo, naturaleza y características de las obligaciones subordinadas. Por lo que no existe error invalidante del consentimiento.

Respecto a la acción de responsabilidad contractual, mantiene que tampoco puede prosperar, ya que la acción indemnizatoria está prescrita, ya que al referirse a un incumplimiento precontractual se trataría de responsabilidad extracontractual sometida a plazo de prescripción de un año y, además, niega la existencia de incumplimiento de la demandada, al cumplir rigurosamente con su deber de información.

SEGUNDO.- Ejercitándose en el presente supuesto una acción de nulidad de pleno derecho por ausencia del consentimiento que equivale en realidad a la inexistencia contractual (art. 1261 del Código Civil), supuestos estos en los que el negocio jurídico sólo ha tenido una vida aparente, siendo dicha acción imprescriptible de acuerdo con la regla de que lo nulo en origen no puede ser convalidado por la acción del tiempo, no resulta de aplicación, el plazo de caducidad de los cuatro años establecido en el art. 1301 del Código Civil para instar la anulabilidad de los contratos que

concurriendo los requisitos del art. 1261 adolecen de vicios que los invalidan (S. TS de 14/11/1991).

Pero aunque entendemos que la acción ejercitada es de anulabilidad del contrato por concurrir error como vicio del consentimiento, el plazo previsto en el art. 1301 del Código Civil, debe computarse desde la consumación del contrato, es decir cuando se produce el agotamiento y la realización completa de todas las obligaciones entre las partes (S. TS 11 de Junio de 2003), por lo que teniendo en cuenta que en contratos como el presente, en el que, la entidad emisora de los valores es la misma que la comercializadora que ejecuta la orden de suscripción, por cuenta del cliente, nos encontramos, con un contrato de tracto sucesivo de modo que la relación contractual entre el Banco y el adquiriente de los valores no se agota con la compraventa de estos, sino que se perpetúa en el tiempo mientras el vendedor figura realizando liquidaciones periódicas del producto, liquidaciones que, en el presente supuesto, se han producido hasta abril de 2017.

En este sentido se pronuncia la Ilma. Audiencia Provincial de Salamanca entre otras en Sentencias de 19 de Junio de 2013 y 8 de Abril de 2014.

Por tanto, atendiendo al referido criterio, tampoco podría entenderse caducada la acción ejercitada.

TERCERO.- En el plano de la información al inversor, debe recordarse que el Real Decreto 629/1993 sobre normas de actuación en el mercado de valores son referencia a la Ley 24/1988, ya obligaba a las entidades financieras a proporcionar toda la información que pudiera ser relevante para que los cliente pudieran tomar una decisión del producto contratado.

La Ley 47/2007 supuso la modificación de la Ley 24/1988, de 28 de Julio del mercado de valores, para incorporar al ordenamiento jurídico español las siguientes directivas europeas: la Directiva 2004/93 CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de Abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, la

Directiva 2006/73 CE de la Comisión de 10 de Agosto de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/39 CE del Parlamento y del Consejo en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de inversión, la Directiva 2006/49 CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de Junio de 2006, sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito.

La Ley 47/2007 hacía referencia a la directiva 2004/39 relativa a los mercados de instrumentos financieros por la que se modificaba la directiva MIDFI, cuya finalidad es proteger a los inversores estableciendo un régimen de transparencia para que los participantes en el mercado puedan evaluar las operaciones. Se trata de profundizar en la protección de la clientela, a través de incremento y mayor precisión de las obligaciones de las entidades financieras.

La normativa señalada constituye el marco esencial de la información que deben prestar las entidades de crédito a los clientes minoristas, debiendo comportarse con diligencia y transparencia, cuidando sus intereses como si fueran propios; debiendo también mantener, en todo momento informados a los clientes. A lo que debe unirse que tal información ha de ser imparcial, clara y no engañosa y debe versar sobre los instrumentos financieros y las estrategias, naturaleza y riesgos específicos del producto financiero que se ofrece de tal manera, que permita al cliente tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa.

Las obligaciones de información, se desarrollan detalladamente con la inclusión del artículo 79 bis de la Ley del Mercado de Valores.

Para el cumplimiento de dichas obligaciones de información la entidad en la fase previa a la celebración del contrato tiene que asegurarse de los conocimientos, experiencia financiera y objetivos perseguidos por el cliente mediante una evaluación de conveniencia o idoneidad.

En concreto en su apartado sexto, se establece que cuando se presta un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, la entidad obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y la experiencia del cliente en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto

de que se trate, sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquel; con la finalidad, de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan.

En los apartados siguientes del artículo 79 bis, se establecen unas condiciones para la obtención de información que debe responder a los objetivos de inversión del cliente.

El carácter complejo de las obligaciones subordinadas, especialmente en el caso presente en el que pese a lo mantenido por la parte demandada, se comercializan a inversores sin conocimientos precisos, supone, que la entidad bancaria debe ser extremadamente diligente en la obtención de la información sobre los datos esenciales del cliente para conocer, que el producto financiero puede ser ofrecido, y también, debe facilitarse la información precisa para que el cliente sea plenamente consciente del objeto del contrato y de las consecuencias del mismo.

CUARTO.- En una aproximación inicial al supuesto enjuiciado, y sin perjuicio de otras consideraciones que más adelante será necesario realizar, debemos resaltar que no ha existido información suficiente por parte del Banco Popular, en orden a la comercialización de un producto financiero complejo y de elevado riesgo, en la medida en que la entidad financiera no ha explicado en ningún momento las consecuencias, el objeto y los riesgos exactos de la contratación del producto.

La demandada mantiene que se cumplió con la obligación de información de los diversos riesgos inherentes a la suscripción de las obligaciones subordinadas, entregando al actor resumen folleto informativo, la documentación concreta sobre obligaciones subordinadas, tríptico informativo, además de haber manifestado el cliente en la orden de valores haber recibido toda la información necesaria acerca del producto contratado. Mantiene también, que el actor ha sido informado por personal del Banco, de manera verbal, de las características y riesgos del producto contratado.

Pues bien, y comenzando por este último aspecto, parece que la persona que comercializó el producto, D. José Luis Sobrino, no recuerda, ni tan siquiera, si fue él el que participó o no en la

comercialización, aunque reconoce que es suya la firma que aparece en la orden de compra.

Lo que sí recuerda es que la documentación en la que se contiene la información se imprimía delante de los clientes en el momento de contratar el producto, por lo que no la tenía con la antelación suficiente para poder examinarla en casa, este hecho contraviene el deber de información que debe proporcionarse por las entidades financieras en la fase previa a la celebración del contrato para que el cliente al contratar un producto lo haga con conocimiento de las características y riesgos del mismo.

Respecto de la orden de valores, suscrita por el actor y su esposa el 26 de septiembre de 2011, en la misma nada se recoge acerca del producto obligaciones subordinadas y, únicamente, en observaciones se hace constar “los ordenantes reconocen haber recibido una copia del tríptico informativo de la emisión de Obligaciones Subordinadas Banco Popular Español ET 2011.2 una vez firmada por los mismos, aceptando los términos y condiciones de emisión. Igualmente se dan por informados de que existe a su disposición el texto completo del folleto informativo de dicha emisión ...”

Aporta, también, el Banco un documento también de fecha 26 de septiembre de 2011, donde se hace constar que, con anterioridad a la contratación, le ha sido entregado al cliente un ejemplar completo de la información relativa a la naturaleza de las obligaciones subordinadas y sus riesgos inherentes, y que dicha información le resulta al cliente comprensible y es suficiente para permitirle adoptar una decisión consciente y fundada.

Estas declaraciones, introducidas por el banco de una manera unilateral, pretender eximir al banco de sus responsabilidades y del deber de proporcionar al cliente una información veraz y transparente, y no constituyen prueba que acredite que dicha información realmente ha sido proporcionada.

Respecto de la información de obligaciones subordinadas y tríptico informativo firmado por D. Tomás en su última página, hemos de realizar las siguientes precisiones:

La información que aparece en los referidos documentos, por el lenguaje y la cantidad de tecnicismos que en los mismos aparecen, carece de la transparencia, claridad y sencillez que viene siendo exigida a la hora de contratar este tipo de productos complejos. De tal manera que dicha información no es de fácil comprensión para un ciudadano medio. Es más, su comprensión es dificultosa para una persona como el demandante, que carece de conocimientos bancarios y que por su edad y nivel de estudios no está familiarizado con los términos que se recogen en la información que se le proporciona.

La Comisión Nacional del Mercado de Valores recomienda para este tipo de productos complejos que se refuerce esta obligación de información, de tal manera que la documentación se redacte de forma sencilla, clara, breve y en un lenguaje llano, que resulte comprensible para el tipo de inversor al que se dirige, requisitos que no concurren ni en el tríptico informativo, ni en la información sobre obligaciones subordinadas.

Por otro lado, Banco Popular omitió realizar test de conveniencia y de idoneidad al cliente, contraviniendo así lo establecido en la normativa Mifid y en la Ley de Mercado de Valores, ya que hay que efectuar un test de conveniencia al cliente para determinar si la contratación del producto se adecúa a su perfil inversor y test de idoneidad si existe asesoramiento por parte del Banco, asesoramiento que siempre en este tipo de supuestos se suele producir, ya que es el banco el que ofrece al cliente un producto que éste desconoce; lo que, aunque se niegue, constituye una auténtica labor de asesoramiento.

Pues bien, se aporta por el demandante un documento del Banco Popular en el que se recoge haber informado al cliente que como consecuencia de la falta de cumplimentación del test por el mismo, no es posible evaluar la conveniencia del producto servicio, y que se informa al cliente de esta circunstancia, así como de la naturaleza y riesgos asociados al producto y “el cliente, no obstante, manifiesta que ha decidido, actuando por cuenta propia con base en sus propias estimaciones, contratar el producto Obligaciones Subordinadas Banco Popular ...” Documento que, también, firma el actor el 26 de septiembre de 2011.

Dicho documento no exime a la demandada de la responsabilidad en que incurre, al vender un producto a un cliente sin llevar a cabo el test de conveniencia y el test de idoneidad, ya que el Banco debió abstenerse de contratar con el demandante el producto obligaciones subordinadas, sin efectuar los referidos test.

En conclusión, la prueba practicada acredita que ha existido una falta de información por parte de la demandada acerca de los riesgos, naturaleza y características del producto demandado, celebrando con éste la contratación de obligaciones subordinadas sin efectuar ningún test para acreditar su perfil inversor y la conveniencia o no de llevar a cabo dicha contratación.

QUINTO.- Para la existencia del contrato han de concurrir los requisitos previstos; en el artículo 1.261 del Código Civil: consentimiento, objeto y causa.

El consentimiento será nulo si es prestado por error, violencia, intimidación o dolo (art. 1.265 del Código Civil). Para que el error invalide el consentimiento deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuera objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieran dado motivo a celebrarlo (art. 1.266 del Código Civil).

La jurisprudencia que interpreta este precepto, mantiene que el error en el consentimiento debe ser esencial y excusable, (o no imputable a quien lo padezca), además de constarse un nexo de causalidad entre el error y la finalidad que se pretendió con el negocio jurídico.

El error es esencial cuando recae sobre la sustancia del contrato o sobre las condiciones fundamentales del mismo, esto es, cuando afecta directamente al supuesto de hecho tenido en cuenta por las partes y que resulta decisivo para la celebración del negocio. Y es inexcusable cuando pudo ser evitable utilizando una diligencia media o regular, debiendo apreciarse esa diligencia de acuerdo con los postulados de la buena fe, valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso concreto, incluyendo las personales de quien padece el error, así como las circunstancias del otro contratante dado que la función básica del requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha

padecido el error cuando no merece esa protección por una conducta negligente.

En el presente supuesto, debido a esa falta de información concurre vicio de consentimiento por error, que conlleva la nulidad del contrato, puesto que al demandante no se le advirtió de la verdadera naturaleza del producto contratado, inadecuado además para el perfil del inversor.

Dicho error, es esencial ya que recae sobre elementos fundamentales del producto contratado, puesto que de haber conocido D. Tomás y su esposa, los riesgos que el contrato concertado conllevaba hubiera adoptado una posición distinta respecto a la contratación.

Dicho error no es imputable a la actora, sino a la entidad bancaria dado que incumplió con su obligación de información, asesoramiento y evaluación del cliente, provocando en el mismo un error sobre las características del producto contratado, haciéndole emitir un consentimiento viciado que provoca la anulación del contrato.

SEXTO.- La estimación de la demanda hace preceptiva la imposición de costas a la parte demandada, ya que no se aprecia en el presente supuesto dudas de hecho ni de derecho, que pudieran justificar la no imposición de las misma (Artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

F A L L O

ESTIMANDO LA DEMANDA formulada por la procuradora Sra. Domínguez Cidoncha en nombre y representación de D. [REDACTED] GONZÁLEZ contra BANCO SANTANDER S.A., declaro la nulidad del contrato de adquisición de 18 títulos del producto denominado “OBLIGACIONES SUBORDINADAS BANCO POPULAR VT 10-21”, por importe de 18.000 euros, concertado el

26 de septiembre de 2011 entre D^a [REDACTED] y D. [REDACTED] González y la entidad Banco Popular Español S.A., condenándose a la demanda a estar y pasar por la anterior declaración y a restituir a la parte actora la cantidad de dieciocho mil euros (18.000 €), más intereses legales de dicha cantidad devengados desde la fecha de contratación del producto hasta su total satisfacción, deduciéndose de dicho importe las cantidades que hayan percibido los demandantes por intereses, dividendos y otros conceptos. Asimismo, se deberán ejecutar cuantos actos sean necesarios a fin de dar cumplimiento a los anteriores pronunciamientos, así como a correr la demandada con los gastos que comporten los mismos.

Con expresa imposición de costas a la parte demandada.

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

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

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

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



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

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

EL/LA MAGISTRADO/JUEZ