

**JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.3  
SEGOVIA**

SENTENCIA: 00113/2014

**SENTENCIA**

En Segovia, a 9 de octubre de 2014.

Vistos por la Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. SONIA LÓPEZ ROJO, juez del Juzgado de Primera Instancia n<sup>o</sup> 3 de Segovia, los autos de Juicio ordinario 327/2.013, siendo parte demandante D<sup>a</sup>. \_\_\_\_\_ representada por el procurador Sra. De Frutos García, y asistida por el letrado Sr. Sebastián Molina, siendo parte demandada la mercantil BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA representada por el procurador Sra. Pérez Muñoz, y asistida por el letrado Sr. Junquera Landeta.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el procurador de la parte demandante se presentó escrito de demanda en el que tras alegar los hechos así como los fundamentos de derecho que esta parte considera de aplicación, termina solicitando se dicte resolución estimando los pedimentos que, por razones de brevedad, se exponen en la demanda interpuesta.

La parte demandada hizo lo propio en base a los argumentos obrantes en su escrito de contestación a la demanda.

**SEGUNDO.-** Admitidas a trámite la demanda se emplazó a ambas partes al acto del juicio el cual tuvo lugar en fecha 14 de mayo del año en curso, en el que se realizaron las alegaciones

que cada parte entendió oportunas con arreglo a su derecho. Una vez practicada la prueba admitida en su día en el acto de la audiencia previa celebrada el día 10 de marzo de 2014, quedaron las actuaciones pendientes del dictado de resolución.

**TERCERO.-** En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Ejercita la parte actora una acción de nulidad de contrato por concurrir en dicha parte un vicio en el consentimiento por error en el objeto al amparo de lo dispuesto en los artículos 1.261 y siguientes del Código Civil, en materia de obligaciones y contratos, invocando además dicha parte una extensa normativa aplicable al caso , cual es ; entre otras: la ley 26/1998, de 29 de julio, sobre Disciplina y Intervención de las Entidades de Crédito.., la ley 24/1998 de 28 de julio del Mercado de Valores, y la Ley para la Defensa de los Consumidores e usuarios.

Pretende dicha parte que se declare la nulidad o anulabilidad, por concurrir un vicio del consentimiento, del contrato de Suscripción de Obligaciones Subordinadas celebrado entre las partes en fecha 11/05/2009, y que consecuentemente se condena a la demandada estar y pasar por tal declaración en los términos, y con los pedimentos recogidos en el suplico de la demanda, que han de darse por reproducidos.

La parte demandada se opone a tales pretensiones en base a los siguientes argumentos; el hecho de que la parte actora estaba suficientemente informada y asesorada sobre el producto que contrataba, que se cumplieron los deberes pertinentes de información que competían al banco, y la asunción voluntaria y consciente por parte de la actora de un riesgo inherente a la contratación de un producto cuyas nefastas consecuencias era difíciles de prever.

Por lo que respecta normativa legal y doctrina jurisprudencial reguladora del presente supuesto relativo a la adquisición de participaciones preferentes ha tenido posibilidad de pronunciarse la jurisprudencia, entre otras, la Sentencia emanada de la AP de Pontevedra, 1155/2012, de la sección 6ª, de 25 de abril de 2012, que señala ; " ....En relación al error de consentimiento señala el CC:

- Artículo 1261. "No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:

1. Consentimiento de los contratantes.
2. Objeto cierto que sea materia del contrato.
3. Causa de la obligación que se establezca".

- Artículo 1265. "Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo"

- Artículo 1266. "Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo. El error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiere sido la causa principal del mismo.

El simple error de cuenta sólo dará lugar a su corrección".

Por otro lado el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias, indica:

- Artículo 3. Concepto general de consumidor y de usuario.

"A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional".

- Artículo 8. Derechos básicos de los consumidores y usuarios. "Son derechos básicos de los consumidores y usuarios (...) b. La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular frente a las prácticas comerciales desleales y la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos.

c. La indemnización de los daños y la reparación de los perjuicios sufridos.

d. La información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute (...)"

- Artículo 60. Información previa al contrato. "1. Antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo (...)"

- Artículo 80. Requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente. "1. En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, incluidos los que promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos:

a. Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.

b. Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. (...)"

Por su parte, la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores señala en su artículo 78: "Sujetos obligados.

1. Quienes presten servicios de inversión deberán respetar:
  - a. Las normas de conducta contenidas en el presente Capítulo.
  - b. Los códigos de conducta que, en desarrollo de las normas a que se refiere la letra a anterior, apruebe el Gobierno o, con habilitación expresa de éste, el Ministro de Economía y Hacienda, a propuesta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.
  - c. Las contenidas en sus propios reglamentos internos de conducta (...)"

- Artículo 79. Obligación de diligencia y transparencia.

"Las entidades que presten servicios de inversión deberán comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios, y, en particular, observando las normas establecidas en este capítulo y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo (...)"

- Artículo 79 bis. Obligaciones de información. "1. Las entidades que presten servicios de inversión deberán mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes.

2. Toda información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario, deberá ser imparcial, clara y no engañosa. Las comunicaciones publicitarias deberán ser identificables con claridad como tales.

3. A los clientes, incluidos los clientes potenciales, se les proporcionará, de manera comprensible, información adecuada sobre la entidad y los servicios que presta; sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión; sobre los centros de ejecución de órdenes y sobre los gastos y costes asociados de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa. A tales efectos se considerará cliente potencial a aquella persona que haya tenido un contacto directo con la entidad para la prestación de un servicio de inversión, a iniciativa de cualquiera de las partes.

La información a la que se refiere el párrafo anterior podrá facilitarse en un formato normalizado.

La información referente a los instrumentos financieros y a las estrategias de inversión deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales Instrumentos o estrategias.

4. El cliente deberá recibir de la entidad informes adecuados sobre el servicio prestado. Cuando proceda dichos informes incluirán los costes de las operaciones y servicios realizados por cuenta del cliente.

5. Las entidades que presten servicios de inversión deberán asegurarse en todo momento de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes, con arreglo a lo que establecen los apartados siguientes.

6. Cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, la entidad obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, 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.

Quando la entidad no obtenga esta información, no recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o Posible cliente. En el caso de clientes profesionales la entidad no tendrá que obtener información sobre los Conocimientos y experiencia del cliente (...)"

En éste mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, sección 1ª, de diez de Julio de dos mil catorce; cuando dice; "... No cabe sino partir de la importante sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, PLENO, de fecha, 20-1-2014, nº 840/2013, rec. 879/2012, cuya" ratio decidendi " no es otra que, según sus propias palabras, "determinar el alcance de los deberes de información y asesoramiento de la entidad financiera en la contratación con inversores minoristas de productos financieros complejos", como sin duda lo son, según luego se dirá, las llamadas preferentes objeto del presente juicio. Dicha sentencia, decimos, declaró que "cuatro son los puntos sobre los que se pide la fijación de doctrina: i) la delimitación material del servicio de inversión consistente en "asesoramiento financiero" por las entidades financieras a sus clientes frente a los supuestos de mera información sobre instrumentos financieros; ii) la delimitación de los supuestos de realización del test de idoneidad y del test de conveniencia; iii) la ausencia de formalidades específicas para la realización y constancia del test de conveniencia; y iv) la eficacia liberatoria para el banco de la comunicación realizada al cliente del resultado o conclusión desfavorable sobre la adecuación o conveniencia del instrumento financiero al perfil del cliente.

Ordinariamente existe una desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional. La complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros. Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, esta necesidad de protección se acentúa porque las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto.

.....Esta " información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos enumerados a continuación, en la medida en que resulten apropiados a la naturaleza del cliente, a la naturaleza y alcance del servicio a prestar y al tipo de producto o transacción previsto, incluyendo la complejidad y los riesgos inherentes:

- a) Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que está familiarizado el cliente.
- b) La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el periodo durante el que se hayan realizado.

c) El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes " ( art. 74 RD 217/2008, de 15 de febrero ). Contrariamente a lo que entiende el recurrente, estas exigencias propias del test de conveniencia son menores que cuando debe valorarse la idoneidad del producto conforme al art. 79bis. 6 LMV (Art. 19.4 Directiva 2004/39/CE). El test de idoneidad opera en caso de que se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras mediante la realización de una recomendación personalizada. La entidad financiera que preste estos servicios debe realizar un examen completo del cliente, mediante el denominado test de idoneidad, que suma el test de conveniencia (conocimientos y experiencia) a un informe sobre la situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y los objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del cliente, para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan. Para ello, especifica el art. 72 RD 217/2008, de 15 de febrero, las entidades financieras " deberán obtener de sus clientes (...) la información necesaria para que puedan comprender los datos esenciales de sus clientes y para que puedan disponer de una base razonable para pensar, teniendo en cuenta debidamente la naturaleza y el alcance del servicio prestado, que la transacción específica que debe recomendarse (...) cumple las siguientes condiciones:

a) Responde a los objetivos de inversión del cliente. En este sentido, se incluirá, cuando proceda, información sobre el horizonte temporal deseado para la inversión, sus preferencias en relación a la asunción de riesgos, su perfil de riesgos, y las finalidades de la inversión.

b) Es de tal naturaleza que el cliente puede, desde el punto de vista financiero, asumir cualquier riesgo e inversión que sea coherente con sus objetivos de inversión (...).

c) Es de tal naturaleza que el cliente cuenta con la experiencia y los conocimientos necesarios para comprender los riesgos que implica la transacción (...).

9. Como afirma la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011 ), "la cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente" (apartado 53). Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el art. 52..... La omisión del test que debía recoger esta valoración ,si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo".

CUARTO.- Pues bien, en el presente caso las operaciones concretamente contratadas entre la actora y la entidad demandada sometidas a juicio fueron las siguientes:

-con fecha de 9 de Diciembre de 2010 la parte actora suscribió un contrato de imposición a plazo fijo de 75000 #.

- con la misma fecha de 9 de Diciembre de 2010, dicha parte actora suscribió un contrato de compra de participaciones preferentes de la propia entidad financiera, por un importe de 25.000 ;

- e igualmente con la misma fecha de 9 de Diciembre de 2010 dicha parte actora suscribió con la ahora demandada un contrato de Custodia y administración de valores. Siendo así que la operación cuya nulidad se pretende, la suscripción de preferentes, aparece vinculada a la operación realizada el mismo día de imposición a plazo fijo por la suma de 75.000 #, de suerte que el interés nominal que se aplica a esta última de 4,426% apareció supeditado a la contratación de participaciones referentes, por lo que si no se producía la compra de las mismas por los titulares vendían otras serían los mencionados títulos antes del vencimiento de la imposición, el banco estaba facultado para modificar el tipo el interés nominal y situarlo en el 1%. Consta igualmente en autos que la parte actora, doña Raquel , era un inversor minorista, que ciertamente ostenta la condición de consumidor y usuario, ni siquiera discutida en autos, la cual había establecido con el personal de la entidad bancaria una sólida relación de confianza, habiendo suscrito con la misma , como hemos visto, un contrato de custodia y administración de valores. En autos, pese a todo ello, no constan, ni aparece como realizado ningún test de idoneidad del producto, ni de conveniencia, pues pese a que la entidad bancaria sostiene que tales tres dieron resultado positivo, lo cierto es que ha sido requerida para que aporte a los autos los mismos, no habiéndolos aportado, por lo que habrá que concluir que no hay pruebas de su realización. Pues, como dice la sentencia de la sección 5ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 19 de marzo de 2012, con cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2005, "ante versiones contradictorias la carga de la prueba recae sobre quien se ampara en la realidad de dicha información: el banco". Como es sabido, la participación preferente ("preference share" en terminología anglosajona) es aquel valor o acción emitido por una sociedad - banco, caja de ahorros o empresa financiera- que no confiere ninguna cuota en su capital ni tampoco derecho de voto en la junta de accionistas. Son perpetuas, no tienen vencimiento y su rentabilidad no está garantizada, ya que está vinculada a la obtención de beneficios. Se denominan, paradójicamente, acciones preferentes por que tienen, como la deuda subordinada, la última prioridad frente a otras acciones en el pago de dividendos o al llegar la liquidación, si bien las preferentes son las últimas. Sus condiciones son negociadas directamente entre la entidad emisora -banco- y el inversor o accionista. Son un activo de alto riesgo financiero que puede dar alto interés bancario o grandes pérdidas.....".

**SEGUNDO.-** De la valoración de la prueba, y aplicando la normativa y doctrina jurisprudencial referida al supuesto que nos ocupa, se extraen las siguientes conclusiones;

- 1.- Que, en modo alguno, ha de entenderse caducada la acción ejercitada por los demandantes.
- 2.- Que la demandante, con una discapacidad física declarada de un 34%, carece de profundos conocimientos en materia financiera. Es por ello, por lo ésta ha de tener la consideración de consumidora a los efectos manifestados en el

fundamento de derecho anterior de esta resolución, y como tal acudió a su oficina bancaria para, ante las más que probables insistencias de la persona que le comercializó el producto, persona a la que es imposible localizar para que deponga en éste juicio como testigo, accedió a su contratación invirtiendo el dinero que tenía ahorrado.

No se acredita en el presente supuesto, correspondiendo la prueba de tal extremo a la demandada, que la actora hubiera contratado productos financieros de gran complejidad, lejos de los productos básicos y simples que ofrecen las entidades financieras, por lo que se considera probado el extremo debiendo regir lo dispuesto en el art. 217.7 de la LEC. "Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio".

Cierto es, que efectivamente se realizó el test de conveniencia, que no de idoneidad, tal y como manifiesta el director de la entidad demandada, si bien, el mismo no es suficiente ni determinante para conocer el perfil o conocimientos financieros de la persona que accede al producto. En este mismo sentido, no ha presentado la demandada prueba alguna que contradiga esta afirmación, lo cual se considera, tal y como ya se ha dicho, que es una prueba de la que la entidad crediticia tiene facilísimo acceso, al bastar para ello la consulta de sus propios archivos y registros, sin que haya presentado ningún elemento probatorio que demuestre la supuesta experiencia financiera de los actores, y su anterior contratación de productos de dichas características. No resulta suficiente para acreditar lo anterior un mero test basado en preguntas estereotipadas que no viene contrastado de ninguna manera por prueba documental ni siquiera testifical, ya que en el acto del juicio solo comparece el director de la sucursal bancaria aportando datos genéricos sobre la operación, pero sin afirmar en ningún momento que se tratase de una cliente que solieran acometer operaciones de riesgo. En el mismo sentido, tampoco se prueba si la demandante había contratado alguna vez un producto de riesgo medio. Ha de ser valorado el dato que ofrece el director de la sucursal bancaria que depone como testigo, a preguntas del letrado de la demandante, cuando afirma que el test de conveniencia no lo valora una persona o profesional concreto sino el propio sistema.

Por otro lado, no debemos olvidar que las participaciones preferentes están calificadas por la Comisión Nacional de Mercado de Valores como valores emitidos por una sociedad que no confieren participación en su capital ni derecho a voto, con vocación de perpetuidad y cuya rentabilidad no está garantizada. También se califica como un instrumento complejo y



de riesgo elevado que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido, por lo que no se entiende que se le ofreciera a un cliente que nunca había efectuado operaciones de riesgo ni siquiera medio, como evidentemente le constaba a la entidad contratante.

Se considera que en la suscripción del contrato por parte de la actora concurrió un error invalidante del consentimiento en el sentido que establece el CC ya que, de la documental aportada con la demanda, y sin que medie una fase previa informativa o precontractual, se desprende que en un solo acto, día, y unidad de contracción, se sometió a la actora a un sencillo test de conveniencia, para acto seguido firmar el contrato, que por otro lado, deviene impreciso, genérico, a la vez que complicado si no se tienen conocimientos mínimos en materia financiera. Y así, lo que contrataba la demandante no era simplemente un depósito, no fue debidamente informada con los requisitos que exige la legislación de defensa de los consumidores y los artículos ya citados de la Ley reguladora del Mercado de Valores, sobre las características complejas y de alto riesgo del producto adquirido.

Es por todo lo dicho por lo que se considera, en línea con la jurisprudencia reseñada, que corresponde a la entidad financiera la carga de la prueba de la correcta información suministrada al cliente al tiempo de suscribir el contrato, y no ha presentado prueba alguna que demuestre que esta información se prestó y que fue veraz. De la prueba practicada resulta que el cliente no fue informado de una forma directa y comprensible de las verdaderas características del producto contratado, que era de alto riesgo, y se ofertó a un cliente calificado como conservador, que nunca había realizado operaciones de esa naturaleza y que carece por completo de conocimientos mínimos en materia financiera, sin que el test de conveniencia practicado, pese a estar firmado por el cliente, contradiga esta afirmación al no ser revelador en tal sentido.

Es por lo dicho por lo que existe nulidad del contrato de adquisición de participaciones preferentes suscrito por la parte demandante, por inadecuada, falsa e insuficiente información por parte de la entidad financiera que provocó error en el contratante invalidante del consentimiento, elemento esencial del contrato que produce su nulidad, por lo que se estima íntegramente la demanda interpuesta y se declara nulo el contrato celebrado entre las partes con las consecuencias a ello inherentes que se especifican en la parte dispositiva de la presente resolución, además en virtud de lo establecido en el art. 1303 del CC que señala:

“Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los



- Se condena en costas a la parte demandada.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma procede interponer recurso de apelación en función de lo establecido en los arts.455 y ss de la LEC.

Así por esta mi Sentencia la pronuncio, mando y firmo, D<sup>a</sup> SONIA LÓPEZ ROJO, Magistrado titular del Juzgado de 3 de Segovia. Doy Fe.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia, en el día de su fecha, estando celebrando audiencia pública por la magistrada que la dictó.