



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

SENTENCIA: 00062/2015

J.ORDINARIO Nº 473/2014

MARTA B. PEREZ GARCIA
Procurador
C/ José Zorrilla nº 47 – 2º B
40002 **SEGOVIA.-**
Telf./Fax: 921 44 28 72
MOVIL: 629 35 56 78
NOTIFICADO 28-05-2015

SENTENCIA

En Segovia, a 26 de mayo de 2015.

Vistos por la Ilma. Sra. D^a. SONIA LÓPEZ ROJO, juez del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Segovia, los autos de Juicio ordinario 473/2.014, siendo partes demandantes D. **D.***** Y Da. ******* representados por el procurador Sra. Pérez García, y asistidos por el letrado Sr. Sebastián Molina, siendo parte demandada la mercantil BANKIA ,S.A, representada por el procurador Sr. De la Santa Márquez, y asistida por el letrado Sra. Cosmea Rodríguez.

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.- Admitida a trámite la demanda se emplazó a ambas partes al acto del juicio el cual tuvo lugar en la fecha del dictado de la presente resolución, 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 en su día, 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 27/07/2005, 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 los actores de un riesgo inherente a la contratación de un producto cuyas nefastas consecuencias era difíciles de prever.

Es necesario tener en cuenta la 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.

Cuando 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 preferentes, 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.....".

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, por así haberlo reconocido el Tribunal Supremo, ha de entenderse caducada la acción ejercitada por los demandantes al no haberse consumado aun el contrato, aunque sí perfeccionado, siendo éste el criterio sostenido por este juzgado en supuestos similares al que nos ocupa.

2.- Que los demandantes carecen de profundos conocimientos en materia financiera. Es por ello, por lo que dicha parte ha de tener la consideración de consumidor a los efectos manifestados en el fundamento de derecho anterior de esta resolución, y como tales acudieron a su oficina bancaria para, ante la casi segura insistencia de la persona que les comercializó el producto, la cual depone en éste juicio como testigo, y basándose en la confianza que en dicha persona depositaban seguramente la parte actora, se 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 parte 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”.

No consta que se realizara el test de conveniencia, que no de idoneidad, que sería el pertinente, si bien, aquel no sería aun así suficiente, ni determinante para conocer el perfil o conocimientos financieros de las personas que acceden 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 debemos olvidar que las obligaciones subordinadas 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.

Se considera que en la suscripción del contrato por parte de la actora concurrió error invalidante del consentimiento en el sentido que establece el Código Civil ya que, sin que mediara una fase previa informativa o precontractual, se firmó el contrato el cual adolece de imprecisión, generidad, 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, y consecuentemente no fue debidamente informado con arreglo a 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, el cual no consta como realizado, para el supuesto de haberse realizado contradiga esta afirmación al no ser revelador en tal sentido.

Es por lo dicho por lo que existe nulidad del contrato de adquisición de obligaciones subordinadas 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 intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes", también procede el abono de los intereses legales procedentes desde la fecha de la primera reclamación al banco, ya que los intereses legales se entienden devengados, tal y como señala el art. 1108 del CC "Si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños Y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal" .

SEGUNDO.- Se imponen las costas del presente proceso a la parte demandada por haber sido íntegra la estimación de pretensiones de la demanda, según lo establecido en el art. 394 de la LEC.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y Pertinente aplicación;

FALLO

ESTIMO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por D. ***** Y Da. ***** representados por el procurador Sra. Pérez García, contra la mercantil BANKIA, S.A, representada por el procurador Sr. De la Santa Márquez, y en consecuencia declaro:

- la NULIDAD del contrato de compraventa de obligaciones subordinadas suscrito entre las partes, por concurrir un vicio del consentimiento, así como las ordenes de recompra/canje en plazos fijos.
- Que la parte demandada debe restituir a la demandante la cantidad de 19.000,00 euros, más los intereses legales devengados desde que se produjo en la cuenta de los demandantes el cargo por la adquisición del producto, todo ello con aplicación de lo dispuesto en el artículo 576 LEC, debiendo restarse a las anteriores cantidades por compensación las cantidades abonadas de contrario en concepto de intereses por respecto de obligaciones subordinadas; y quedando tras el pago a favor de la demandada los derechos sobre las obligaciones subordinadas objeto de autos o el producto o importe que le hubiera sustituido que son las acciones objeto el canje obligatorio.



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^a 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.