

Diez de junio de dos mil trece.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que por el Procurador de la parte actora, en la representación que acreditó de la misma, se presentó escrito de demanda que por turno de reparto correspondió a este Juzgado, aduciendo los hechos que constan en autos, y tras alegar los fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, terminó suplicando al Juzgado se dictase sentencia de acuerdo con sus peticiones.

SEGUNDO.- Que admitida a trámite la demanda, se acordó el emplazamiento de la parte demandada, compareciendo y contestando a la demanda, señalándose fecha para la celebración de la audiencia previa, acordándose mediante auto de fecha 7 de febrero de 2013 la intervención voluntaria de la entidad Bancaja Eurocapital Finance SA como demandado con la prevención de que no podría en su caso condenársele al no formularse demanda contra la misma, y el posterior juicio con el resultado que obra en autos.

TERCERO.- En la tramitación de estos autos se ha observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente procedimiento se formula por xxxxxx, demanda de Juicio Ordinario contra BANKIA SA solicitando que se dicte en su día sentencia declarando con carácter principal que la demandada ha incurrido en conducta negligente y mala praxis bancaria al haber dispuesto de fondos de la cuenta de la actor sin el consentimiento de este y en consecuencia se condene a la entidad demandada a reintegrar al actor la cantidad de 25.800,30€ mas intereses legales calculados desde la fecha de la disposición de fondos de la cuenta del actor; con carácter alternativo y subsidiario se declare la nulidad de la compraventa del producto denominado PPF. BEF S/A por inexistencia de consentimiento del actor, o de existir este por no comprender el negocio que suscribió, con los efectos restitutorios legalmente establecidos en el art 1303 del Cc, así como el abono de los intereses desde la fecha de la compraventa del producto litigioso; subsidiariamente se declare el incumplimiento por parte de la demandada de la obligación de información, diligencia y transparencia y gestión o administración leal impuestas legalmente y en consecuencia se condene a la demandada al resarcimiento al actor, en concepto de daños y perjuicios, de la cantidad de 25.800,30€ mas intereses legales

calculados de conformidad con el art. 576 de la ley, y en cualquier caso al pago de las costas.

Y ello porque siendo de profesión electricista, teniendo estudios de FP de primer grado, trabajando por cuenta ajena hasta octubre de 2011 en que cuso baja por motivos económicos, estando desde entonces en el paro , siendo cliente de la demandada desde 1978 y en concreto de la urbana de Mislata desde 1982 y habiendo cobrado el 1 de marzo de 2008 un finiquito de 6000€ del Fogasa, recibió a los pocos días una llamada telefónica de la directora de dicha oficina ofreciéndole un producto que le dijo que le interesaba “que era como un plazo fijo, que te dan un poco mas y lo puedes sacar en 24-48 horas máximo”, teniendo un plan de ahorro cavalsegur del que la directora saco dinero (rescate parcial) para completar la operación propuesta, en que la entidad invirtió en participaciones preferentes sin su consentimiento, que la información que recibió al personarse en la oficina fue ese mismo mensaje sucinto, sin informarle de riesgos , no se le hizo test de idoneidad, sintiéndose alagado por el trato preferente recibido por la llamada personalizada de la directora, no dando nunca la orden de suscribir participaciones preferentes; que por tanto la demandada el 12 de marzo de 2008 sin orden suya, dispuso de fondos de su cuenta comprando 25.800,30€ de PPF. BEF S/A, producto complejo emitido por una sociedad domiciliada en las Islas Caiman, que el 6 de marzo de 2012 (dos años más tarde) le llamaron de la entidad bancaria para ofrecerle un Canje, acudiendo a la oficina, descubriendo el producto que tenía, presionándole para aceptarlo; que ha requerido verbalmente y por escrito a la demandada para que le facilite la orden de compra sin resultado, aportando como documento 7 de la demanda informe pericial del Sr. A. quien concluye que el producto es complejo, híbrido, perpetuo, de riesgo elevado en tipos de interés, liquidez y de impago de cupones, siendo hoy un bono basura, que al tratarse de una oferta individualizada existió asesoramiento y era exigible un test de conveniencia, que ni el extracto del liquidación de la orden de compra, ni los extractos de liquidación de intereses permiten la adecuada identificación del emisor, ni del tipo de producto, que se trata de participaciones preferentes emitidas por Bancaja Eurocapital Finance en fecha 1999 domiciliada en Islas Caiman, de 600€ de valor nominal unitario, con ISIN KYG0727Q1073, cupón variable calculado anualmente como el euribor a doce meses más 0,20% con un mínimo anual de 4,43% hasta el 4 de marzo de 2004 , pagadero trimestralmente, que incorporan una opción de amortización anticipada a favor del emisor, ejecutable en cualquier momento partir de marzo de 2004 (en cualquier momento, atendida la fecha de la compra) que provoca una asimetría, viéndose perjudicado el cliente por acontecimientos adversos pero no por los favorables, producto que no era adecuado para superfil ya que no tenía conocimientos técnicos suficientes, ni una capacidad elevada de asumir riesgos, que además en la fecha de la oferta la demandada conocía de su pésima situación financiera que devino poco tiempo después en su intervención, que existe una querrela contra los dirigentes de la entidad , habiendo reconocido el ministro de economía en prensa en julio de 2012 que no se debería haber vendido preferentes a ahorradores. En definitiva que no firmo orden de compra alguna, no se le dio información relevante, por lo que su consentimiento resultaría inexistente o

viciado por error, incumpliendo la demandada las obligaciones de información, diligencia, transparencia, y gestión y administración leal impuestas legalmente.

SEGUNDO.- Pretensión respecto a la cual la entidad bancaria demandada se opone manifestando que no ha podido localizar el ejemplar firmado por la parte demandante del contrato de depósito y administración de valores de fecha 11 de marzo de 2008 ni de la orden de compra de fecha 12 de marzo de 2008, que de contrario no se niega con carácter absoluto que se contratara, se reconoce la oferta y la información sucinta, aportando extractos de su cuenta donde consta el cargo del montante de la operación que no pudo pasar inadvertida, aceptando la adquisición, teniendo constancia también del rescate parcial del plan de ahorro, habiendo percibido trimestralmente los rendimientos correspondientes a las participaciones donde se indicaban las características de las mismas (extractos de su cuenta, extractos de la cuenta valores, información de rendimientos percibidos e información fiscal desde 2008) y que el actor pudo vender y no lo hizo; que las participaciones objeto de litigio no son un producto financiero complejo, ni de alto riesgo, ni especulativo, tratándose de un producto legal desde 2003, de fácil comprensión y de renta fija que cotiza en el mercado secundario, que en el momento de su suscripción gozaba de la seguridad, rentabilidad y liquidez perseguida por el cliente, que lo suscribió el demandante debido a su superior rentabilidad, sin imposición del banco, no beneficiándose Bancaja (hoy Bankia) por la compra, sabiendo el cliente que no era un depósito a plazo fijo, que la facultad de amortización anticipada no es abusiva ni genera desequilibrio, que era fácil identificar el producto porque Bancaja como entidad garante solo ha realizado en toda su historia tres emisiones anteriores a la contratación del actor, que PPF son las iniciales que se utilizan en el mercado secundario para identificar a las participaciones preferentes y las siglas S/A corresponden a la expresión SERIE A, que el folleto de emisión constaba publicado en la web de la CNMV.

Se opone asimismo la excepción de caducidad de la acción de nulidad al haber transcurrido cuatro años desde la compra de las participaciones hasta la interposición de la demanda, entendiendo que han sido subsanados los supuestos vicios del consentimiento por actos confirmatorios del contrato sin que quepa alegar desconocimiento de la contratación; que el demandante contrato con anterioridad depósitos a plazo, fondos de inversión y planes de ahorro (uno con posterioridad al rescate del producto cavalsegur) y en enero y febrero de 2012 ordeno la suscripción de pagares correspondientes a la emisión de pagares 2011 de BANKIA SA; que no asesoran al cliente, limitándose a cursar sus instrucciones en el ámbito del contrato de depósito y administración de valores, previa información de los productos, que no era necesario realizar test de conveniencia; que corresponde a la actora la carga de probar el error padecido; que no se ha incumplido el contrato de orden de compra, no hay incumplimiento alguno ni nexo causal entre la actuación del banco y el eventual perjuicio, habida cuenta que el actor no ha vendido las participaciones, ni ha acudido al canje por acciones ofrecido consecuencia de las reformas en la regulación bancaria, totalmente ajenas a la voluntad de la demandada, que con ese ofrecimiento trataron de salvaguardar la posición

de sus clientes, que ha sido el cambio normativo, el contexto económico y financiero que ha diferido notablemente desde que se cursaron las órdenes de compra en 2008 lo que ha supuesto que el demandante haya dejado de percibir importantes rendimientos y que pueda obtener liquidez de las participaciones en el mercado secundario; que no hay falta de información, pues el cliente no manifestó no haber entendido lo que le explicaron, y su supuesto error no sería excusable. Así Bankia prestó un servicio de ejecución de órdenes de inversión, de depósito o administración de valores y el cliente fue adecuadamente informado antes, durante y posteriormente a cursar la orden y adquirir las participaciones, pues la documentación aportada y los actos propios de la parte actora así lo acreditan, no pudiendo pretender el demandante atribuir al banco la responsabilidad del cambio del panorama económico. TERCERO.- Para resolver la cuestión planteada debemos atender al perfil del actor, la naturaleza jurídica de la relación que une a los litigantes, y la naturaleza y características del producto objeto de litigio.

El actor y su perfil. De los documentos acompañados a la demanda y a la contestación, en especial los extractos de las cuentas donde constan los cargos y abonos, de la pericial del Sr. A. realizada a instancias de la parte actora (doc 7 demanda), aunque no se haya aportado por la demandada la orden de compra ni el contrato de depósito y administración de valores, y del propio interrogatorio del actor, electricista por cuenta ajena y con estudios de formación profesional (extremos estos últimos no discutidos), resulta que el demandante contrató en fecha 12 de marzo de 2008 PPF. BEF S/A, por importe/valor de 25.800,30€, en el marco de un contrato al menos verbal de depósito y administración de valores (extremos en los que se incidirá) y desde entonces fue cobrando intereses, dinero que procedía de una cancelación parcial de un plan de ahorro asegurado de Cavalsegur y de una indemnización del Fogasa al haberse quedado en paro, contratando en virtud de la llamada telefónica que le realizó la directora de la oficina de Bankia (antes Bancaja) de Mislata, de la que era cliente de muchos años, al hilo de detectar el banco el ingreso de la indemnización de referencia, extremos corroborados además por las fechas de las operaciones, y no discutidos de contrario. También resulta acreditado que con anterioridad a esa fecha tuvo depósitos a plazo, unos fondos de inversión sin mayor precisión y el referido plan de ahorro, después, otro plan de ahorro, y en enero y febrero de 2012 ordenó la suscripción de pagares correspondientes a la emisión de pagares 2011 de BANKIA SA, habiendo obtenido rendimientos y recuperado sus inversiones sin problemas, excepto la que es objeto de litigio. Así su perfil es conservador o de riesgo bajo, como ratifica el perito en el juicio, aun conociendo más datos de inversiones del actor que al realizar el informe pericial.

Naturaleza jurídica de la relación entre los litigantes. Si bien no contamos como hemos señalado con la orden escrita de compra, ni con contrato escrito de depósito y administración de valores, a pesar de que han sido solicitados extrajudicialmente por la actora a la demandada, extremo acreditado documentalmente (docs 3, 4 y 5 demanda), quien manifiesta que no ha podido localizar el ejemplar firmado por la parte demandante del contrato de depósito y administración de valores de fecha 11 de marzo de 2008, ni de

la orden de compra de fecha 12 de marzo de 2008, tenemos los extractos de composición de valores trimestrales y sobre rentabilidad y los extractos de la cuenta vinculada (cargos y abonos), por lo que tras la oferta personalizada y la recomendación realizada por la entidad bancaria, que fue aceptada por el actor, existía al menos una orden verbal de compra, y un contrato también al menos verbal de custodia y administración de valores.

El contrato, además de la orden de compra, es el de depósito y administración de valores (que amparó la suscripción muy posterior de pagares, extremo no negado por la parte actora), en virtud del cual el banco se obliga a depositar los valores y a su administración, a cambio de unas comisiones, pudiendo actuar en nombre y por cuenta del cliente, en su interés y siguiendo sus instrucciones respecto a determinados servicios en especial la compra y venta de valores.

Siguiendo el criterio que mantiene la sección novena de la Audiencia Provincial de Valencia , ente otras, en sentencia de fecha 1 de julio de 2011, dicho contrato por si solo considerado supone la mera obligación por parte de la entidad bancaria de gestionar y administrar -en sentido amplio- los valores que el cliente encarga a ésta su adquisición, con lo que su obligación queda limitada en principio a la información, no abarcando el asesoramiento y ello aunque el banco comercialice el producto y lo ofrezca a sus clientes , pues diverso a esa comercialización, es la recomendación o asesoramiento para efectuar una determinada operación inversora, y bajo su amparo el cliente decide comprar las participaciones que le presenta el banco, pero éste no asume ni la decisión de compra, ni de venta, ni de recomendación, ni de asesoramiento, salvo que el actor acredite que el banco realizaba de hecho, en el caso concreto labores de asesoramiento, incumbiéndole al demandante la carga de la prueba de conformidad con el art 217 de la lec.

En el presente caso, el cliente ha acreditado que hubo de hecho recomendación y asesoramiento, pues al hilo de cobrar un finiquito le llamaron personalmente del banco, lo cual le alago mucho pues era la primera vez que sucedía después de tantos años de relación con esa oficina, como ha declarado en el interrogatorio de parte, declaración que ha sido contundente, se sintió un “cliente preferente” utilizando sus propias palabras, diciéndole la directora de la oficina “que le interesaba, que era como un plazo fijo, que te dan un poco mas y lo puedes sacar en 24 -48 horas máximo ”, versión no discutida en la contestación. Es más el banco no ha solicitado como prueba la declaración testifical de la directora de la sucursal para desvirtuar esos hechos, únicamente conocidos por los que intervinieron en la operación (cliente y directora), con lo que no hay siquiera una versión de la directora (ninguna), no habiendo sido el banco capaz de traerla a juicio, lo que se había solicitado de contrario sin temor a escuchar su versión, a cuya comparecencia se comprometió la parte demandada en la fecha de la celebración de la audiencia previa, manifestando en vísperas del juicio, señalado para el 27 de mayo de 2013 (lunes), mediante escrito (Rue 21 de mayo, entrada en el juzgado el día 22 de mayo), que no

podía citar a la testigo por haber causado baja en la entidad el 11 de mayo, cuando tuvo tiempo más que suficiente para citarla desde la celebración de la audiencia previa (21 de enero de 2013), no acreditando su baja en la entidad, ni aportando su domicilio, por lo que el juzgado la dio por citada mediante providencia de fecha 23 de mayo de 2013, no recurriéndose dicha resolución.

Así la demandada actuó como intermediaria-vendedora, y siendo la emisora del producto una filial suya (como se verá), colocó el producto litigioso a su cliente no experto (inversor minorista) teniendo realmente interés en colocarle ese determinado producto para capitalizar al grupo, y no solo se lo vendió, sino que se lo recomendó y le asesoró, desde el momento que se realizó la llamada telefónica personalizada al mismo ofreciéndole esta determinada operación (“te interesa”), este concreto producto, y no otro, ni un elenco de productos, como ha resultado acreditado. Operación la litigiosa, que no solo supone la venta de un producto por el banco, que incluía entendemos, en este caso concreto y sin ánimo de generalizar (cada caso tiene sus peculiaridades y una prueba concreta practicada en sede judicial), también la recomendación y el asesoramiento en un ámbito de confianza, máxime si tenemos en cuenta la nula cultura financiera del actor (su falta de conocimientos financieros mínimos) para quien la “única operación” que le aconseja el banco a iniciativa de este último, que supone sustituir su inversión existente por otra, además de forma “precipitada” (rescate del plan de ahorro, producto este conservador), es, en este caso concreto como se verá, la “receta” de quien hacía funciones de hecho de “médico financiero” (el comercial de toda la vida), quien conociendo el historial y el tratamiento del cliente, le llama para cambiar el tratamiento por otro, que le dice que es mejor “en todo” y va a aumentar su “salud económica”, sin advertirle de los posibles “efectos secundarios adversos”, sin más prevenciones, sin entregarle el “prospecto”, utilizando un símil médico.

Naturaleza y características del producto objeto de litigio. De la documental obrante en autos y en especial del dictamen pericial aportado por la actora elaborado por el perito Sr. A., sometido a contradicción en el acto del juicio y no contrarrestado por pericial alguna de contrario, y con independencia del momento del reflejo en la normativa española y en los informes o guías de la CNMV de la expresión “productos complejos” relativa a las participaciones preferentes, puesto que la CNMV ya desde el inicio de la comercialización de estos productos advertía de sus características, de lo que se infería su carácter, resulta que las mismas tienen normalmente un carácter perpetuo reservándose el emisor el derecho a amortizarlas a partir de un determinado momento (lo que se denomina “call” en términos financieros), son un instrumento complejo que puede generar rentabilidad pero también pérdida de capital, ya que en caso de venta su valor puede ser inferior al que se paga por ellas, si el inversor desea recuperar su inversión fuera de las fechas call, solo puede optar por vender su producto en los mercados de renta fija, por lo que para su liquidez es necesario que exista otro inversor dispuesto a comprar, que la remuneración que ofrecen está condicionada a la obtención de beneficios por el emisor siendo más alta que el de las acciones ordinarias, que en caso de insolvencia del emisor se sitúan en

prelación de créditos, detrás de todos los acreedores comunes y subordinados, al mismo nivel que el resto de participaciones preferentes emitidas y solo por delante de las acciones ordinarias, no estando garantizada la rentabilidad, ni la devolución del capital invertido, si bien su rentabilidad era superior a la de otros productos.

Se trata en el supuesto litigioso, de participaciones preferentes emitidas en 1999, por BANCAJA EUROCAPITAL FINANCE, filial de Bancaja (extremo no discutido), domiciliada en Islas Caiman, de 600€ de valor nominal unitario, con ISIN KYG0727Q1073, cupón variable calculado anualmente como el euribor a doce meses más 0,20% con un mínimo anual de 4,43% hasta el 4 de marzo de 2004, pagadero trimestralmente, que incorporan una opción de amortización anticipada a favor del emisor, ejecutable en cualquier momento a partir de marzo de 2004 (en cualquier momento según el perito, atendida la fecha de la compra en este caso).

CUARTO.- La Ley 47/2007 de 19 de diciembre, vigente en la fecha de autos, por la que se modifica la Ley del Mercado de Valores, que introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2004/39 CE, sobre Mercados de Instrumentos Financieros, conocida por sus siglas en inglés como MIFID (Markets in Financial Instruments Directive) continuó con el desarrollo normativo de protección del cliente introduciendo la distinción entre clientes profesionales y minoristas, a los fines de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros (art. 78 bis); reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el art. 79 bis regulando exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, entre otros extremos, sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece a los fines de que el cliente pueda tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa, debiendo incluir la información las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias, no sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencias financieras y aquellos objetivos. Así el art. 79, bis LMV señala en su redacción vigente en la fecha de autos, que:

“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.

7. Cuando se presten servicios distintos de los previstos en el apartado anterior, la empresa de servicios de inversión deberá solicitar al cliente, incluido en su caso los

clientes potenciales, que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente.

Cuando, en base a esa información, la entidad considere que el producto o el servicio de inversión no sea adecuado para el cliente, se lo advertirá. Asimismo, cuando el cliente no proporcione la información indicada en este apartado o ésta sea insuficiente, la entidad le advertirá de que dicha decisión le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él.

Las advertencias previstas en este apartado se podrán realizar en un formato normalizado.

8. Cuando la entidad preste el servicio de ejecución o recepción y transmisión de órdenes de clientes, con o sin prestación de servicios auxiliares, no tendrá que seguir el procedimiento descrito en el apartado anterior siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

a) Que la orden se refiera a acciones admitidas a negociación en un mercado regulado o en un mercado equivalente de un tercer país; a instrumentos del mercado monetario; a obligaciones u otras formas de deuda titulizadas, salvo que incorporen un derivado implícito; a instituciones de inversión colectiva armonizadas a nivel europeo y a otros instrumentos financieros no complejos. Se considerarán mercados equivalentes de terceros países aquellos que cumplan unos requisitos equivalentes a los establecidos en el Título IV. La Comisión Europea publicará una lista de los mercados que deban considerarse equivalentes que se actualizará periódicamente.

Tendrán la consideración de instrumentos financieros no complejos, además de los indicados expresamente en el párrafo anterior, aquellos en los que concurran las siguientes condiciones:

- i) Que existan posibilidades frecuentes de venta, reembolso u otro tipo de liquidación de dicho instrumento financiero a precios públicamente disponibles para los miembros en el mercado y que sean precios de mercado o precios ofrecidos, o validados, por sistemas de evaluación independientes del emisor.

- ii) Que no impliquen pérdidas reales o potenciales para el cliente que excedan del coste de adquisición del instrumento.
- iii) Que exista a disposición del público información suficiente sobre sus características. Esta información deberá ser comprensible de modo que permita a un cliente minorista medio emitir un juicio fundado para decidir si realiza una operación en ese instrumento.

No se considerarán instrumentos financieros no complejos:

- i) Los valores que den derecho a adquirir o a vender otros valores negociables o que den lugar a su liquidación en efectivo, determinada por referencia a valores negociables, divisas, tipos de interés o rendimientos, materias primas u otros índices o medidas.
- ii) Los instrumentos financieros señalados en los apartados 2 a 8 del art. 2 de esta Ley.

b) Que el servicio se preste a iniciativa del cliente.

c) Que la entidad haya informado al cliente con claridad de que no está obligada a evaluar la adecuación del instrumento ofrecido o del servicio prestado y que, por tanto, el cliente no goza de la protección establecida en el apartado anterior. Dicha advertencia podrá realizarse en un formato normalizado.

d) Que la entidad cumpla lo dispuesto en la letra d) del apartado 1 del art. 70 y en el art. 70 ter.1.d)."

Ello conlleva una inversión de la carga probatoria, de forma que la entidad financiera sujeta al cumplimiento de las mencionadas obligaciones es la parte que habrá de demostrar su diligente actuación en las operaciones realizadas, más aún cuando estamos ante productos adquiridos por consumidores. Así lo indica la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de la sección 6ª de fecha 12 de julio de 2012:: "En relación con la carga de la prueba del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, y sobre todo en el caso de productos de inversión complejos, ha de citarse la STS Sala 1ª, de 14 de noviembre de 2005 en la que se afirma que la diligencia en el asesoramiento no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes, y,

en segundo lugar, la carga probatoria acerca de tal extremo debe pesar sobre el profesional financiero, lo cual por otra parte es lógico por cuanto desde la perspectiva de los clientes se trataría de un hecho negativo como es la ausencia de dicha información. Por tanto, el eje básico de los contratos, cualesquiera que sean sus partes, es el consentimiento de las mismas sobre su esencia, que no debe ser prestado, para surtir eficacia, de forma errónea, con violencia, intimidación o dolo, y esta voluntad de consentimiento para ser válida y eficaz exige por su propia naturaleza que los contratantes tengan plena conciencia y conocimiento claro y exacto de aquello sobre lo que prestan su aceptación y de las consecuencias que ello supone. Esta igualdad esencial que respecto de las partes debe presidir la formación del contrato, ha de desplegar su eficacia en las diferentes fases del mismo. En la fase precontractual debe procurarse al contratante por la propia entidad una información lo suficientemente clara y precisa para que aquel entienda el producto o servicio que pudiera llegar a contratar y si se encuentra dentro de sus necesidades y de las ventajas que espera obtener al reclamar un servicio o al aceptar un producto que se le ofrece. En la fase contractual basta como ejemplo la existencia de la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de Contratación, en cuyo artículo 8 se mencionan expresamente las exigencias de claridad, sencillez, buena fe y justo equilibrio de las prestaciones en el contrato suscrito entre las partes, que por la propia naturaleza del contrato van a ser fijadas por el Banco en este caso. Posteriormente, ya firmado el contrato, se exige igualmente arbitrar unos mecanismos de protección y reclamación que sean claros y eficaces en su utilización y que vayan destinados a la parte que pudiera verse perjudicada por la firma del contrato, en defensa de los posibles daños a sus intereses".

QUINTO.- Por ello, en cuanto a la pretensión principal de la demanda que imputa una conducta negligente y mala praxis bancaria por el hecho de haber dispuesto la demandada de fondos de la cuenta del actor sin el consentimiento de este, dicha pretensión ha de ser desestimada, pues el actor manifestó una voluntad conforme con la compra de las participaciones preferentes, por lo que su consentimiento se produjo, cuestión distinta es que dicho consentimiento pueda estar afectado por algún vicio y convierta así el contrato en anulable (lo que se analizara seguidamente), se convirtió en titular de las mismas, existió como se ha señalado una orden verbal (acepto el ofrecimiento y la recomendación), lo que lleva también a desestimar la acción de nulidad de la compraventa del producto por inexistencia de consentimiento formulada subsidiariamente, pues hubo consentimiento, siendo el objeto del contrato las participaciones referidas, compra abonada con cargo a la cuenta vinculada, inversión que devengo de forma periódica a favor del actor el cobro de intereses, ostentando la titularidad dominical de los valores, teniéndolos depositados y haciendo suyos los rendimientos económicos, con independencia de la información suministrada al respecto al contratar. Existió el contrato, y no hay mala praxis, ni nulidad radical del mismo.

SEXTO.- Cuestión distinta es que estuviera viciado el consentimiento por error, al no comprender el actor el negocio que suscribió, al no darle la correcta información

relevante del producto, en lo que se sustenta también la demanda, a pesar de solicitar la nulidad radical del contrato (entendemos para que la acción no estuviera sometida a plazo alguno), y basándose como es el caso la parte demandante en el error, al no tener consciencia del negocio, estamos ante un supuesto de anulabilidad del art 1265 del Cc, y por ello se opone por la demandada la excepción de caducidad de la acción de conformidad con el art 1301 del Cc, al considerar que han transcurrido cuatro años desde la compra de las participaciones (marzo de 2008) hasta la interposición de la demanda (julio de 2012), entendiendo que el contrato se consuma con la ejecución de la orden de compra. Se alega por otra parte por la entidad demandada que en cualquier caso han sido subsanados los supuestos vicios del consentimiento por actos confirmatorios del contrato.

En relación a la excepción de caducidad de la acción el artículo 1301 del Código Civil dispone que: "La acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr: En los casos... de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato". En relación con el cómputo del plazo del artículo 1301, señala asimismo la doctrina que el momento inicial no es nunca anterior al cumplimiento del contrato, por lo que la acción de restitución no puede empezar a prescribir conforme al artículo 1969 del Código Civil, sino desde la consumación, destacando la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2008 -en relación a un contrato de préstamo- que no puede entenderse cumplido ni consumado el contrato hasta la realización de todas las obligaciones. La Sentencia del 11 de junio de 2003 declara que: "Dispone el art. 1301 del Código Civil que en los casos de error, o dolo, o falsedad de la causa, el plazo de cuatro años, empezará a correr, desde la consumación del contrato, norma a la que ha de estarse de acuerdo con el art. 1969 del citado Código. En orden a cuando se produce la consumación del contrato, dice la sentencia de 11 de julio de 1984 que "es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad del contrato de compraventa, con más precisión por anulabilidad, pretendida por intimidación, dolo o error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones (sentencias, entre otras, de 24 de junio de 1897 y 20 de febrero de 1928), y la sentencia de 27 de marzo de 1989 precisa que "el art. 1301 del Código Civil señala que en los casos de error o dolo la acción de nulidad del contrato empezará a correr " desde la consumación del contrato ".Este momento de la "consumación" no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes ", criterio que se manifiesta igualmente en la sentencia de 5 de mayo de 1983 cuando dice, "en el supuesto de entender que no obstante la entrega de la cosa por los vendedores el contrato de 8 de junio de 1955, al aplazarse en parte el pago del precio, no se había consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó....".

La sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó que "el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo", y la sentencia de 20 de febrero de 1928 dijo que "la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no

comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó". Tal doctrina jurisprudencial ha de entenderse en el sentido, no que la acción nazca a partir del momento de la consumación del contrato, sino que la misma podrá ejercitarse hasta que no transcurra el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato que establece el art. 1301 del Código Civil. Entender que la acción solo podría ejercitarse "desde" la consumación del contrato, llevaría a la conclusión jurídicamente ilógica de que hasta ese momento no pudiera ejercitarse por error, dolo o falsedad en la causa, en los contratos de tracto sucesivo, con prestaciones periódicas, durante la vigencia del contrato".

En el presente caso, la acción que se ejercita se sustenta en la afirmación de la existencia de vicio del consentimiento -error- por lo que a los efectos de la excepción alegada se ha de estar al contenido del artículo 1301 del Código Civil y a la interpretación que de la norma hace el Tribunal Supremo en los términos señalados, por lo que la acción no habría caducado en el momento de interposición de la demanda, al entender que en el contrato objeto de litigio es de tracto sucesivo, no acaba con la orden de compra sino que se prolonga en el tiempo, el producto es perpetuo, desplegando efectos hacia el futuro, considerando que la función del banco donde tenía el actor su cuenta desde hacía mucho tiempo no era de simple mediación sino de custodia, administración, y asesoramiento en este caso, no estaban por tanto realizadas todas las obligaciones de las partes (aun hoy), no acabando con la ejecución de la orden de compra, existiendo obligaciones de tracto sucesivo, como por ejemplo abonar los cupones hasta la venta, siguiendo el criterio de la sentencia dictada en fecha 5 de marzo de 2013 por la sección novena de la Audiencia Provincial de Valencia . Por ello procede desestimar la excepción opuesta.

Entrando en el error en el consentimiento, se alega por la parte demandante que existió error, entre otros, en los riesgos que asumía, pudiendo llegar a perder la totalidad o parte de su capital, riesgos que no se le explicaron ni tampoco las características del producto, no se le entregó documento alguno, ni la orden, y se ha limitado la demandada a decir en su descargo que no ha podido localizar el ejemplar firmado por la parte demandante del contrato de depósito y administración de valores de fecha 11 de marzo de 2008, ni de la orden de compra de fecha 12 de marzo de 2008, además no se le entregó folleto, solo se le dio una información sucinta que era "como un plazo fijo, que te dan un poco mas y lo puedes sacar en 24 -48 horas máximo".

La STS de 26 de julio de 2000 en orden a la declaración de nulidad del contrato por error en el consentimiento, afirma que han de concurrir los requisitos que la Jurisprudencia (entre otras Sentencias 18 febrero 1994, 14 julio 1995, 28 septiembre 1996 y 6 febrero 1998) exige al respecto, es decir, que recaiga "sobre la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración, de modo que se revele paladinamente su esencialidad; que no sea imputable a quien lo padece; un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio

jurídico concertado, y que sea excusable, en el sentido de que sea inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular (Sentencias 14 y 18 febrero 1994, y 11 mayo 1998). Según la doctrina del propio Tribunal Supremo la excusabilidad ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, tanto del que ha padecido el error, como las del otro contratante, pues la función básica del requisito es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente (Ss. 4 enero 1982 y 28 septiembre 1986).

No se ha aportado en este caso por la demandada documental que refleje la información adecuada y suficiente al cliente sobre las características y el riesgo del producto contratado (entre otros, pérdida total del capital invertido), o que permita valorar la información que poseía y calibrar si, efectivamente, la opción de contratación se hallaba sustentada en el cumplimiento de aquella obligación. La falta de acreditación de que se ha suministrado una información adecuada, precisa y suficiente permite inferir que el inversor no ha podido formarse una idea precisa de los riesgos reales del producto financiero en el que se disponía a invertir, de tal manera que cuando se alega la existencia de error en la contratación del producto financiero, ha de ser la entidad financiera a la que dicho inversor acudió para efectuar dicha contratación, a requerimiento de la misma y quien le asesoro en este caso, laque acredite que suministró la completa, precisa, adecuada e individualizada información, con la entrega documental correspondiente y la realización de los test preceptivos, que la legislación impone, a fin de desvirtuar la existencia de ese error que el inversor alega.

Ha de considerarse en el presente caso, y sin generalizar, como insuficiente la información suministrada en el momento inicial de la contratación, pues ningún documento fue entregado al actor, ni la orden, ni el folleto, ni ficha explicativa, ni se le sometió a test alguno. La falta de información al respecto se revela de la mecánica de la operación, del interrogatorio del propio actor que reconoce una mínima información verbal sesgada a lo positivo, no adecuada, no habiendo declarado como testigo la directora de la sucursal, máxime cuando entendemos como se ha explicado con anterioridad que el banco en este concreto caso además asesoraba, confiando el cliente en ese asesoramiento, pero omitía los efectos secundarios del producto (siguiendo con el símil médico), entre otras cosas, el peor de los escenarios posibles de la inversión (su pérdida total), con independencia de que ese escenario no fuera previsible en ese momento, pero si posible.

Téngase en cuenta que la obligación de informar, en el supuesto de autos, es activa y por tanto se ha de alertar por el banco al cliente sobre el riesgo del producto y si es adecuado a su perfil, conocer su situación económica, su experiencia financiera, sus objetivos, para poderle recomendar el producto adecuado, no basta con que las características del producto se puedan consultar por internet, no siendo razonable pensar que este cliente,

por su cultura financiera, leyera la web de la CNMV donde esta publicado el folleto de la emisión correspondiente, ni con trasladar al cliente la carga de realizar preguntas sobre lo que no entiende, estando ante un producto complejo que no encajaba en su perfil , al que ya nos hemos referido, encontrándose desempleado, lo que constaba al banco, pudiendo necesitar el dinero invertido y la rentabilidad del mismo, por lo que no podía, ni debía asumir el riesgo de perder todo o parte de su dinero, lo que no se le transmitió al recomendarle el producto. No se ha acreditado por la demandada que se le preguntara al cliente hasta cuanto estaba dispuesto a perder, conociendo su “no apetito de riesgo“, recomendándole un producto que no le convenía, que no era adecuado para él, transmitiéndole el comercial en este caso, un juicio subjetivo y no neutral del producto, comercial que le asesoro y en el que confió.

Si bien de la prueba practicada resulta acreditado que el actor había realizado algunas inversiones en productos financieros con anterioridad a la contratación objeto de litigio, habiendo invertido y desinvertido pero cobrando intereses y recuperando siempre todo el capital , habiendo invertido en pagares con posterioridad a la fecha de autos, pero antes de recibir la notificación del canje del producto litigioso, que es el momento en el que advierte la naturaleza real del producto, pagares cuya inversión también recupero, sin embargo no resulta probado por la entidad bancaria a la que incumbe la carga de la prueba (art 217 de la lec) haber informado al cliente en aquellas adquisiciones o inversiones anteriores, no habiéndose acreditado tampoco por la demandada que se trate de productos de igual o similar naturaleza a los litigiosos, pues no hay pericial practicada por dicha parte en ese sentido, manifestando el perito Sr. A. que ninguno de esos productos es igual a las participaciones preferentes. Se trata de un cliente antiguo del Banco, y no se ha probado que sea inversor profesional o que tenga conocimientos financieros necesarios para valorar, al menos con la debida profundidad, el riesgo, sobre el que no le informó la entidad demandada, no siendo suficiente para dar por probado que fuese inversor experimentado y con pleno conocimiento de lo que adquiriría, el hecho de que hubiera adquirido en otras ocasiones otros productos financieros, máxime cuando recuperó el capital, y no se ha traído a juicio como testigos a los empleados de la entidad demandada con los que suscribió los productos previos, para determinar el grado de información recibido entonces, ni los documentos que se le entregaron al respecto . Cliente que conseguía una rentabilidad más alta (muy poco mas, en este caso) que un plazo fijo tradicional, aconsejado y asesorado por la directora de su oficina, lo que no significa que estuviera dispuesto a sabiendas a poner en riesgo todo lo invertido y a no poder hacer liquida la inversión de forma inmediata (se le dijo que podía sacarlo en 24-48 horas), que era en este caso gran parte de sus ahorros, máxime cuando ya entonces se encontraba en el paro, extremo que conocía la directora, pues parte de la indemnización del Fogasa se invirtió en las preferentes, y podía necesitar el dinero, y no podía “permitirse el lujo “ de prescindir siquiera de los rendimientos.

Así, por lo expuesto concurrió en el consentimiento prestado por el demandante error esencial y excusable, imputable a la entidad demandada, al vulnerarse el deber de

información, y los protocolos específicos del mismo para un supuesto como el presente, relativos al riesgo del negocio, de la inversión, de sus características, y de la adecuación para el perfil del cliente, error que solo sería inexcusable si la demandada hubiera cumplido con sus obligaciones de información, existiendo relación causal entre el error y la finalidad del negocio, que era además de la rentabilidad, la recuperación del capital invertido, no convalidándose el negocio por la actuación del demandante de confirmación de la orden de compra y la percepción de intereses sin protesta alguna hasta la fecha de la propuesta de canje por acciones (que no acepto porque en ese momento, si se le explico el alcance de la operación de canje, extremo no discutido), pues aquel comportamiento es lógico en tanto el cliente no alcanza a percibir el error en que ha incurrido, que sólo constata al advertir las consecuencias negativas que conlleva el producto, con esa comunicación de canje, no desprendiéndose de la información bancaria y fiscal que se le remitía y recibía en su domicilio necesaria para declarar en renta, los riesgos, máxime cuando el actor no realizaba siquiera declaración de renta dado su nivel de ingresos, solo ojeaba los borradores de hacienda en alguna ocasión, renunciando a posibles devoluciones de retenciones practicadas, según resulta del oficio remitido a la agencia tributaria, no compensándole ir a un gestor a efectos de reclamar retenciones, como ha señalado en el interrogatorio de parte, no resultando tampoco de la información bancaria y fiscal que obra en autos la disminución de la inversión (no se aprecia la pérdida patrimonial del producto) por lo que no pudo plantearse desinvertir (vender), no habiéndole aconsejado por otra parte la directora vender, si invertir (comprar) .

Por todo ello procede estimar la demanda, y declarar la nulidad interesada con las consecuencias del artículo 1.303 del Código Civil, según el cual “declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubieran sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con sus intereses”.

SÉPTIMO.- Las costas han de ser impuestas a la parte demandada de conformidad con el art 394 de la Lec, habida cuenta que este precepto establece que,

“En procesos declarativos las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones”

FALLO

Que estimando la demanda interpuesta por xxxxxxxx contra BANKIA SA debo declarar y declaro la nulidad de la compraventa del producto objeto de litigio, con los efectos restitutorios legalmente establecidos en el art 1303 del Cc, así como el abono de los

intereses desde la fecha de la compraventa del producto litigioso, con imposición de costas a la parte demandada.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de APELACIÓN ante la Audiencia Provincial de VALENCIA (artículo 455 LECn).

El recurso se interpondrá ante el tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de veinte días hábiles contados desde el día siguiente a la notificación de aquella (art. 458 de la lec en su redacción dada por la ley 37/2011 de 10 de octubre de medidas de agilización procesal). Asimismo para su interposición será precisa la consignación como depósito de 50 €, que deberán consignarse en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Juzgado, con advertencia de que no se admitirá a trámite ningún recurso cuyo depósito no esté constituido, y todo ello de conformidad con la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre.

Así por esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo. Ana María Mestre Soro.

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 Secretario Judicial doy fe, en Valencia, a diez de junio de dos mil trece.