



Juzgado de Primera Instancia nº 04 de Barcelona

Avenida Gran Vía de les Corts Catalanes, 111, Edifici C, planta 6 - Barcelona - C. P. 08005

TEL.: 935549404
FAX: 935549504
EMAIL: instancia4.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120158018203

Procedimiento ordinario 107/2015 -1D

Materia: Juicio ordinario otros supuestos

Cuenta BANCO SANTANDER:

Beneficiario: Juzgado de Primera Instancia nº 04 de Barcelona

Para ingresos en caja. Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos)

Pagos por transferencia IBAN en formato electrónico: ES55 0049 3569 9200 0500 1274. Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos)

Pagos por transferencia IBAN en formato papel: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos)

Parte demandante/ejecutante:

Procurador/a: Anna Camps Herrerros
Abogado/a: Pau Camprubi Garrido

Parte demandada/ejecutada: BANKIA, S.A.
Procurador/a: Santiago Puig De La Bellacasa
Abogado/a:

SENTENCIA Nº 177/2016

Magistrado: Fernando Carlos de Valdivia González

Lugar: Barcelona

Fecha: 15 de septiembre de 2016

El Ilmo.Sr. Magistrado-Juez de Primera Instancia numero Cuatro de esta ciudad, DON FERNANDO CARLOS DE VALDIVIA GONZALEZ, ha visto los autos 107/2015, de juicio Ordinario , a instancia de DOÑA , que esta defendido por el Letrado DON PAU CAMPRUBI GARRIDO y representado por el Procurador DOÑA ANA CAMPS HERREROS, contra BANKIA SA, que esta defendido por el Letrado DON JORDI BOSCH VIÑAS, y representado por el Procurador DON SANTIAGO PUIG DE LA BELLACASA I VANDELLOS, pronuncia la siguiente

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Que por la parte demandante se interpone demanda en solicitud de declaración de anulabilidad de sendos contratos de adquisición de preferentes, contra la parte demandada, cuyas circunstancias constan en el encabezamiento de esta sentencia. En trámite de contestación, la parte demandada se opone por los hechos y fundamentos que son de ver en su escrito de contestación a la

Aquest document tindrà validesa per les persones que el validen - Este documento tendrá validez si es firmado con una firma manuscrita por personas que lo validan
Validat per de Valdivia González, Fernando C.
Data i hora 15/09/2016 13:32





demanda.

SEGUNDO: Abierto a prueba el presente procedimiento se practicaron los medios de prueba propuestos y admitidos a las partes con el resultado que es de ver en autos.

TERCERO: Seguidamente y efectuada las alegaciones oportunas quedaron los autos definitivamente para dictar sentencia.

CUARTO: En la tramitación de los presentes autos se han observado las prescripciones legales

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I.- EL DEBER DE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL EN SU COMERCIALIZACIÓN.

El contenido y alcance de este deber lo exponen las Sentencias del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2.014 y de 12 de enero de 2.015 , referidas ambas a productos complejos y de riesgo como son el swap (en la primera de ellas) o el seguro unit linked (la segunda).

El deber de información precontractual se concreta en los siguientes aspectos:

- como el bien el comercializador lo conoce todo y el cliente no sabe nada del novedoso producto, el fundamento de este deber está en la asimetría informativa que se produce entre el aquél y éste , supuesto que el cliente no sea un inversor profesional, por lo que las entidades financieras, "no se limitan a su distribución (del producto) 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" (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2.014).

- la normativa MIFID, incorporada a la actual Ley de Mercado de Valores, tiene una finalidad protectora, ligada con el deber general de buena fe establecido en el artículo 7 del Código Civil , de modo que, aun en ausencia de la primera, el deber seguiría siendo el mismo por exigencia de tal principio general.

- para los clientes minoristas, en la contratación de productos financieros complejos (como es nuestro caso), "el artículo 79 bis de la Ley del Mercado de Valores regula los deberes de información que recaen sobre las entidades financieras que presten estos servicios de inversión"... que "no se reducen a que la información dirigida a sus clientes sea imparcial, clara y no engañosa" (apartado 2), sino que además deben proporcionarles, "de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión", que "deberá incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias (apartado 3)".

- el contenido concreto de la información se regula en el artículo 64 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, que comprende la relativa a:

"a) Los riesgos conexos a ese tipo de instrumento financiero, incluida una explicación del apalancamiento y de sus efectos, y el riesgo de pérdida total de la inversión.

b) La volatilidad del precio de ese tipo de instrumento financiero y cualquier limitación del mercado, o mercados, en que pueda negociarse.

c) La posibilidad de que el inversor, asuma, además del coste de adquisición del instrumento financiero en cuestión, compromisos financieros y otras obligaciones adicionales, incluidas posibles responsabilidades legales, como consecuencia de la realización de transacciones sobre ese instrumento financiero.

Aquest document tindrà validesa si és signat amb una signatura manuscrita per les persones que el validen - Este documento tendrá validez si es firmado con una firma manuscrita por personas que lo validen

Data i hora 15/09/2016 13:32

Validat per de Valdivia González, Fernando C.





d) Cualquier margen obligatorio que se hubiera establecido u otra obligación similar aplicable a ese tipo de instrumento".

- instrumento esencial en esta fase precontractual, es el test de conveniencia, a cuyo respecto, la Sentencia del Pleno sienta que "la entidad financiera debe realizar al cliente un test de conveniencia, conforme a lo previsto en el artículo 79 bis. 7 de la Ley del Mercado de Valores (artículo 19.5 Directiva 2004/39/CE), cuando se prestan servicios que no conllevan asesoramiento. Se entiende por tales, los casos en que el prestatario del servicio opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada. Este test valora los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente, con la finalidad de que la entidad pueda hacerse una idea de sus competencias en materia financiera. Esta evaluación debe determinar si el cliente es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión ofertado o demandado, para ser capaz de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa. Como aclara el artículo 73 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero , se trata de cerciorarse de que el cliente "tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado".

- el test de conveniencia, debe incluir también "el nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes " (artículo 74 apartado c) del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero).

II.- AUTONOMIA DEL DEBER DE INFORMACION.

Este complejo deber de información nace y es exigible aunque no se haya concluido entre las partes un auténtico contrato de asesoramiento inversor, pues la única diferencia, a este nivel, aparte de requerir una idoneidad específica, es que en tal caso no será preciso el test de idoneidad, bastando con el de conveniencia.

Por eso, la frecuente alegación de la entidad comercializadora que





trata de evitar su responsabilidad en cuanto, según dice sería menor y distinta si no hay un verdadero y propio contrato de asesoramiento, no tiene fundamento: Con independencia de que exista o no un contrato de depósito y administración de valores, la entidad financiera asume en todo caso una función de asesoramiento, aunque sea como un deber instrumental respecto al verdadero propósito de su cliente que es colocar su dinero obteniendo la máxima rentabilidad posible, pero sin que conste que quisiera asumir riesgo alguno y ello porque la adquisición de preferentes no se agota en la mera recepción, transmisión y ejecución de una orden del cliente, sino que se inscribe en una relación que la ligará con la propia entidad a través del producto finalmente contratado.

III.- CARGA DE LA PRUEBA SOBRE EL CUMPLIMIENTO DEL DEBER DE INFORMACION.

La carga de probar que se ha suministrado la debida información, con el contenido que se acaba de exponer, corresponde a la entidad bancaria.

A tal respecto, en nuestra Sentencia de 11 de febrero de 2013 y 16 de julio de 2.014, manteníamos la atribución de la carga de la prueba cuando se demanda al Banco en base a una inexistente, incompleta o inexacta información precontractual, pues esa carga nace del principio de facilidad probatoria, ahora normativizado en el apartado 7 de dicho precepto, conforme al cual corresponde probar a aquel litigante que tenga más fácil y directo acceso a la fuente de la prueba.

En ese principio se puede incardinar en la actualidad la antigua máxima conforme a la que, en materia de hechos negativos, corresponde la prueba a quien mantiene el hecho positivo contrario ("incumbit probatio qui dicit non qui negat"), porque, de ordinario, exigir la prueba cumplida de un hecho negativo coloca a aquel que se ha de basar en el mismo en una difícil, si no imposible, situación probatoria.

Es el empresario, en este caso la entidad bancaria, la que ha de preconstituir la prueba sobre la información que facilita.

Aquest document tindrà validesa si és signat amb una signatura manuscrita per les persones que el validen - Este documento tendrá validez si es firmado con una firma manuscrita por personas que lo validen
Validat per de Valdivia González, Fernando C.
Data i hora 15/09/2016 13:32





La testifical de DOÑA [REDACTED], manifiesta que trato con la actora, ofreció la información facilitada por la entidad, se remitía al folleto amen que la entidad indicaba a que clientes se les debería colocar el producto

IV.- VALOR DE LAS DECLARACIONES GENERICAS PREORDENADAS.

Esta carga no se entiende levantada por el solo hecho de que el cliente, que recordemos es también consumidor, haya firmado declaraciones genéricas y preordenadas, en las que declare haber recibido la información.

Ante todo, el cumplimiento del deber de información es sustancial, consistiendo en una exposición clara, completa y comprensible de los riesgos, incluso en el peor escenario posible, adaptadas a las condiciones personales del cliente, que permita que éste emita un consentimiento realmente informado. No basta con cualquier información, sino que ha de ser clara, correcta, precisa y suficiente sobre el producto o servicio de inversión y sus riesgos.

Además, y como señala la Sentencia del Pleno de la Sala Primera de Tribunal Supremo de 12 de enero de 2.015 "se trata de menciones predispuestas por la entidad bancaria, que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento que se revelan como fórmulas predispuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos, como ya dijimos en la sentencia núm. 244/2013, de 18 abril. La normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si para cumplir con estas exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predispuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarara haber sido informado adecuadamente. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2014, dictada en el asunto C-449/13, en relación a la Directiva de Crédito al Consumo, pero con argumentos

Aquest document tindrà validesa si és signat amb una signatura manuscrita per les persones que el validen - Este documento tendrá validez si es firmado con una firma manuscrita por personas que lo validan
Validat per de Valdivia González, Fernando C.
Data i hora 15/09/2016 13:32





cuya razón jurídica los hace aplicable a estos supuestos, rechaza que una cláusula tipo de esa clase pueda significar el reconocimiento por el consumidor del pleno y debido cumplimiento de las obligaciones precontractuales a cargo del prestamista".

V.- CONSECUENCIAS DE LA INFRACCION DEL DEBER DE INFORMACION.

Y, finalmente, las consecuencias de la infracción del deber de información son o pueden ser variadas, incluso la de nulidad de pleno derecho en cuanto se haya quebrantado una norma imperativa, además de las que en el orden administrativo puedan recaer, que son compatibles con las consecuencias civiles. Desde el punto de vista civil, se da un concurso de acciones, pues son diversos los medios que el ordenamiento proporciona al contratante perjudicado para llegar a resultados similares.

Limitándonos a la alegación del error como vicio del consentimiento, y consiguiente anulabilidad del contrato, las citadas Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2.014 y de 12 de enero de 2.015 , concluyen que "la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo", de donde se sigue que al consumidor le bastaría acreditar la inexistencia o la insuficiencia de la información para que la acción de anulabilidad deberá triunfar, pues en base a aquella presunción se habrá de probar el error.

En definitiva, si no hubo conocimiento suficiente, y si el producto contratado es diferente de aquellas finalidades que legítimamente aspiraba a cubrir el consumidor, se produce el error en el consentimiento, consistente en la divergencia inconsciente y no querida entre lo que se creía consentir y lo que efectivamente se consintió.

Así pues, todo gira en torno al cumplimiento o incumplimiento del deber de información precontractual.





VI.- VALORACION SOBRE EL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE INFORMACION.

De la valoración de la prueba se deduce, que no hubo una completa y correcta información y que se le trasladó a los demandantes una idea de seguridad y liquidez del producto que no se correspondía con la realidad.

Debemos tener en cuenta que toda la compleja normativa en la materia responde a una idea muy sencilla: asegurarse que el inversor minorista, que además tiene la condición de consumidor, ha podido comprender las características esenciales y la funcionalidad concreta del producto de inversión que contrata. El cumplimiento de este deber es sustancial y no meramente formal, en el sentido de que no basta un cumplimiento aparente, logrado a través de documentación estereotipada que no garantiza el conocimiento del real contenido de la información suministrada.

La cantidad y calidad de información está sujeta a dos variables que debe ponderar la entidad: la mayor o menor complejidad del producto y los mayores o menores conocimientos del inversor minorista.

Por eso, la entidad debe ajustar la oferta de sus productos al perfil del inversor.

A eso se refiere, exactamente, la máxima protección que como cliente minorista prometía la demandada a la demandante.

En su consecuencia debe apreciarse causa de anulabilidad y por ello deberá tenerse en cuenta que la actora obtiene por la venta de acciones el importe de 18.973,91€ y el importe de los rendimientos por un montante de 7.151,78€, cuyos importes a descontar del importe de la cantidad de la inversión 52.000€, arroja un diferencial de 33.026,09€ más los intereses legales desde la interpelación judicial.

Por último, inexistencia de caducidad ya que En relación al núcleo de la cuestión litigiosa, las sentencias TS en su sentencia de Pleno de 12 de

Aquest document tindrà validesa si és signat amb una signatura manuscrita per les persones que el validen - Este documento tendrá validez si es firmado con una firma manuscrita por personas que lo validan

Data i hora 15/09/2016 13:32

Validat per de Valdivia González, Fernando C.





enero de 2015 recurso nº 2290/2012 -. Las ulteriores sentencias nº 375/2015, de 7 de julio y 489/2015 de 16 de septiembre ha declarado que la noción de "consumación del contrato" que se utiliza en el precepto exige una fase en la que se haya alcanzado la definitiva configuración de la situación jurídica resultante del contrato, de forma que el contratante legitimado, mostrando una diligencia razonable, pueda haber tenido conocimiento del vicio del consentimiento, lo que no puede ocurrir con la mera perfección del contrato que se produce por la concurrencia del consentimiento de ambos contratantes.

En orden a la adecuada interpretación del artículo 1301 CC y en el contexto actual de la contratación bancaria, más compleja que la contratación vigente en la época en que fue redactado el Código Civil, finales del siglo decinueve, la resolución argumenta que en el espíritu y finalidad de esta norma latía el cumplimiento del tradicional requisito de la "actio nata", conforme al cual, el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción, en este caso la existencia de error.

Por otro lado, la suscripción posterior de las acciones de BANKIA tampoco permite entender producida la convalidación de la compra anterior de las obligaciones subordinadas , en aplicación de la doctrina de los actos propios, por cuanto la conducta previa contra la que no se puede ir posteriormente ha de tener ciertos caracteres, y así la jurisprudencia había ya recogido la necesidad de la relevancia jurídica de la conducta, afirmando que los actos deben ser reveladores de alguna manera del designio de decidir la situación jurídica de su autor, y en cuanto a la significación jurídica del acto anterior es menester que ésta pueda ser valorada objetivamente como índice de una actitud adoptada respecto a la situación jurídica en la cual ha sido realizada.

En esta línea, es doctrina reiterada (Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de Enero de 1990, 5 de Marzo de 1991 , 4 de Junio de 1992 , 12 de Abril de 1993 , y 30 de Mayo de 1995) que únicamente son actos propios los caracterizados por una clara, expresa, y concluyente manifestación de voluntad encaminada a crear, modificar o extinguir algún derecho, siendo el propio acto revelador de la voluntad expresa

Aquest document tindria validesa si és signat amb una signatura manuscrita per les persones que el validen - Este documento tendrá validez si es firmado con una firma manuscrita por personas que lo validen

Data i hora 15/09/2016 13:32

Validat per de Valdivia González, Fernando C;





del autor o de la voluntad tácita deducible de los actos inequívocos realizados.

Y los actos propios para vincular a su autor, han de ser inequívocos y definitivos, en el sentido de crear, establecer y fijar una determinada situación jurídica, causando estado (Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1995, 30 de septiembre de 1996, y 20 de junio de 2002).

En este caso, el canje de las obligaciones subordinadas por acciones y su recompra por el Fondo de Garantía de Depósitos, era la única manera de recuperar algo del capital invertido, por cuanto no estaba prevista la admisión de las nuevas acciones a cotización en ningún mercado. Por lo que, en ningún caso, puede entenderse el canje y la recompra como una renuncia a las acciones legales oportunas que pudieran corresponder a los actores por la compra de las obligaciones subordinadas con una deficiente información del producto, por cuanto no consta en el documento de aceptación de la oferta de adquisición de acciones una renuncia expresa de acciones por los demandantes. Por lo que, en ningún caso, es posible interpretar la actuación de los demandantes en el canje y la recompra de las acciones ofrecidas por la demandada como una convalidación de la compra de las obligaciones subordinadas.

Se imponen las costas a la parte vencida en su derecho

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, EN NOMBRE DE S.M. EL REY

F A L L O

Estimo la demanda postulada por la representación procesal de DOÑA





[REDACTED], condeno a BANKIA a las siguientes declaraciones:

Nulidad de los contratos de adquisición de deuda subordinada,

Condeno a la demandada al pago del importe de 33.026,09€ más los intereses legales desde la interpelación judicial.

Condeno en costas a la demandada

Así por esta mi sentencia de la que se unirá certificación a la causa y contra la que cabe recurso de apelación ante este juzgado en el termino de veinte días para su ulterior resolución por la Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona, definitivamente juzgando, la pronuncio mando y firmo.

Hágase saber a las partes que como requisito de admisibilidad de dicho recurso debe proceder con carácter previo a depositar en la cuenta de depósitos y consignaciones numero 0537 0000 00 107 15 de este juzgado la cantidad de 50 Euros

PUBLICACION: La precedente sentencia ha sido leída en audiencia publica por el Magistrado-Juez que la dicta el mismo día de su fecha, de la cual yo, la Secretaria Judicial, doy fe.

Aquest document tindrà validesa si és signat amb una signatura manuscrita per les persones que el validen - Este documento tendrá validez si es firmado con una firma manuscrita por personas que lo validan

Data i hora 15/09/2016 13:32

Validat per de Valdivia González, Fernando C.

