

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 52 DE
MADRID

C/ Francisco Gervás, 10
914937096 - 28020
Tfno: 914937096
Fax: 914937098
42020310
NIG: 28.079.42.2-2013/0119159

Procedimiento: Procedimiento Ordinario
Materia:

Demandante: D./
PROCURADOR D./Dña. ANTONIO GARCIA MARTINEZ
Demandado: BANKIA S.A.
PROCURADOR D./Dña. FRANCISCO ABAJO ABRIL

SENTENCIA Nº 70/2015

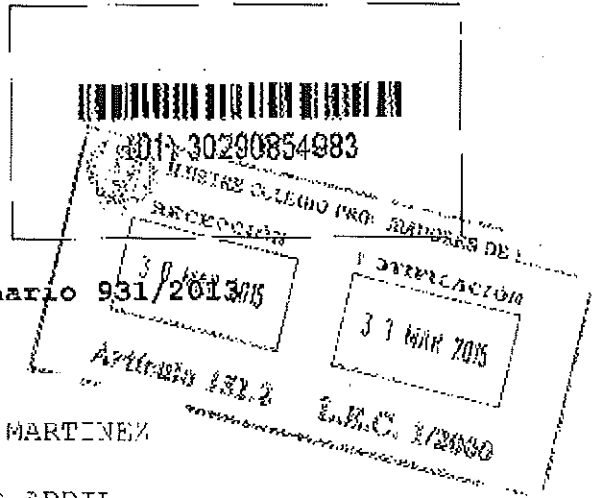
JUEZ/MAGISTRADO- JUEZ: D./Dña. MARÍA PERESA SANTOS GUTIÉRREZ
Lugar: Madrid
Fecha: veintitrés de marzo de dos mil quince

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por turno de reparto correspondió a este Juzgado la demanda de Juicio Ordinario interpuesta por D. representado por el Procurador D. ANTONIO GARCIA MARTINEZ en la que tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por convenientes y que por economía procesal se dan por reproducidos, solicitaba se dictara sentencia en la que se estimase la demanda y todo ello además con expresa imposición de costas al demandado.

SEGUNDO.- Una vez admitida la demanda por decreto se dio traslado de la misma al demandado quien procedió a contestar a la demanda. En dicha contestación tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, solicitaba se dictara sentencia en la que se desestimase al demanda. Todo ello con expresa imposición de costas a la parte actora.

TERCERO.- Convocadas las partes, se celebró la audiencia previa al juicio a la que acudieron las partes asistidas de sus respectivos abogados. Comprobada la subsistencia del litigio entre ellas y descartando el posible acuerdo, una vez fijado con precisión el objeto del pleito los extremos de hecho y de derecho sobre los que existía controversia entre las partes se pasó a la proposición y posterior admisión de pruebas.



Por la parte actora se propusieron las pruebas que constan en autos e igualmente por el demandado y siendo admitidas las consideradas pertinentes por su S.S., queda registrado el desarrollo en soporte apto conforme a lo dispuesto en el art. 147 de la LON, bajo la custodia del Secretario.

CUARTO.- Se celebró juicio practicándose en ese acto las pruebas propuestas y admitidas. Una vez practicadas todas las pruebas con el resultado que obra en autos se formularon las conclusiones sobre las mismas, quedando las actuaciones vistas para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se ejercita en el caso de autos demanda de nulidad de contrato de instrumento financiero denominado participaciones preferentes, así como la rescisión recíproca de las prestaciones.

Afirma la parte actora don [redacted], sin estudios y dedicado a profesional de la hostelería, que, trabajando como camarero, confió los 700.000 € percibidos como indemnización a favor de su hija, en Caja Madrid, en el producto que se le ofreció llamado participaciones preferentes.

El banco le recomendó el producto afirmándole que se trataba de un depósito a plazo fijo totalmente garantizado, pero no le informo de la verdadera naturaleza de los riesgos que conlleva.

La parte demandada Bankia alegó la excepción de caducidad renunciando en el acto de juicio a la misma, asimismo falta de litisconsorcio pasivo necesario que renunció igualmente.

Respecto de los hechos, reconoce que entre las partes se firmó un contrato de depósito y administración de valores concretamente participaciones preferentes caja Madrid 2009 fecha de suscripción 22/5/2009 número de títulos 7000 importe 700.000 €. Indicando que en todo momento se le dio una información pre contractual adecuada a las características personales

SEGUNDO.- La fundamentación jurídica del tema planteado debe partir de un estudio general del "vicio del consentimiento", para, con posterioridad tener en cuenta la propia regulación



legal en la materia de las inversiones financieras y con todo, aplicarlo al supuesto concreto de autos.

"Será nulo -señala el art. 1265 CC- el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo." El error invalidante -recogido en el art. 1266 CC- se refiere al error en los contratos en que concurren los supuestos del art. 1261.

Es el relativo a las cualidades del objeto y a la identidad o cualidades de las personas del otro contratante. Hay consentimiento acerca del objeto y de la causa, igualmente, existen en la realidad el objeto y la causa queridos en el contrato, pero las cualidades del objeto consentido y señalado no son en realidad tal y como se han previsto en el contrato.

El error produce la insatisfacción del interés que a través del contrato las partes aspiraban a satisfacer.

Respecto de los requisitos que deben concurrir para apreciar el error en la voluntad -consentimiento- del contratante, es doctrina tradicional, la que exige la "esencialidad" y la "excusabilidad". El carácter esencial se refiere a la "finalidad del negocio al fin perseguido conjuntamente por las partes.

Por su parte, es inexcusable el error, cuando "puede ser evitado, empleando una diligencia media o regular".

El T.S. valora las circunstancias de toda índole, incluso las personales, no sólo del que ha padecido el error, sino también del otro contratante.

La apreciación de la excusabilidad del error ha llevado al T.S. más lejos, existen sentencias que justifican la estimación del error porque el mismo se ha padecido por un contratante por razones imputables al otro. Así, cuando el error es debido, bien a maquinaciones dolosas, o a la confianza provocada por las afirmaciones o conducta del otro contratante (por ejemplo S.T.S. antigua 20-XI-73)-

Este error-vicio, que se produce cuando se forra la voluntad del contratante sobre una presuposición inexacta, ha de ser, entre otros requisitos, excusable. Así lo exige la jurisprudencia -Sentencia de 21 de mayo de 2000- que toma en consideración la conducta de quien lo sufre y niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que le es exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoró y, en la situación de conflicto producida -



la concede a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida -excusabilidad-.

Es lógico que un elemental respeto a la palabra dada "pacta sunt servanda"- imponga la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y pueda, quien lo suscribió, quedar desvinculado.

A fin, el contrato constituye el instrumento jurídico por el que quienes lo celebran en ejercicio de su libertad -autonomía de la voluntad deciden crear una relación jurídica entre ellos y someterse a una "lex privata" cuyo contenido determinan. La seguridad jurídica asentada en el respeto a lo pactado impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos - Sentencia T.S. 15 de febrero de 1977 reiterada por Sentencia de 21 de noviembre de 2012 -.

No obstante, este principio fundamental y digno de respeto en el ámbito de las relaciones, no ya personales, sino económicas y contractuales, se ve necesitado, ahora más que nunca, de ser mitigado o/y relacionado con el principio, también tradicional, "rebus sic stantibus".

TERCERO.- La relación existente entre las partes procesales, según documentación aportada y declaraciones efectuadas en acto de juicio, está constituida básicamente por la orden de suscripción de participaciones preferentes celebrada en fecha 22/5/2009, habiéndose efectuado en representación de la menor por el actor, número de orden 851011250012 Respecto de la calificación jurídica de la relación contractual "acción preferente", señalar que se trata de un producto estructurado bancario, es un tipo de activo que, por sus características, entre otras, su carácter, perpetuo, los requisitos a los que se condiciona la percepción de la remuneración y su prelación por detrás de los acreedores en caso de liquidación y/o insolvencia del emisor y/o garante, no es de riesgo bajo, sino que, por el contrario, puede considerarse de riesgo elevado.

Destacar dos puntualizaciones del producto bancario de referencia, la iliquidez y la perpetuidad. La primera supone que el inversor experimenta grandes dificultades en caso de necesitar liquidar la inversión en el mercado secundario y puede experimentar grandes pérdidas exclusivamente por esta circunstancia. La perpetuidad existe, por cuanto el ejercicio de la opción de amortización solamente se llevará a cabo cuando al emisor le interese.

CUARTO.-En este punto es preciso responder al interrogante: es apreciable error en el consentimiento en los términos establecidos en anterior fundamento ¿ A lo largo del procedimiento ha quedado acreditado el carácter minorista que se atribuye al actor en el sentido de grado de conocimiento financiero.

Las circunstancias personales de don acreditaban este extremo, fue la intención de garantizar un dinero que le correspondía a su hija como consecuencia de una desgracia personal la que lo movió a contratar este producto, con el fin de salvaguardar dicha cantidad y asegurar el futuro de su hija. Decidió invertir siguiendo las recomendaciones del director de la sucursal de caja Madrid don Cipriano Galván que le fue presentado por su cuñado. Señalar que aún cuando conste visto el documento remitido por el banco Santander-que es extitular de otras inversiones, no supone un conocimiento expreso y pormenorizado del producto concreto de las participaciones preferentes. En el acto del juicio y vista la declaración, se puso de manifiesto que no trataba de contratar un producto, que aun cuando le diera una rentabilidad del 7%, no suponía una garantía del mantenimiento de la indemnización de su hija -entendi en consecuencia que se trataba de un producto a plazo fijo-

Entrando, así, en el apartado de la "concurrencia" del requisito de la excusabilidad, es decir, cabe plantearse el interrogante de ¿si el actor hubiera adoptado diligencia suficiente para entender la realidad de lo afirmado, hubiere tenido conciencia del producto bancario firmado?.

Para llegar a esta conclusión es preciso ahondar en la conducta del Banco, en cuanto entidad financiera, por cuanto, como se dijo en anterior fundamento "...se estimó el error porque el mismo se ha padecido por un contratante por razones imputables al otro".

QUINTO.- El cliente-consumidor que confía su cartera de valores o sus ahorros a la entidad bancaria para su inversión con la pretensión de obtención de una alta rentabilidad (o al menos la mejor posible), asume desde luego el riesgo de la operación pues en definitiva se trata de la obtención de frutos civiles de su patrimonio. Pero, queda exigir a la entidad que gestiona su cartera de valores o sus fondos que al invertir actúe con los parámetros de profesionalidad cualificada, cumpliendo la normativa que regula la materia que impone estrictas obligaciones a estas entidades que repercuten en normas de derecho público en cuanto tratan de asegurar la



limpieza y eficacia del mercado de valores pero que trascienden a las relaciones privadas entre el banco y su cliente.

En primer lugar y a tenor de la Ley 7/98 de 13/4 sobre Condiciones Generales de contratación hay que estar al sistema restrictivo de requisitos formales de incorporación para que una cláusula general se considere adjuntada a derecho. Se limita la incorporación de cláusulas generales al contrato y por ello condicionan su carácter de fuentes de las obligaciones. Tal como ocurre con la obligación de información previa al cliente bancario y la firma con la aceptación de todas las cláusulas del contrato según el artículo 5 de la mencionada ley. Por ello se declaran nulas aquellas condiciones generales de la contratación bancaria de administración de valores que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta ley o en cualquier otra imperativa, según el art. 1 de la misma. En todo caso no quedan incorporadas al contrato bancario aquellas condiciones generales que el cliente adherente no hubiere tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o si no han sido firmadas cuando era necesario, ni las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incompresibles salvo que éstas hubieran sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a las normas específicas de disciplina bancaria sobre transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato según el art. 7 a) de la indicada disposición. El art. 5.1.2 LCGC impone además la obligación específica de facilitar al cliente adherente, previa información, un ejemplar del contrato, de forma que si no hay entrega de tal ejemplar, hay que entender que el cliente no se ha adherido a esas condiciones generales.

Ahora bien; la pieza maestra de la protección de los inversores en el ámbito en que nos movemos se contiene en la Ley del Mercado de Valores LMV ley 24/88 de 24/11 reformada por la ley 47/07 que introduce el fundamental artículo 79 bis. La LMV en los arts. 63) i d) y a) y en el art. 63.2) viene a dibujar un sistema de exigencias a las entidades financieras con un evidente afán de proteger la transparencia del mercado en general y los intereses de los inversores ya profesionales ya minoristas en particular. Estas normas también, las anteriores al 2007 CMV exigen un código de comportamiento de carácter vinculante para los intermediarios financieros que actúan en el mercado de valores y las entidades financieras que desarrollan esta actividad quedan vinculadas subjetivamente a tales normas por cuanto principiando por el deber genérico reconocido en los arts. 78, 79 y 80 de la LMV



que remite al acervo normativo compuesto por las normas, código general de conducta y reglamentos internos de conducta que vinculan a la entidad financiera y a sus empleados y que parten del postulado de exigir a esas entidades de crédito cumplir su encargo administrando los valores confiados con diligencia y transparencia, siempre en interés del cliente.

Dicho sometimiento se reforzó en su día de acuerdo con el artículo 8.1 del RD 867/2001 DE 20/7 (RCL 2001,1990), significándose ser por la mejor doctrina que en derecho comparado se afirma la responsabilidad civil del intermediario financiero incumplidor de las normas de conducta frente al cliente.

El art. 64 RD 217/2008, de 15 de febrero, regula con mayor detalle este deber de información sobre los instrumentos financieros y especifica que la entidad financiera debe proporcionar a sus clientes, (...), una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional. En la descripción se deberá incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas.

En su apartado 2. Concreta que "en la explicación de los riesgos deberá incluirse, cuando sea justificado en función del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los conocimientos y perfil del cliente, la siguiente información:

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.

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

Las entidades financieras deben valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionarsele en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad.

SEXTO.- El requisito, en consecuencia, señalado en anterior fundamento respecto de que hay que valorar las circunstancias de toda índole, no sólo de quien padece el error sino también del otro contratante resultan acreditados en autos.

El actor padeció un error inexcusable porque el banco no le informó adecuadamente de la gran complejidad del producto. Ni aún con un mayor esfuerzo intelectual se hubiera podido recuperar el error. Siendo que una información completa hubiese exigido informarle que se trata de un producto ilíquido, perpetuo, en el que el rescate depende de la voluntad del emisor generando en este un derecho pero no una obligación. Esto genera un riesgo elevado en el cliente inversor quien en caso de necesidad de liquidez se encontrará a expensas de un mercado secundario.

Al ser excusable el error vicia el consentimiento y el contrato celebrado es nulo.

SEPTIMO.- De conformidad con los artículos 1100, 1108 y 1109 del código Civil, a la cantidad reclamada le será de aplicación el interés legal del dinero desde la fecha de interposición de la demanda hasta la de la presente resolución, a partir de la cual será de aplicación el interés previsto en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

OCTAVO.- Respecto de las costas deben ser impuestas al demandado conforme artículo 394 de la ley de enjuiciamiento civil y "principio de vencimiento objetivo".

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación al caso

FALLO

Estimando la demanda interpuesta por el procurador del Antonio García Martínez en nombre de presentación de



que actúa en nombre y representación de su hija menor de edad doña [redacted] frente a la mercantil Bankia representada por don Francisco José Abajo Abril debo declarar y declararé la nulidad del contrato celebrado entre las partes procesales condenando a las partes a la restitución mutua de las cantidades percibidas más el interés correspondiente desde la fecha de presentación de la demanda hasta el total pago de la deuda.

Con expresa imposición de costas a la parte demandada

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de APELACIÓN en el plazo de VEINTE DIAS, ante este Juzgado, para su resolución por la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid (artículos 458 y siguientes de la L.R.Civil), previa constitución de un depósito de 50 euros, en la cuenta 2546-0000-04-0931-13 de este Órgano.

Si las cantidades van a ser ingresadas por transferencia bancaria, deberá ingresarlas en la cuenta número IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274, indicando en el campo beneficiario Juzgado de 1ª Instancia nº 52 de Madrid, y en el campo observaciones o concepto se consignarán los siguientes dígitos 2546-0000-04-0931-13 (sin guiones ni espacios).

Así mismo deberá aportar justificante del pago de la tasa prevista en la Ley 10/2012 de 20 de noviembre por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

Así por esta sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

El/la Juez/Magistrado/a Juez

PUBLICACIÓN: En la fecha 23-3-2015 fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy lo.



Madrid