



abogados

Calle Gran Vía 78, 6 Dcha
MADRID

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 02 DE MADRID

C/ Capitán Haya, 66 , Planta 1 - 28020

Tfno: 914932677

Fax: 914932679

42020310

NIG: 28.079.00.2-2015/0280620

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 1803/2015

SENTENCIA Nº 231/2016

En Madrid a doce de septiembre de dos mil dieciséis.

Vistos por D^a. Cristina Fernández gil, Magistrada-Juez de Primera Instancia del juzgado número dos de Madrid, los presentes autos de juicio ordinario de nulidad del contrato y reclamación de cantidad, tramitados con el núm. 1903/15 a instancia de ..., representada por el procurador D. Emilio García Guillén y asistido por el letrado D. Ignacio Ferrer-Bonsoms Millet contra Caixabank SA, representado por el procurador D. Javier Segura Zariquiey y asistido por el letrado D. Ignacio Trillo González.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por turno de reparto correspondió a este Juzgado demanda de juicio ordinario de declaración de nulidad y reclamación de cantidad, formulada por el procurado D. Emilio García Guillén, en la representación que tiene acreditada contra Caixabank SA alegando, en síntesis, que había adquirido por error un producto de bono estructurado y después de alegar los fundamentos de derecho que estimó aplicables terminó suplicando se dicte sentencia por la que:

1.- Declara la nulidad por vicios/error en el consentimiento del contrato de la orden de compra de 26 de febrero de 2008 y como consecuencia de la misma procede la reciproca devolución de las prestaciones y se condene a la demandada a estar y pasar por dicha declaración y en consecuencia a abonar a la actora la cantidad de 15.571,13 euros, más el interés legal desde la fecha de la entrega.

2.- Subsidiariamente se declare que Caixabank SA ha sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones de diligencia por no advertir de la incoherencia existente entre el riesgo del producto (alto) y el perfil inversor de la actora (medio-bajo), por no desaconsejar la contratación del producto,

www.ferrer-bonsoms.com

Ferrer-Bonsoms, Abogados
Madrid Sevilla Pamplona



abogados

Calle Gran Vía 78, 6 Dcha
MADRID

recomendar un producto no conveniente al perfil inversor y por no efectuar el preceptivo estudio (test de conveniencia e idoneidad) y condene a la demandada a estar y pasar por dicha declaración y en consecuencia a abonar a la actora la cantidad de 15.571,13 euros, más el interés legal desde la fecha de la entrega.

3.- Subsidiariamente se declare la resolución de la confirmación de la orden de compra de 26 de febrero de 2008 y que, como consecuencia de la misma, procede la recíproca devolución de las prestaciones y se condene a la demandada a estar y pasar por dicha declaración y en consecuencia abonar a la actora la cantidad de 15.571,13 euros, más el interés legal desde la fecha de la entrega.

4.- Declare la nulidad de la orden de compra de 26 de febrero de 2008 y ello por el incumplimiento de la demandada de las normas imperativas y prohibitivas por la falta de transparencia y se condene a la demandada estar y pasar por dicha declaración y en consecuencia a abonar a la actora la cantidad de 15.571,13 euros, más el interés legal desde la fecha de la entrega.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda por decreto de 9 de febrero de 2016, se emplazó a la parte demandada para que contestara a la demanda, lo que verificó por medio de escrito de 8 de abril de 2016 alegando caducidad de la acción y haber cumplido con todas las obligaciones, por lo que interesaba el dictado de una sentencia absolutoria.

TERCERO.- Por diligencia de ordenación de 3 de mayo de 2016 se señaló día para la audiencia previa que tuvo lugar con la asistencia de todas partes, que se ratificaron en sus escritos, sin que fuera posible el acuerdo, proponiendo como prueba la parte actora la documental y la testifical y por la parte demanda el interrogatorio de parte, la documental y testifical, que fueron declaradas pertinentes y señalándose día para la celebración del juicio, en el que tuvo lugar la práctica de las pruebas no renunciadas, quedando estos autos vistos para dictar sentencia, tras formular las partes oralmente sus conclusiones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Alega la demandada la caducidad de la acción ejercitada por haber transcurrido el plazo de cuatro años previsto en el art. 1301, considerando que la “la relación jurídica para la adquisición del bono se define a partir del mandato de inversión de la parte actora a Barclays, no por un título de compraventa entre los litigantes. Esta relación negocial, definida en el art. 63.1 b) LVI, se agota y consume con la posterior

www.ferrer-bonsoms.com

Ferrer-Bonsoms, Abogados
Madrid Sevilla Pamplona



abogados

Calle Gran Vía 78, 6 Dcha
MADRID

ejecución de la operación que Barclays lleva a cabo por cuenta de su cliente” que la relación de intermediación se perfecciona al otorgar mandato de compra el cliente al banco y se consuma con su ejecución días después. Cuestión diferente es que el inversor quede relacionado o vinculado a una tercera entidad emisora mediante un título valor y que Barclays haya actuado como intermediario, pero esto no determina que la relación de intermediación se prolongue en el tiempo, pues está agostada. Ahora bien, como después se expondrá, nos encontramos ante un asesoramiento de inversión financiera y no ante una simple actuación de intermediario o comisionista, por lo que no puede fijarse la fecha inicial en la ejecución del mandato de compra. Manifiesta también el demandado que “la demandante recibía información mensual en su domicilio, en la se le comunicaba el valor de su inversión en cada momento. Así, a la luz de los extractos aportados la actora salió de su error, como tarde, en enero de 2009 y que ya refleja una importante pérdida de valor de la inversión”, por lo que la acción estaría caducada, siguiendo el criterio mantenido STS de 12 de enero de 2015. Esta sentencia ha declarado que “... no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento. Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas d gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error”. Y, en este caso, no fue hasta que venció el producto cuando el demandado pudo comprobar que se trataba de un producto de alto riesgo, hasta el punto de que de una inversión inicial de 17.050,81 euros, sólo le devolvían 1.615 euros. No puede considerarse caducada la acción.

SEGUNDO.- Es un hecho acreditado que el día 26 de febrero de 2008, el hijo de la actora suscribió un bono estructurado emitido por Societé Generale Acceptance N.V denominado comercialmente “Bono autocancelable RBS, BBVA, San, Cupón 16%”. Los bonos estructurados constituyen instrumentos financieros complejos y de alto riesgo, consistentes en bonos emitidos por una tercera entidad, y cuya rentabilidad se vincula a la evolución en el mercado de unos valores subyacentes, que en esta Litis eran acciones de RBS, BBVA y Santander. Manifiesta el demandado que “A principios de 2008, debido a que la cotización de sus paquetes de acciones de ACS no satisfacían la rentabilidad deseada por la parte actora, esta se interesó por distintas alternativas de

www.ferrer-bonsoms.com

Ferrer-Bonsoms, Abogados
Madrid Sevilla Pamplona



abogados

Calle Gran Vía 78, 6 Dcha
MADRID

inversión. Fue la parte actora quien le solicitó al Banco opciones de inversión de máxima rentabilidad”, sin que hubiera existido servicio de asesoramiento financiero, pero no es esto lo manifestado por D. A quien declaró que fue desde la oficina bancaria desde donde se llamó a los clientes que tenían un determinado patrimonio para ofrecerles este producto y que fu él quien ofreció el producto al hijo de la actora. La cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no siempre es fácil, pues 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 de STJUE de 30/05/2013, caso Genil 48, C-604/2011), y tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir el producto realizada por la entidad financiera al cliente inversor, que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público (apartado 55)”. Y tal como establece la STS de 25 de febrero de 2016 “no es requisito imprescindible la existencia de un contrato remunerado “ad hoc” para la prestación de tal asesoramiento, ni que estas inversiones se incluyeran en un contrato de gestión de carteras suscrito por la demandante y la entidad financiera. Basta con que la iniciativa parata de la empresa de inversión y que sea ésta la que ofrezca el producto a sus clientes, recomendándoles su adquisición”, lo que ocurrió en este caso, a la vista de la prueba practicada. Pues bien, para recomendar un producto deben conocerse la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente, manifestando el testigo que eran por él conocidos, siendo consciente de que el hijo estaba gestionando el patrimonio de su madre y que estaba a asumir algo de riesgo para buscar rentabilidad. Es decir, un riesgo medio-bajo, que responde a la calificación que tenía el producto ofrecido por Barclays. Consta, sin embargo, que, al efectuar esta calificación, Barclays erró. Consta así como un documento de Barclays, aportado con nº3 con la demanda, e 2 de julio de 2010, en que tras identificar los bonos afectados, se dice “Que posteriormente se ha detectado un error en la aplicación de los criterios de clasificación de productos del Banco, como consecuencia del cual los bonos fueron erróneamente clasificados desde el punto de vista de su nivel de riesgo. En concreto, se les asignó un nivel de riesgo 2 (medio-bajo) cuando lo procedente, de acuerdo con los criterios del Banco, era 4 (alto)..., Barclays estima que dicho fallo, en determinados casos de clientes identificados en los sistemas del Banco como destinatarios del servicio de asesoramiento en materia de inversión (los “Clientes en Asesoramiento”) pudo dar lugar a que se formularan recomendaciones de compra que, de no media aquél, no se habrían formulado de acuerdo con los procedimientos del Banco”. Pues bien, en este caso, se recomendó a ... un producto de alto riesgo sin presentárselo como tal y conociendo que el actor estaba dispuesto a asumir algo de riesgo al gestionar el patrimonio de su madre, pero no la pérdida de casi total de lo invertido. Al respecto, el testigo ... manifestó que, en ningún momento le indicó que pudiera perder el 100% de

lo invertido, y que era impensable que la cotización de algunas de las acciones de esos tres banco fuera a caer por debajo del 50%, como finalmente ocurrió. Conociendo que estaba gestionando patrimonio de una persona de avanzada edad no debió recomendarle un producto de tan alto riesgo, y si lo hizo es de suponer que se debió al error en cuanto a la calificación del producto que se presentaba como de riesgo medio-bajo, que es lo que transmitió al cliente. La jurisprudencia admite que un defecto de información adecuada puede dar lugar al error vicio (STS de 20/10/2013, 20/01/2014) o permite presumirlo (STS Pleno de 12/01/2015). La STS de 7 de julio de 2014 lo refrenda: “El deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente”. Y según la STS (pleno) de 12 de enero de 2015: “En el ámbito del mercado de valores y los productos y servicios de inversión, el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, 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 de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo, de acuerdo con lo declarado por esta sala en la citada sentencia num. 840/2013, de 20 de enero de 2014 y reiterado en sentencias posteriores”. Se parecía pues, en este caso, atendida la errónea calificación del riesgo del producto un error en el consentimiento que determina la anulabilidad del contrato y la estimación de la demanda.

TERCERO.- Al haberse estimado la demanda las costas se imponen a la parte demandada.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que estimando la demanda promovida por ..., representada por el procurador D. Emilio García Guillén y asistido por el letrado D. Ignacio Ferrer-Bonsoms Millet contra Caixabank SA, representado por el procurado D. Javier Segura Zariquiey y asistido por el letrado D. Ignacio Trillo González debo declarar y declaro la nulidad por vicios/error en el consentimiento del contrato de la orden de compra de 26 de febrero e 2008 y como consecuencia de la misma la reciproca devolución de las prestaciones condenando a la



abogados

Calle Gran Vía 78, 6 Dcha
MADRID

demandada a abonar a la actora la cantidad de 15.750,13 euros, más el interés legal desde la fecha de la entrega y costas causadas.

Así por esta mi sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

Contra esta sentencia podrá interponerse recurso de apelación en el plazo de veinte días a partir de su notificación ante este Juzgado y para ante la Audiencia Provincial de Madrid. Asimismo se le hace saber que deberá consignar como depósito, al interponer el recurso, la cantidad de 50 euros en la cuenta de consignaciones de este Juzgado nº. 2430 0000 02 1803 15, debiendo acompañar justificante del ingreso.

PUBLICACION: Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Sra. Juez que suscribe, estando celebrando Audiencia pública en el día de su fecha, doy fe.