Administración de Justicia

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 86 DE MADRID
C/ María de Molina, 42 - 28006
Tfno: 914930893
Fax: 914930900
42020310

(01) 30241346691

NIG: 28.079.42.2-2014/0020730
Procedimiento: Procedimiento Ordinario 179/2014
Materia:

Demandante:

Demandado: BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES DE SALAMANCA Y SORIA S.A.U.
PROCURADOR D./Dña. EVENCIO CONDE DE GREGORIO

SENTENCIA Nº 236/2014

JUEZ/MAGISTRADO- JUEZ: D./Dña. ARANCHA MARTIN DE LA CRUZ
Lugar: Madrid
Fecha: dieciséis de diciembre de dos mil catorce

Vistos por mí Doña Arancha Martín de la Cruz, Juez del Juzgado de Primera Instancia número 86 de Madrid, los presentes autos de juicio ordinario que con el número 179/2014, se han seguido en este Juzgado, y en los que han sido parte, como demandante

representados por el Procurador de los Tribunales D. Argimiro Vázquez Guillén, y defendidos por el Letrado Dª. Rosa Mª. Mauri Obradors, y de otra, y como demandado, Banco Caja España de Inversiones Salamanca y Soria representada por el Procurador de los Tribunales D. Evencio Conde de Gregorio y defendida por el Letrado Dª. Laura Gómez Hernández, sobre acción de nulidad contractual, subsidiariamente acción de resolución contractual y reclamación de cantidad,

18 DIC 2014

19 DIC 2014

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que por la referida parte actora se dedujo demanda, turnada a este Juzgado, en la que tras alegar una serie de hechos y fundamentos de derecho que en aras a la brevedad se dan por reproducidos, terminaba por suplicar que previos los demás trámites legales, en su día dicte sentencia por la que, declare:
La NULIDAD por vicio en el consentimiento prestado por error, de la orden de suscripción de obligaciones subordinadas Caja Duero 2009, de fecha 20 de julio de 2009, suscrita por la actora, con las consecuencias previstas en el artículo 1.303 del CC, es decir el consiguiente regreso al status inicial; esto es, la restitución a la parte actora del capital total invertido (50.000 €) con el interés legal desde la fecha de la inversión hasta la efectiva restitución de la

Madrid

cantidad invertida, minorado en la cuantía de los intereses abonados por la mercantil demandada e incrementada con el interés legal, con la condena a Banco CEISS, a estar y pasar por tales declaraciones, con aplicación de los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda e incrementado en dos puntos desde la sentencia, en virtud del artículo 576 de la LEC, con expresa condena en costas a la demandada.
SUBSDIDIARIAMENTE que se dicte sentencia por la que se declare la RESOLUCION POR INCUMPLIMIENTO del contrato formalizado mediante la ORDEN DE COMPRA de obligaciones subordinadas anteriormente referido, al amparo del artículo 1.124 del CC, esto es con, indemnización equivalente a la devolución del capital invertido más los intereses legales desde la fecha de la inversión hasta la efectiva restitución de la cantidad invertida, con expresa condena en costas a la demandada.
SEGUNDO.- Una vez admitida la demanda, se acordó efectuar el traslado de la misma a la demandada, emplazándola a fin de que compareciera y contestara a la demanda en el plazo de veinte días, y verificado tal emplazamiento, se presentó escrito por la representación procesal de la de las demandada por el que contestaba a la demanda, oponiéndose a la misma con base a los hechos y fundamentos de derecho que dejo consignados y que en aras a la brevedad se reproducen, terminando con la súplica al Juzgado que previos los trámites procesales pertinentes, en su día dicte Sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda interpuesta de contrario contra su representada, y todo ello con expresa condena en costas a la parte demandante.
TERCERO.- Mediante diligencia de ordenación, se tuvo por contestada la demanda y se señaló fecha para la celebración de la correspondiente audiencia previa, la cual se celebró con la asistencia de las partes y el resultado que obra en la grabación y el acta extendida al efecto por la Sra. Secretaria, en la que tras efectuarse las alegaciones oportunas, se recibió el pleito a prueba, admitiéndose las pruebas documental e interrogatorio, señalándose fecha para la celebración del juicio.
CUARTO.- Celebrado el juicio en el día y hora señalados, comparecieron las partes y habiéndose practicado los medios de prueba que fueron propuestos y admitidos, quedaron los autos para dictar sentencia, tras haberse efectuado por las partes las correspondientes conclusiones.
QUINTO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es pretensión de la parte actora, que se declare la nulidad o anulabilidad de la orden de suscripción de deuda subordinada a que se refieren las presentes, con condena a restituir la cantidad invertida de 50.000 euros, más los intereses devengados, con descuento de los percibidos, y subsidiariamente la resolución contractual y la condena a la cantidad indicada en concepto de indemnización de daños y perjuicios. Basa la actora tales pretensiones en la circunstancia de que con fechas 20 de julio de 2009 suscribió una orden de compra de obligaciones subordinadas por valor de 50.000 euros, indicando que el Sr. Seisdedos, que fue quien acudió a la sucursal y suscribió el producto, no tiene conocimientos especializados en materia financiera y que adquirió el producto por recomendación de los empleados de la sucursal, movido por la relación de confianza en la entidad y las

recomendaciones de los gestores de la oficina, quienes al vencimiento de cada depósito le aconsejaban otro producto similar. Asimismo, pone de manifiesto que el test de conveniencia que suscribió, fue meramente formal, y la documentación entregada no le fue debidamente explicada, y no queda constancia de su lectura y conocimiento de su información. Asimismo señala la actora que no se hizo el test de idoneidad, que considera necesario.

Se opone la demandada a tal pretensión alegando en síntesis, la caducidad de la acción y que cumplió con todas las obligaciones impuestas legalmente. Asimismo pone de manifiesto que se le facilitó toda la información necesaria para la contratación, en la que constan los riesgos, siendo por tanto exhaustiva y fácilmente comprensible, y que se practicó el test de conveniencia arrojando como resultado conveniente.

SEGUNDO.- La deuda subordinada se regula en la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros.

En cuanto al concepto de deuda subordinada, debe citarse la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 29 de abril de 2014, que las define del siguiente modo: "*se trata de instrumentos híbridos de capital, que combinan características propias tanto de la renta fija como de la renta variable; que, a diferencia de las Participaciones Preferentes, están sujetas a un plazo de vencimiento; que forman parte de los recursos propios del emisor, que proporcionan un interés fijo y posteriormente variable; que por su orden de prelación de crédito, se sitúan por detrás de los acreedores comunes y delante de las cuotas participativas y participaciones preferentes emitidas y garantizadas por el emisor; que no tienen derechos políticos ni de suscripción preferente; que incorporan una opción de amortización anticipada en favor del emisor; que cotizan en un mercado secundario- en el caso que nos ocupa, en la Bolsa de Valencia. Se trata, en definitiva, de productos esencialmente complejos, radicando dicha complejidad, entre otras cuestiones y centrándonos en origen del problema que ha motivado la demanda, en las dificultades que para un no-profesional presenta alcanzar a comprender hasta qué punto, especialmente en situaciones de crisis, dichos productos pueden tornarse extremadamente ilíquidos, de modo que, o uno no se puede desprender de ellos, o la venta implica la pérdida de gran parte del capital invertido.*

O como ha sintetizado algún autor: "Lo que en realidad se está haciendo no es más que financiar a esa entidad "comprando un título de discutible rentabilidad, escasísima liquidez y mucho riesgo, sin disfrutar de los derechos sociales que otorga la Ley al tenedor de acciones de una empresa con forma societaria. Es decir, se convierte en un accionista de segundo y acaba siendo el banco de su propio banco.""

En cuanto a la normativa específica aplicable, además de a lo pactado, ha de estarse a lo dispuesto en la ley de Mercado de Valores de 24/1988 de 28 de julio, reformado por la ley 47/07 de 19 de diciembre, y también ha de tenerse en cuenta la Ley 26/84 de 19 de julio, que actualmente se regula en el Real Decreto Legislativo 1/07 de 16 de noviembre, Texto Refundido de la ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en sintonía con la directiva 93/13/CEE del Consejo que advierte que la normativa de consumo afecta a todos aquellos contratos celebrados en el sector financiero y crediticio con un consumidor, extremo que concurre en el presente caso.

TERCERO.- La parte demandada opone, en primer término, la caducidad de la acción de nulidad ejercitada al haber transcurrido más de cuatro años entre la suscripción del producto y el ejercicio de la acción, en aplicación del artículo 1.301 CC.

El artículo 1.265 del mismo cuerpo legal indica que "será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo". Respecto al error, el artículo 1.266 del Código Civil exige, para que invalide el consentimiento que recaiga sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo.

El capítulo del Código Civil en que se encuentran enclavados estos preceptos regula la nulidad de los contratos, pero la terminología empleada es muy imprecisa, por eso se ha discutido si cuando en dichos artículos se habla de nulidad, ha de entenderse la misma, como de inexistencia contractual, de nulidad "ab radice" o de simple anulabilidad.

Ha declarado reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras muchas, las sentencia de 6 de septiembre de 2006, rec. 4805/1999, de 25 de julio de 1991 EDJ1991/8292 o de de 27 de febrero de 1997 ,rec. 24/1993) que la ambigüedad terminológica del artículo 1301 CC al referirse a la "acción de nulidad", ha sido precisada doctrinal y jurisprudencialmente en el sentido de distinguir lo que son supuestos de nulidad radical o absoluta y lo que constituyen supuestos de nulidad relativa o anulabilidad; dentro de estos últimos hay que incluir los casos normativos previstos en el citado precepto (error, violencia e intimidación, dolo o falsedad de la causa).

Del relato de hechos de la demanda el contrato no es de los que puedan calificarse como inexistentes por falta de alguno de los requisitos esenciales (art. 1261 del código civil) pero sí que pudiesen ser nulos de pleno derecho por infringir norma imperativa o prohibitiva (art. 6.3 del código civil) ya que se cita la contravención de la normativa de protección de inversores y de consumidores e usuarios, pero se hace hincapié en la nulidad por vicio del consentimiento, en cuyo caso la pretendida invalidez habría de conceptuarse dentro del grado menor, o anulabilidad y, como tal, susceptible de confirmación (arts. 1.300 y 1.310 del Código Civil.

El contrato por el vicio del consentimiento que se alega, no sería nulo de pleno derecho, sino anulable, y le es aplicable el plazo de cuatro años que para el ejercicio de la acción de anulabilidad establece el artículo 1.301 CC, plazo que es de prescripción y no de caducidad, (S.S. de 25 de abril de 1.960, 28 de marzo de 1.965 28 de octubre de 1.974 EDJ1974/487 , 27 de marzo de 1.987 EDJ1987/2444 y 27 de marzo de 1.989 EDJ1989/3328 , como las más emblemáticas).

Para el supuesto de error el mismo artículo 1.301 CC dispone que comienza a contarse desde la consumación del contrato, consumación que en los sinalagmáticos coincide con el total cumplimiento de las prestaciones de ambas partes (STS de 11 de junio de 2003 EDJ2003/29668 , que cita las de 5 de mayo de 1983, 11 de julio de 1984 EDJ1984/7304 y 27 de marzo de 1989 EDJ1989/3328).

En el presente caso ha de entenderse que el contrato no está consumado, pues no puede considerarse consumado el contrato sino a la fecha de vencimiento. La orden de suscripción de obligaciones subordinadas (documento 2 de la demanda), prevé que los valores serán amortizados el 28 de septiembre de 2019. Por tanto, hallándonos ante una obligación de tracto sucesivo cuyo vencimiento no estaba previsto hasta 2019, no habiéndose producido,

por tanto, aún la consumación del contrato, debe concluirse que no está caducada la acción de nulidad ejercitada.

CUARTO.- La cuestión relevante en las presentes actuaciones consiste en analizar, a luz de las pruebas practicadas y conforme a los criterios contenidos en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si ha existido o no incumplimiento relevante por parte de la entidad demandada, y por ende, si concurre o no vicio en el consentimiento prestado por la demandante.

Como resulta de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Mallorca de 2 de septiembre de 2009 respecto del proceso negociador que conduce a los clientes a la contratación, ciertamente es difícil conocer el grado de información resultante de las conversaciones mantenidas entre el cliente y los directores de la sucursal, pues se trata de conversaciones en las que únicamente intervienen los afectados por el litigio, normalmente sin participación de personas ajenas, de manera que las versiones de las partes afectadas suelen ser contradictorias, sin perjuicio de lo cual, la carga de la prueba de la información recae en la entidad bancaria (como se declara, entre otras en Sentencias de la AP Valencia de 19 de abril y 1 de julio de 2011) y la carga de la prueba del error de consentimiento recae sobre la parte que lo alega, para lo cual se hace necesario el examen de la prueba practicada en el proceso.

QUINTO.- .- En el caso que nos ocupa se alega en primer lugar la existencia de nulidad contractual por concurrencia de dolo y error. La ausencia de consentimiento según el artículo 1261 del Código Civil determinaría la nulidad del contrato, conforme a lo dispuesto en el artículo 1265 del Código civil, que concretamente establece "Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo".

El artículo 1.265 del Código Civil declara nulo el consentimiento prestado por error o dolo, exigiendo el artículo siguiente que, para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo. El error constituye un falso conocimiento de la realidad, capaz de dirigir la voluntad a la emisión de una declaración no efectivamente querida, y para que pueda provocar la nulidad relativa del contrato, debe reunir los dos siguientes fundamentales requisitos: A) Que sea sustancial y derivado de actos desconocidos para el que se obliga, referida a las cualidades esenciales de la cosa (entre otras muchas STS de 17 de mayo de 1.988 y 4 de diciembre de 1.990), no pudiendo nunca constituir este vicio, el mero error de cálculo, o de las previsiones o combinaciones negociales (STS de 27 de mayo de 1.982 , 17 de octubre de 1.989). B) Que, aparte de no ser imputable al que lo padece, el referido error no haya podido ser evitado mediante el empleo, por el que lo padeció, de una diligencia media o regular, teniendo en cuenta la condición de las personas, no sólo del que lo invoca, sino de la otra parte contratante, cuando el error pueda ser debido a la confianza provocada por las afirmaciones o la conducta de ésta. (STS de 4 de diciembre de 1.994 y 21 de mayo de 1.997, que, a su vez, citan otras muchas). La diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, pues la función básica del requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte, que la merece por la confianza infundida por la declaración (STS de 28 de septiembre de 1.996). En la STS de 21 de junio de 1.978 se señala que la exigencia del requisito de la excusabilidad del error de un contratante se base además de en el principio de la responsabilidad, en los de protección de la buena fe y seguridad en el comercio jurídico,

pues hay que entender que el principio de responsabilidad negocial entraña el deber de informarse por razones de seguridad jurídica antes de comprometerse.
Tales vicios han de ser apreciados con extraordinaria cautela y con carácter excepcional o restrictivo, en aras a la seguridad jurídica y al fiel y exacto cumplimiento de lo pactado, por lo que la carga de la prueba incumbe a quien lo alega, y debe quedar cumplidamente probado. (STS de 30 de junio de 1.988 y 4 de diciembre de 1.990, entre otras).
SEXTO.- Atendiendo el criterio jurisprudencial expuesto, asimismo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 14 de noviembre de 2005, recogió que la especial complejidad del sector financiero - terminología, casuismo, constante innovación de las fórmulas jurídicas, transferencia de riesgos a los clientes adquirentes... - dotan al mismo de peculiaridades propias y distintas respecto de otros sectores, que conllevan la necesidad de dotar al consumidor de la adecuada protección tanto en la fase precontractual - mediante mecanismos de garantía de transparencia de mercado y de adecuada información al consumidor (pues sólo un consumidor bien informado puede elegir el producto que mejor conviene a sus necesidades y efectuar una correcta contratación) - como en la fase contractual - mediante la normativa sobre cláusulas abusivas y condiciones generales, a fin de que la relación guarde un adecuado equilibrio de prestaciones - como finalmente, en la fase postcontractual, cuando se arbitran los mecanismos de reclamación.
Deber de información reduplicado cuando de consumidores y usuarios se trata, como es el caso y es reconocido por la propia parte apelante. Consumidores minoristas como ya se ha aclarado en el fundamento jurídico segundo que, según lo dispuesto ya en el art. 13 Ley 26/1984, de 19 de julio, para la defensa de los consumidores y usuarios, o en su Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, art. 60, debe existir una información previa al contrato, relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales y en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas. Información comprensible y adaptada a las circunstancias."
En el presente caso ha de tenerse en cuenta que la demandada, a cuyo cargo corre la prueba de haber suministrado la correspondiente información a su cliente, no logra justificar que facilitara la información que se dice dio al demandante, pues negada tal circunstancia por la parte actora, no se ha practicado la prueba testifical de la persona que comercializó el producto, al no haberse propuesto como medio de prueba por ninguna de las partes.
Por ello ha de concluirse que no queda justificado que se facilitara a la actora la información necesaria y precisa para que se formara una idea cabal y exacta del producto que contrataba y sus riesgos y no pudiendo concluirse que se transmitiera al , de una forma clara y exhaustiva, la propia definición y características del producto, la descripción del riesgo, ni los factores que determinarían su rentabilidad positiva o negativa; de otro lado, la entrega y firma de la documentación escrita no justifica que la demandada facilitara la información suficiente, pues la falta de claridad, precisión y exhaustividad de tales documentos hace imposible su comprensión por personas que no tengan conocimientos financieros especializados, como sucede en el presente caso, pues no consta que el tuviera conocimientos financieros especializados, sin que conste que tenga ningún tipo de formación financiera, independientemente de su formación académica.
En cuanto a las inversiones acometidas por el con anterioridad a la suscripción del producto litigioso, no siendo relevantes las posteriores en cuanto que el alegado vicio del consentimiento se produjo, en su caso, en el momento de la contratación, 2009, consistían en cuentas a la vista, depósitos, títulos de deuda pública y algunos fondos de inversión, no constando respecto de estos últimos si son garantizados o no (documentos 4

de la contestación a la demanda y remitidos por la AEAT). Ciertamente, los títulos de deuda pública también son activos de renta fija al igual que las obligaciones subordinadas, sin embargo, el riesgo de perder el nominal invertido es menor en la medida en que su garante es el Estado. Pero en todo caso, tampoco consta que la sola titularidad de tales bonos permitiera conocer al los riesgos de la inversión que acometía al suscribir los títulos de deuda. En cuanto a la titularidad de fondos de inversión, no constando si son garantizados o no, las características de tales fondos ni que los adquiriese conociendo las mismas, al haber manifestado el que todas sus inversiones las hacía por recomendación del personal bancario y movido por vínculos de confianza, sin que se haya practicado prueba testifical alguna que desacredite su declaración, no puede considerarse probado que conociera las características y riesgos de la deuda subordinada a que se refieren las presentes ni que estuviera capacitado para entender los riesgos de que advierte el tríptico-resumen del folleto de emisión de las obligaciones subordinadas, al no ser suficientemente claro y comprensible para personas sin conocimientos especializados en materia financiera. A la misma conclusión ha de llegarse respecto del resto de los demandantes.

Así, en cuanto al "onus probandi" del correcto asesoramiento e información hay que señalar que la carga probatoria acerca de tal extremo debe pesar sobre el profesional financiero, respecto del cuál la diligencia exigible 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, lo cual por otra parte es lógico por cuanto desde la perspectiva de éstos últimos se trataría de un hecho negativo como es la ausencia de dicha información (Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 26-04-2006).

La Ley de Mercados de Valores y el Código General de Conducta de los Mercados de Valores, en lo relativo a la información a suministrar al cliente, considera que las entidades deben ofrecer y suministrar a sus clientes toda la información relevante para la adopción por ellos de las decisiones de inversión, dedicando el tiempo y la atención adecuada para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos. Con arreglo a tal normativa, la información debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y haciendo expreso hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo a fin de que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata.

SÉPTIMO.- En el presente caso es claro que teniendo en cuenta por un lado, el grado de formación del Sr. Seisdedos en este tipo de operaciones, que como se ha expuesto no consta que lo tuviera, así como la especial complejidad del sector financiero a que antes se ha hecho referencia, como las concretas circunstancias en las que se produjo la contratación, ha de concluirse que se ha producido error esencial e invalidante, capaz de anular el contrato, que requiere, en palabras de la sentencia del TS de 17 de febrero de 2005, "... que el mismo no sea imputable a quien lo padece, y tal cosa sucede cuando quien lo invoca podría haberlo eliminado empleando una diligencia normal adecuada a las circunstancias, es decir, una diligencia media teniendo en cuenta la condición de las personas, pues de acuerdo con los postulados de la buena fe el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien no merece dicha protección por su conducta negligente (sentencias de 24 de enero de 2003 , 12 de julio de 2002 y 30 de septiembre de 1999 , entre otras)", y todo ello con base al desconocimiento de lo que realmente estaban contratando ante la falta de información adecuada de la entidad bancaria, de las consecuencias y efectos reales del tipo de contrato que firmaban.

La tendencia del legislador en los últimos tiempos ha sido cada vez más proteccionista de la

clientela y más exigente respecto a la obligación de información de las entidades financieras. Y así, en aplicación de la doctrina de la C.E., el R. D. 217/2008 de 15 de febrero , relativo a las empresas de servicios de inversión, deroga el R.D. 629/1993 de 3 de mayo, y en su art. 64.1 dispone que las entidades financieras que prestan servicios de inversión deberán proporcionar a sus clientes, incluidos los potenciales, una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación de 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 tener decisiones de inversión fundadas. Debe obtener del cliente la información necesaria sobre sus conocimientos y experiencia con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan. Esa información se plasma en los denominados test de idoneidad y de conveniencia (arts. 72 y 73 del Real Decreto 217/2008). Si el producto es de los considerados complejos, como es el caso de los derivados financieros (art. 79 bis 8 LMV), aún cuando la iniciativa parta del cliente la entidad está obligada a realizar el test de conveniencia.

Al respecto ha de tenerse en cuenta lo recogido en el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14ª) de 31 de marzo de 2011, que viene a recoger que: "En contratos especulativos y de alto riesgo como el que nos ocupa, deben exigirse con especial rigor los deberes precontractuales de información, que debe ser exquisita, clara, precisa, exhaustiva, y comprensible para el cliente no experto en cuestiones financieras.

Esa exigencia de pulcritud y exhaustividad de la información viene impuesta desde las normas generales de la contratación, para que pueda cumplirse la libertad de pacto del Art.1255 C.C. en plano de perfecta igualdad entre los contratantes, y excede de la diligencia ordinaria de un buen padre de familia, para situarse en la diligencia profesional de un leal y honesto comerciante; de un honorable banquero.

El segundo nivel de exigencia viene impuesto por la normativa de protección de los consumidores, en el bien entendido aspecto de que los contratos bancarios son contratos de adhesión y sujetos a condiciones generales de contratación.

El tercer nivel de exigencia proviene de la normativa especial sobre las entidades financieras y sus operaciones, y en especial las del tipo que nos ocupa.

Nos referimos a los Arts. 63.1 A) y D), 63.2, 70 y 79 bis) de la Ley 24/88 de 24 de julio del Mercado de Valores reformada por Ley 47/07 de 19 de diciembre del Mercado de Valores, dirigidos a las empresas de servicios de inversión, y que diseñan un sistema de protección de la transparencia del mercado y de los intereses de los inversores profesionales o minoristas. En particular las exigencias de los Arts.79 y 79 bis sobre la transparencia y deber de información imponen un tipo de comportamiento muy riguroso, basado en la obligación de cumplir el encargo de sus clientes, administrando las carteras de valores confiadas con diligencia y transparencia, en interés del cliente y en defensa del mercado."

En el presente caso, es claro que la entidad demandada no cumplió con la información requerida por la normativa MIFID, al no practicar el test de idoneidad, como posteriormente se analizará, pero en todo caso lo cierto es que la entidad bancaria no logra acreditar que cumpliera con su deber de información adecuada y suficiente a las circunstancias concretas del sujeto y tipo de negocio.

Además ha de tenerse en cuenta igualmente que los demandantes tienen la consideración de consumidores, según la exposición de motivos del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general para la defensa de los

consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, que define al mismo como la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros. Por ello en tal condición de consumidora, se encuentra incluida dentro del ámbito de protección de la referida ley, y concretamente lo dispuesto en su artículo 60 que establece que: "Antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes y servicios objeto del mismo."

OCTAVO.- En el presente caso además es un hecho controvertido si la demandada prestó o no servicio de asesoramiento, o si actuó como mera intermediaria y comercializadora en la contratación de los productos, con la consecuencia de que si efectivamente prestó tal servicio de asesoramiento, se encuentra sujeta a las obligaciones propias de tal servicio, y además a cumplimentar el preceptivo test de idoneidad.

De lo actuado resulta que la demandada además de actuar como intermediaria-vendedora, colocó el producto litigioso a la actora, poniéndose en contacto con ella para ofrecerle el producto una vez que recibió el importe de la indemnización que le correspondía como víctima de un atentado, sin embargo no se practicó el test de idoneidad, test que debería haberse llevado a cabo.

Sobre el alcance de los deberes de información y asesoramiento se ha pronunciado la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014 (Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Margallo) que viene a recoger, que "Ordinariamente existe una desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional. La complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger el inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros. Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, esta necesidad de protección se acentúa porque las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto."

Asimismo dicha sentencia recoge "Como afirma la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48, S.L. (C-604/2011), "(l)a cuestión de si un servicio de inversión constituye o no asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente" (apartado 53). Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el art. 52 Directiva 2006/73, que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.4 Directiva 2004/39/CE.

El art. 4.4 Directiva 2004/39/CE define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como "la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros". Y el art. 52 Directiva 2006/73/CE aclara que "se entenderá por

recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...)", que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales. Carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público.

De este modo, el Tribunal de Justicia entiende que tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un swap, 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)

En análogo sentido se pronuncia al respecto de la labor de asesoramiento que prestan las entidades financieras la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21ª) de 26 de diciembre de 2013.

Todo lo anterior determina el incumplimiento de la demandada de sus obligaciones legales en cuanto a la información precontractual exigible.

Todo ello debe determinar la estimación de la demanda, declarando la nulidad de las órdenes de suscripción de las obligaciones subordinadas, con condena a la demandada a restituir la cantidad de 50.000 euros, con los intereses legales desde la contratación del producto, y con descuento de los rendimientos brutos percibidos derivados del contrato declarado nulo, y ello, con los correspondientes intereses de tales sumas desde el momento de su percepción y ello teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 1.303 del Código civil, que establece que, declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, consecuencia legalmente prevista de la estimación de la acción de nulidad acogida.

NOVENO.- En materia de costas, resulta de aplicación el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procediendo la condena a la demandada.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que estimando la pretensión principal de la demanda presentada por el Procurador de los Tribunales D. Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación de , debo DECLARAR y DECLARO la nulidad de las orden de suscripción de obligaciones subordinadas Caja Duero 2009, de fecha 20 de julio de 2009, a que se refieren las presentes, condenando a la demandada, Banco Caja de España de Inversiones Salamanca y Soria a la restitución a la parte demandante de la cantidad de 50.000 €, con los intereses legales que dicha cantidad devengue desde la contratación del producto, y con descuento de los rendimientos brutos que la actora ha recibido derivados de los contratos declarados nulos, con los correspondientes intereses legales de tales sumas desde el momento de su percepción.

Con condena en costas a la parte demandada.

Notifíquese esta resolución a las partes y dese cumplimiento en lo previsto en el número 4 del artículo 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, advirtiendo que contra la misma cabe interponer recurso de apelación ante este Juzgado para la Ilma. Audiencia Provincial Madrid,

Administración de Justicia

que deberá interponerse en el término de veinte días de conformidad con lo previsto en los artículos 458 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
En aplicación de la L.O. 1/2009, de 4 de noviembre, se indica la necesidad de constitución de depósitos para recurrir por importe de CINCUENTA EUROS en la cuenta de este Juzgado en el Banesto y a favor de estos autos; en caso de defecto y omisión o error en la constitución, se concederá a la parte plazo de dos días para subsanación. De no efectuarlo, quedará firme la resolución impugnada (art. 1.19.15ª, depósito para recurrir).
De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 e) de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, se hace saber la necesidad de autoliquidar la tasa prevista en el artículo 7 de dicha ley, para la interposición del recurso de apelación contra la presente, de conformidad con lo previsto en el artículo 8 del mismo texto legal, todo ello según la redacción dada a dichos preceptos por el Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita, haciendo saber que en caso de no acompañarse el justificante de pago de dicha tasa, el Secretario judicial requerirá al sujeto pasivo para que lo aporte en el plazo de diez días, no dando curso al escrito hasta que tal omisión fuese subsanada. La ausencia de subsanación de tal deficiencia, tras el requerimiento del Secretario judicial a que se refiere el precepto, dará lugar a la preclusión del acto procesal y a la consiguiente continuación o finalización del procedimiento, según proceda.
Llévese la presente resolución al libro de Sentencias del Juzgado quedando testimoniada en las presentes actuaciones y tómese oportuna nota en los libros de este Juzgado.
Así por esta mi sentencia a cuya publicación en forma, se procederá, definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACION.- Extendida y firmada esta sentencia por el Magistrado-Juez que la ha dictado, se notifica y archiva en la oficina judicial, dándole publicidad en la forma permitida u ordenada por la Constitución y las leyes. Doy fe.

LA SECRETARIA JUDICIAL

Madrid