

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 19 DE MADRID

C/ Capitán Haya, 66 , Planta 4 - 28020

Tfno: 914932772

Fax: 914932774

42020310

NIG: 28.079.00.2-2014/0097767

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 898/2014

Materia: Contratos en general



(01) 30519144466

Demandante: D./Dña. [REDACTED]

PROCURADOR D./Dña. LETICIA CALDERON GALAN

Demandado: BANCO SABADELL S.A.U.

PROCURADOR D./Dña. BLANCA MARIA GRANDE PESQUERO

SENTENCIA Nº 83/2016

En Madrid a diecisiete de marzo de dos mil dieciséis.

Vistos por doña María Isabel Ferrer-Sama Pérez, Magistrada del Juzgado de Primera Instancia nº 19 de Madrid los presentes autos de juicio ordinario 898/2014 promovidos por la procuradora doña Leticia Calderón Galán en nombre y representación de DOÑA [REDACTED]

[REDACTED] asistido por el letrado don Álvaro García Graells contra SABADELL SOLBANK S.A. representada por la procuradora doña Blanca Grande Pesquero y asistida por el letrado don Lino Álvarez Echevarría sobre nulidad compra productos financieros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 2 de julio de 2014, la procuradora doña Leticia Calderón Galán en la indicada representación presentó demanda de juicio ordinario en la cual tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, solicita se dicte sentencia por la que se acuerde:

a) Declarar a Banco Sabadell actual titular del negocio minorista de Lloyds TSB como responsable del vicio/error del consentimiento en los demandantes provocado por su antecesor para la adquisición de las participaciones preferentes declarándose que existió nulidad radical por incumplimiento de sus obligaciones de diligencia, lealtad e información como comisionista prestador de servicios de inversión declarando la nulidad radical de la orden de compra de KAUPTHING BANK con código Isin número XS0308636157 por importe de 22.000.-e de fecha 17/1/2008, condenando a la entidad a la adquisición de los títulos y a la devolución a los demandantes del nominal de la inversión con la deducción de las sumas percibidas por los demandantes las cuales ascienden a mil ciento trece euros con setenta y cinco céntimos (1.113,75.-€) es decir, la demandada deberá abonar a los

demandantes la cantidad de veinte mil ochocientos ochenta y seis mil euros con veinticinco céntimos (20.886,25.-€) más los intereses legales desde la fecha de las suscripciones e incrementado en dos puntos desde la sentencia hasta su completo pago, más las costas judiciales.

b) Subsidiariamente a lo anterior, se declare que el Banco Sabadell debe reparar los daños y perjuicios económicos como consecuencia del negligente actual en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales de diligencia, lealtad e información como comisionista mercantil prestador de servicios de inversión y depositario de valores, habiendo infringido la buena fe contractual, así como la normativa del mercado de valores de aplicación, por parte de LLOYDS TSB condenándole a indemnizar a los demandantes, por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de su negligente actuar, que se corresponden a la pérdida de valor de los productos adquiridos en origen, ascendente a la suma de veintidós mil euros (22.000.-€) a la fecha de la demanda con la deducción de las sumas percibidas por los demandantes, las cuales ascienden a mil ciento trece euros con setenta y cinco céntimos (1.113,75.-€), es decir, la demandada deberá abonar a los demandantes la cantidad de veinte mil ochocientos ochenta y seis mil euros con veinticinco céntimos (20.886,25.-€) que deberá ser actualizada según la evolución en los mercados de las acciones de la entidad en ejecución de sentencia, más intereses legales.

c) Se condena en ambos casos a las costas del procedimiento a Banco Sabadell.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, por decreto de 17 de septiembre de 2014 se emplazó a la parte demandada y dentro de plazo, el día 27 octubre de 2014, la procuradora doña Blanca Grande Pesquero en la indicada representación presentó escrito de contestación a la demanda, en el que solicitó sus desestimación y la imposición de las costas a la parte actora.

TERCERO.- Convocadas las partes para la celebración de audiencia previa, la misma tuvo lugar el día 21 de mayo de 2015 con la asistencia de ambas partes y no siendo posible alcanzar una solución amistosa, las partes se ratificaron en sus respectivos escritos de alegaciones fijándose los hechos controvertidos y proponiendo las partes las pruebas que estimaron oportunas. todo lo cual consta debidamente registrado en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen, con el resultado que obra en autos.

CUARTO.- El día 20 de enero de 2016 se celebró el juicio practicándose las pruebas propuestas y admitidas en los términos que consta en la grabación, y que, en aras a la brevedad, se tiene por reproducido y después de formular ambas partes conclusiones quedaron los autos pendientes de sentencia.

QUINTO.- Recibida con posterioridad al juicio, resoluciones judiciales relacionadas con la cuestión litigiosa, se dio traslado a la parte demandada quien con fecha 8 de febrero de 2015 formuló alegaciones, quedando los autos pendientes de sentencia según resolución de 24 de febrero de 2016.

SEXTO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- RESUMEN DE LA DEMANDA.

Los demandantes, [REDACTED]

dirigen la demanda contra SABADELL SOLBANK S.A. cuyo único socio es Banco Sabadell S.A. sucesor de Lloyds Bank TSB solicitando se declare la nulidad de la orden de compra suscrita el 17/1/2008 por existir vicio del consentimiento. Subsidiariamente interesa se condene a la entidad demandada por actuar de forma negligente incumpliendo sus obligaciones de buena fe y lealtad como asesor e intermediario financiero respecto de la colocación a los demandantes de Participaciones Preferentes de la entidad islandesa Kaupthing Bank. En cualquier caso, con la devolución de la inversión nominal o la pérdida de valor sufrida más los intereses legales.

Según se indica en la demanda, doña [REDACTED] está jubilada y sus conocimientos, al igual que sus hijos, sobre cuestiones financieras son nulos. Afirma también que venían trabajando con Lloyds desde hacía muchos años, existiendo una relación de confianza.

En base a dicha relación de confianza adquirieron las participaciones preferentes, que son productos de muy alto riesgo, catalogados como complejos y adecuados para expertos por lo que nunca debió recomendarlos a estos clientes. En todo caso, debió estudiar el perfil de los demandantes y valorar su experiencia previa aunque en todo caso, ello no le exoneraría de la obligación de informar al futuro inversor sobre las características y riesgos del producto y de actuar con lealtad, transparencia en interés de los clientes evitando los conflictos de intereses. En este caso, la entidad realizó un Test de Adecuación (doc.9) cuando en realidad debía haber realizado un test de idoneidad antes de suscribir el producto siendo la propia entidad la que se puso en contacto con los demandantes para venderles el producto. Respecto de la forma de realizarse el test manifiesta que las preguntas estaban mecanografiadas y que fue rellenado por el empleado de la entidad añadiendo que el test resulta incongruente en sus conclusiones por cuanto tiene respuestas contradictorias y preguntas confusas.

En cuanto a la relación contractual afirma que venía secundada por la existencia de una cuenta de valores abierta en Lloyds TSB incluida en la propia orden de compra para poder operar como cuenta patrimonial y las obligaciones dimanantes de un contrato de depósito o administración de valores (doc.10).

Respecto a las circunstancias de la compra manifiesta que ésta tuvo lugar el día 17 de

enero de 2008 en la oficina de Capitán Haya Sucursal de Cuzco de Madrid, siendo doña [REDACTED] la empleada que la comercializó, aunque doña [REDACTED] por entonces la directora de la sucursal, intervino al final. A través de dicha empleada se le informó verbalmente de distintos productos y de sus rentabilidades diciéndole respecto de las participaciones preferentes que era un producto muy bueno, muy seguro y garantizado por Lloyds Bank. Sin embargo, sostiene que no se le dio una información real sobre las características del producto y principalmente de los riesgos del emisor ni del funcionamiento de una opción “call”

En cuanto a la documentación manifiesta que no se le facilitó documentación relativa al producto en cuestión, su emisor, ni las características. Solo se les dijo que vencía en 2012 y así lo hizo constar en la orden de forma manuscrita. Por todo ello se indica en la demanda que dada la relación de confianza la demandante firmó donde le dijeron que había que firmar, negando que la contratación se hiciera a requerimiento de la cliente

En relación a la situación real de riesgo de los bancos islandeses a la fecha de la recomendación de Lloyds TSB afirma que en marzo de 2006 por parte del Observatorio de Coyuntura Económica Internacional se emitió un informe titulado “Crisis en Islandia”, (doc.17) que necesariamente ha debido ser conocido por Lloyds TSB por su propia actividad y se alertaba de los riesgos que estaban asumiendo los bancos islandeses y pese a ello recomendó su inversión. Igualmente, cuando se produjo la nacionalización del banco emisor por el Gobierno de Islandia, Lloyds comunicó esta circunstancia en conocimiento de los afectados pero lo único que recomendó a los clientes fue que debían esperar diciéndoles que seguramente recuperarían todo y ante su pasividad formularon una reclamación en la sucursal y posteriormente en el servicio de atención al cliente sin que le conste a la parte respuesta alguna por parte del Lloyds. En este punto afirma que respecto de otros afectados, sí que Lloyds ha contestado manifestando que ha cumplido sus obligaciones porque sólo actuaba bajo la modalidad de “Solo ejecución”, siendo este extremo desvirtuado por la CNMV en cuyo informe final de 25 de agosto de 2011 emitido con ocasión de otra reclamación, sostiene que no hubo previa información sobre las características y riesgos del productos y que tratándose de un producto complejo era necesaria la realización del test de idoneidad y no de adecuación.

Se acompaña a la demanda informe realizado por D. Prosper Lamothe Fernández a fin de acreditar los hechos anteriormente expuestos.

SEGUNDO.- CONTESTACIÓN A LA DEMANDA.

La demandada BANCO DE SABADELL S.A. como sucesora de Lloyds International S.A.U., se opuso a la demanda alegando que los demandantes han realizado más inversiones en participaciones preferentes emitidas por otras entidades idénticas a las de este caso, a su total satisfacción sin la menor tacha de nulidad y percibiendo la remuneración convenida en tales inversiones. En concreto, el 5 de junio de 2003 adquirieron participaciones preferentes emitidas por FORD MOTOR CREDIT CO. Por ello niega que los actores carezcan de conocimientos y experiencia en materia financiera sin que el hecho de ser calificados como clientes minoristas impida que puedan concertar todo tipo de

productos financieros.

Por otra parte niega que la orden de compra de las participaciones preferentes se realizara exclusivamente por recomendación de la entidad. Por el contrario, en este caso se limitó a tramitar la correspondiente orden quedando los valores adquiridos en régimen de custodia y administración según se pactó en el correspondiente contrato (doc.10 de la demanda). Por ello la decisión de adquirir las participaciones preferentes correspondió exclusivamente a los demandantes y así se reconoce en la propia orden. En este punto afirma que en el contrato de depósito y administración en su estipulación segunda los actores exoneran de responsabilidad al banco en aquellos casos en que se produjera la pérdida o deterioro que afecto a los valores deposito por circunstancias que no resultaran de culpa o negligencia del Banco como sucedió en el presente supuesto. Por tanto, no responde del incumplimiento de las obligaciones de pago que pesan sobre el emisor de los valores ni de su insolvencia.

Se afirma por la parte demandada que no es cierto que no se suministrara información previa respecto la posibilidad de amortización anticipada en determinada fecha, ni que fuera preciso un “requerimiento expreso” distinto de la propia orden de compra, ni que se comercializara como renta fija. Igualmente se niega que la entidad tuviera noticias de las dificultades de la entidad emisora, ni mucho menos, dos años antes. Por ello la calificación de dicha inversión en tales fechas, era la máxima “AAA” lo que significa que no existía dato alguno que permitiera anticipar dicha situación de insolvencia.

Según la demanda, una vez conocidas las incidencias de la entidad emisora, lo comunicó a los clientes y les proporcionó información para realizar la oportuna reclamación adjuntando el formulario que debían utilizar, por lo que no es cierto que los dejara abandonados a su suerte como se dice en la demanda. Por el contrario cumplió sus obligaciones sin que estuviera obligada a responder de la insolvencia de Kaupthing Bank.

Igualmente, en relación con el test realizado a los actores previamente a la inversión litigiosa acredita que sin perjuicio de la anterior inversión en productos idénticos, se aloró nuevamente el perfil de los actores y que Lloyds Banc se atuvo en todo momento al carácter minorista de los actores y les otorgó la protección que el ordenamiento jurídico les dispensa. En todo caso afirma que, con independencia del nombre que se dé al test practicado, de “adecuación” o de “idoneidad”, se cumplieron las obligaciones legales pues las preguntas no eran ni confusas ni contradictorias, resultando la operación que se solicitada adecuada al perfil de los actoras.

TERCERO.- CARACTERÍSTICAS DE LAS PARTICIPACIONES PREFERENTES

Para conocer si nos hallamos ante un producto de inversión complejo o sencillo y en función de ello determinar si la demandante ha dispuesto de una información precontractual adecuada, veraz y suficiente, en relación y consideración a sus conocimientos y preparación en materia financiera y, en consecuencia, apreciar si dispuso de los elementos idóneos para conocer las características más relevantes y riesgos que entrañaban las participaciones

preferentes y, en definitiva, pudo emitir un consentimiento válido y eficaz; resulta presupuesto necesario resaltar las notas más características de este producto financiero.

Las participaciones preferentes son valores emitidos por una sociedad mercantil, a través de las cuales no se confiere participación precisa en el capital ni tampoco derecho a voto. Por otra parte, tiene carácter perpetuo y su rentabilidad, generalmente, no está garantizada pues depende de que la entidad emisora obtenga beneficios. No obstante ser perpetuas, las participaciones preferentes pueden ser amortizadas a partir de los cinco años, previa autorización del Banco de España. Un aspecto que las diferencia las acciones y las participaciones preferentes es que no cotizan en bolsa, por ello para adquirirlas o deshacerse de ellas, se debe entrar a un mercado organizado (secundario) donde no se garantiza la liquidez inmediata. En el caso español, las participaciones preferentes son admitidas a negociación en el mercado español de Deuda Corporativa (AIAF) integrado en Bolsas y Mercados Españoles (BME), cuya sociedad rectora es AIAF Mercado de Renta Fija S.A. Es decir, que tras la colocación primaria de los productos, por emisión de títulos, se pasa a la colocación secundaria, por negociación de esos títulos dentro de este mercado secundario, de modo que la liquidez del producto necesita de forma ineludible la existencia en dicho mercado de una contrapartida compradora, esto es, de alguien que esté interesado en adquirirlo. Los titulares de las participaciones preferentes no pueden operar en este mercado secundario, limitado a las entidades que forman parte del mismo, por lo que siempre necesitarían de la intervención de un operador admitido.

Sin embargo, si la entidad emisora presenta pérdidas, se activan una serie de mecanismos que pueden privar a las participaciones preferentes de todo su valor. En primer lugar, porque cesa el derecho a la remuneración. En segundo lugar, porque desaparece de hecho la posibilidad de venderlas. Y en tercer lugar, porque si la entidad emisora o matriz, o su grupo o subgrupo consolidable, presentan pérdidas contables significativas o una caída relevante en las ratios indicadoras del cumplimiento de los requerimientos de recursos propios, se activa el mecanismo, necesariamente previsto en las condiciones de emisión, que asegura “la participación de sus tenedores en la absorción de las pérdidas corrientes o futuras, y que no menoscabe eventuales procesos de recapitalización, ya sea mediante la conversión de las participaciones en acciones ordinarias, cuotas participativas o aportaciones al capital de las cooperativas de crédito, de la entidad de crédito emisora o matriz, ya mediante la reducción de su valor nominal.

La reciente sentencia del TS de 25 de febrero de 2016, refiriéndose a diversos productos financieros menciona en relación a las características de las participaciones preferentes lo siguiente:

“4.- La CNMV describe las participaciones preferentes como valores emitidos por una sociedad que no confieren participación en su capital ni derecho de voto, con vocación de perpetuidad y cuya rentabilidad no está garantizada. Se trata de un producto de inversión complejo y de riesgo elevado, que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido. En la misma línea, el Banco de España las define como un instrumento financiero emitido por una sociedad que no otorga derechos políticos al inversor, ofrece una retribución fija (condicionada a la obtención de beneficios) y cuya duración es perpetua, aunque el emisor suele reservarse el derecho a amortizarlas a partir de los cinco

años, previa autorización del supervisor.

Sobre este producto financiero se ha pronunciado específicamente esta Sala en sentencias 244/2013, de 18 de abril; 458/2014, de 8 de septiembre; y 489/2015, de 16 de septiembre. En ellas, se resalta la sujeción de estos productos financieros a la normativa MiFID, y con anterioridad, a las previsiones del art. 79 LMV y al RD 629/1993.

La actividad de las entidades comercializadoras de las participaciones preferentes está sujeta a la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, cuyo artículo 2 h) incluye como valores negociables las participaciones preferentes emitidas por personas públicas o privadas.

Las participaciones preferentes están reguladas en la antes citada Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros. En su artículo 7 se indica que constituyen recursos propios de las entidades de crédito. Cumplen una función de financiación de la entidad y computan como recursos propios, por lo que el dinero que se invierte en ellas no constituye un pasivo en el balance de la entidad. El valor nominal de la participación preferente no es una deuda del emisor, por lo que el titular de la misma no tiene un derecho de crédito frente a la entidad, no pudiendo exigir el pago. La consecuencia de ello es que el riesgo del titular de la participación preferente es semejante, aunque no igual, al del titular de una acción.

A su vez, la Directiva 2009/111/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009, no califica la participación preferente como instrumento de deuda, sino como instrumento de capital híbrido al que se ha de aplicar el mismo tratamiento contable y financiero que reciben los recursos propios de la entidad de crédito emisora. De ahí que una primera aproximación a esta figura permite definirla como un producto financiero que presenta altos niveles de riesgo y complejidad en su estructura y condiciones, como así se reconoce en la exposición de motivos del RDL 24/2012 de reestructuración y resolución de entidades de crédito.

Otra característica fundamental de las participaciones preferentes es que no se atribuye al titular de las mismas un derecho a la restitución de su valor nominal, por lo que son valores perpetuos y sin vencimiento. Las participaciones preferentes cotizan en los mercados secundarios organizados y, en los supuestos de liquidación o disolución de la entidad de crédito emisora o de la dominante, darán derecho a obtener exclusivamente el reembolso de su valor nominal junto con la remuneración devengada y no satisfecha, que no hubiera sido objeto de cancelación, situándose, a efectos del orden de prelación de créditos y frente a lo que su nombre pueda erróneamente hacer interpretar, inmediatamente detrás de todos los acreedores, subordinados o no, de la entidad de crédito emisora o de la dominante del grupo o subgrupo consolidable de entidades de crédito y delante de los accionistas ordinarios y, en su caso, de los cuota-participes.”

CUARTO.- ACCIÓN EJERCITADA. EL ERROR COMO VICIO DEL CONSENTIMIENTO

Según lo expuesto en el fundamento anterior, el cumplimiento de la obligación de información es fundamental para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, pues el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, y este error es esencial pues afecta a las

presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero. Si bien, es necesario matizar, como ha indicado el Tribunal Supremo en múltiples resoluciones, el incumplimiento del deber de información no vicia necesariamente el consentimiento, si puede incidir en la apreciación del error del cliente que cree contratar un producto de inversión, sin el riesgo asociado de sufrir pérdidas cuantiosas.

El artículo 1.261 del CC establece como uno de los requisitos esenciales para que exista un contrato, junto al consentimiento y la causa, el objeto cierto que sea materia del negocio jurídico, de tal manera que a falta de tales requisitos el contrato debe considerarse inexistente y por ello nulo de pleno derecho. Frente a la inexistencia o nulidad radical, existe igualmente la anulabilidad, cuando existiendo los mencionados elementos, consentimiento, objeto y causa, concurren vicios que lo invalidan, supuesto al que se refiere el art. 1300 C.C

Como establece el art. 1266 C.C. para que el error invalide el consentimiento, es necesario que recaiga sobre la sustancia del objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que hubieran dado lugar a su celebración, entendiendo la jurisprudencia que es preciso que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar, que no sea imputable a quien lo padece y que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado. Por ello, además de ser esencial ha de ser excusable, requisito que el Código no menciona expresamente y que se deduce de los requisitos de responsabilidad y buena fe del art. 7 del Cc.

En las sentencias de 12 de enero y 26 de febrero de 2015 el mismo Tribunal Supremo establece las siguientes consideraciones:

"Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea".

"El art. 1266 del Código Civil dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer (además de sobre la persona, en determinados casos) sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261.2 del Código Civil). La jurisprudencia ha exigido que el error sea esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones, respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa (sentencia núm. 215/2013, de 8 abril).

El error invalidante del contrato ha de ser, además de esencial, excusable, esto es, no imputable a quien lo sufre. El Código Civil no menciona expresamente este requisito, pero se deduce de los principios de autorresponsabilidad y buena fe. La jurisprudencia niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que ignoraba al contratar. En tal caso, ante la alegación de error, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida.

La diligencia exigible ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso. En principio, cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible, y si no lo hace, ha de cargar con las consecuencias de su omisión.

Pero la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas, no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, de modo que es exigible una mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto, y, por el contrario, es menor cuando se trata de persona inexperta que entra en negociaciones con un experto, siendo preciso para apreciar la diligencia exigible valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta, aunque no haya incurrido en dolo o culpa.

En definitiva, el carácter excusable supone que el error no sea imputable a quien lo sufre, y que no sea susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe. Ello es así porque el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando este no merece esa protección por su conducta negligente, ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración.

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".

A la vista de las alegaciones de la demanda en la que se incide especialmente en la falta de información ofrecida a los demandantes respecto de las características de las participaciones preferentes y especialmente sobre los riesgos del emisor Kaupthing Bank", como causa del error sufrido al adquirir el mencionado producto financiero, debe entenderse que la acción de nulidad viene referida a la existencia del vicio de consentimiento derivado de un error esencial y excusable y causado por la omisión por parte de la entidad bancaria de la información necesaria y exigible para conocer la naturaleza y los riesgos de las participaciones preferentes.

QUINTO.- DEBER DE INFORMACIÓN.

A la vista de las características de las participaciones preferentes y especialmente la complejidad y riesgos de dicho producto financiero, y la "asimetría informativa en su contratación" en palabras utilizadas en la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014, referida a un contrato de permuta financiera, el legislador ha impuesto a la entidad comercializadora del producto un especial deber y diligencia en la información que ha de prestar el profesional al cliente, sobre todo si es consumidor no entendido en la materia y se trata de una persona de avanzada edad como en este caso.

La citada sentencia del TS de 20 de enero de 2014 al referirse al deber de información declara lo siguiente "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 al 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”.

La normativa básica está contenida Ley 24/1.988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, estableciendo como principios generales que al prestar la información a los clientes minoristas deben comportarse con diligencia y transparencia, cuidando sus intereses como si fueran propios, debiendo también mantener, en todo momento, informados a los clientes. A lo que debe unirse que tal información ha de ser imparcial clara y no engañosa y debe versar sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión a fin de que la misma le permita comprender la naturaleza y los riesgos del tipo específico del instrumento financiero que se ofrece, que le permita tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa.

El artículo 79 de la Ley de Mercado de Valores, en su redacción primitiva, establecía como regla cardinal del comportamiento de las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente cuidando de los intereses del cliente como propios (letras I.A. y I.C.).

Posteriormente, el Real Decreto 629/1.993, de 3 de mayo, concretó aún mas, desarrollando en su anexo, un código de conducta presidida por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que aquí interesa, adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (art. 4 del Anexo 1), como frente al cliente (art. 5) proporcionándole toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquél de la decisión de inversión "haciendo hincapié en los riesgos que dada operación conlleva" (art. 5.3.).

Dicho Decreto fue derogado pero la Ley 47/2.007 de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley del Mercado de Valores y que introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2004/39 CE, sobre Mercados de Instrumentos Financieros, conocida por sus siglas en inglés como MIFID (Markets in Financial Instruments Directive). La citada norma continuó con el desarrollo normativo de protección del cliente introduciendo la distinción entre clientes profesionales y minoristas, a los fines de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros (art. 78 bis); reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el art. 79 bis regulando exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, incluidos los potenciales; entre otros extremos, sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece a los fines de que el cliente pueda "tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa" debiendo incluir la información las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias, no sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencias financiera y aquellos objetivos (art. 79, bis núm. 3, 4 y 7).

Con la misma finalidad, se impone además la evaluación de la conveniencia y de la idoneidad para valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata y en su caso, emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad. Sobre este punto, la sentencia del TS antes citada de 20 de enero de 2014, declara lo siguiente: " *La entidad financiera debe realizar al cliente un test de conveniencia, conforme a lo previsto en el art. 79bis. 7 LMV (arts. 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 art. 73 RD 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 "*."

Esta " información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos enumerados a continuación, en la medida en que resulten apropiados a la naturaleza del cliente, a la naturaleza y alcance del servicio a prestar y al tipo de producto o transacción previsto, incluyendo la complejidad y los riesgos inherentes:

- a) Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que está familiarizado el cliente.*
- b) La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el periodo durante el que se hayan realizado.*
- c) El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes " (art. 74 RD 217/2008, de 15 de febrero).*

Contrariamente a lo que entiende el recurrente, estas exigencias propias del test de conveniencia son menores que cuando debe valorarse la idoneidad del producto conforme al art. 79bis. 6 LMV (art. 19.4 Directiva 2004/39/CE). El test de idoneidad opera en caso de que se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras mediante la realización de una recomendación personalizada. La entidad financiera que preste estos servicios debe realizar un examen completo del cliente, mediante el denominado test de idoneidad, que suma el test de conveniencia (conocimientos y experiencia) a un informe sobre la situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y los objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del cliente, para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan.

Para ello, especifica el art. 72 RD 217/2008, de 15 de febrero, las entidades financieras " deberán obtener de sus clientes (...) la información necesaria para que puedan comprender los datos esenciales de sus clientes y para que puedan disponer de una base razonable para pensar, teniendo en cuenta debidamente la naturaleza y el alcance del servicio prestado, que la transacción específica que debe recomendarse (...) cumple las siguientes condiciones:

- a) Responde a los objetivos de inversión del cliente. En este sentido, se incluirá, cuando proceda, información sobre el horizonte temporal deseado para la inversión, sus preferencias en relación a la asunción de riesgos, su perfil de riesgos, y las finalidades de la inversión.*
- b) Es de tal naturaleza que el cliente puede, desde el punto de vista financiero, asumir*

cualquier riesgo de inversión que sea coherente con sus objetivos de inversión (...).

c) Es de tal naturaleza que el cliente cuenta con la experiencia y los conocimientos necesarios para comprender los riesgos que implica la transacción (...).

Por otra parte, en relación a la información exigible desde la perspectiva de la normativa de protección de consumidores y usuarios, el 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 (LGDCU), es también de aplicación a este supuesto, ya que la demandante es una persona física que ha actuado en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. El artículo 60, sobre la información previa al contrato, 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”.

SEXTO.- RELACIÓN CONTRACTUAL

La determinación del contenido de la relación contractual existente entre banco y cliente, es una cuestión especialmente relevante para determinar las prestaciones a las que se obligó la entidad bancaria y las obligaciones que asumió frente a su cliente y así la información que la parte demandada debería haber suministrado al cliente, depende de la relación contractual que con éste tuviera sosteniendo la parte actora que hubo una relación de asesoramiento puesto que realizó la compra en base a la recomendación personalizada que le hicieron los empleados de la sucursal y Bankia que no existió relación de asesoramiento ni de gestión de cartera.

Ciertamente, la controversia entre, de un lado, los clientes minoristas que suscribieron a través de su entidad bancaria de confianza un determinado producto financiero y, de otro, los propios bancos demandados, acerca de la existencia o no de un servicio de asesoramiento previo a la firma de la operación contrato de que se trate se ha convertido en un tema comúnmente controvertido en los procedimientos en los que se pretende la nulidad de los contratos o la determinación de una indemnización por responsabilidad contractual del banco. Cuestión que se reproduce generalmente sobre el mismo esquema: la relación contractual entre banco y cliente no está especialmente documentada por escrito o, a lo sumo, existe un contrato tipo de depósito y administración de valores; el cliente sostiene que el personal de la entidad bancaria le aconsejó de forma concreta y personalizada la contratación del producto de que se trate; y, en cambio, el banco demandado lo niega alegando, generalmente, que no existe un contrato de gestión de carteras firmado por las partes, o bien que el contrato existente se limita al depósito y administración de los valores adquiridos o, por último, que no ha percibido ninguna remuneración por el supuesto asesoramiento.

La relación contractual entre cliente-banco en la adquisición de los productos financieros como el de este procedimiento, puede revestir distintas formas:

1.- Cuando existe un contrato documentado y escrito de gestión de carteras las pautas de la relación negocial suelen estar claras. Las resoluciones que tratan sobre la definición del contrato de gestión de cartera citan con frecuencia la STS de 11 de julio de 1998 (RC núm.

1195/1994), que señala que *"el contrato de gestión de carteras de valores, (...) carente de regulación en cuanto a su aspecto jurídico-privado, sin perjuicio de que sean aplicables al gestor las normas reguladoras del mandato o de la comisión mercantil, se rige por los pactos cláusulas y condiciones establecidas por las partes (artículo 1255 del Código Civil), reconociéndose por la doctrina y la práctica mercantil dos modalidades del mismo: el contrato de gestión asesorada de carteras de inversión, en que la sociedad gestora propone al cliente inversor determinadas operaciones siendo éste quien decide su ejecución, y el contrato de gestión discrecional de cartera de inversión, en que el gestor tiene un amplísimo margen de libertad en su actuación, ya que puede efectuar las operaciones que considere convenientes sin previo aviso o consulta al propietario de la cartera"*.

2.- Cuando no existe un contrato documentado de gestión de carteras, la cuestión es bastante más compleja, porque la inexistencia del contrato como tal no excluye necesariamente la existencia de asesoramiento por parte del personal de la entidad bancaria. En el mismo sentido, la formalización de un contrato tipo de depósito y administración de valores tampoco excluye de forma automática la prestación de ese servicio de asesoramiento. El problema que se plantea en estos casos es, tratándose de clientes minoristas a los que resulta de aplicación, además de la normativa específica de protección, las normas de defensa de los consumidores y usuarios, que siendo el banco el que tiene el poder de decisión sobre cómo documentar y cobrar los servicios que presta, no siempre cumple la normativa sectorial aplicable, generando el paradójico efecto de que los déficits de formalización acaban volviéndose contra el cliente, que debe acreditar el asesoramiento que aduce como medio para aspirar a un mayor rango de protección normativa sin disponer de otra facilidad probatoria que la que le puede brindar la declaración testifical del empleado del banco, cuya percepción y explicación de la fase precontractual está generalmente mediatizada por su relación laboral con la entidad demandada.

Debe recordarse que, a efectos de la normativa MiFID, la diferencia entre comercialización y asesoramiento está explicada en la STJUE de 30 de mayo de 2013, que recuerda que (52) *El concepto de «recomendaciones personalizadas» que figura en ese precepto se precisa en el artículo 52 de la Directiva 2006/73, con arreglo al cual, concretamente, se entenderá que una recomendación es «personalizada» si se dirige a una persona en su calidad de inversor o posible inversor y si se presenta como conveniente para esa persona o se basa en una consideración de sus circunstancias personales. No forman parte de este concepto las recomendaciones divulgadas exclusivamente a través de canales de distribución o destinadas al público. (53) Se desprende de los preceptos citados en los dos apartados anteriores que la cuestión de si un servicio de inversión es un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en qué consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente.*

En este caso, se aporta un contrato de depósito y administración firmado por la demandante y sus hijos, el 11 de abril de 2003 (doc. 10 dda) pero ello no implica que no existiera una relación de asesoramiento puesto que la iniciativa de la inversión partió de los empleados de la sucursal, y así aunque la directora de la sucursal en 2008, doña Lourdes Nieto negó que existiera un contrato de asesoramiento, debe entenderse que si bien no existió un contrato escrito y remunerado de asesoramiento, sí existió un asesoramiento de facto por parte de la entidad pues la iniciativa del ofrecimiento partió de la entidad y

recomendó su contratación a la demandante pues resulta difícilmente comprensible, que la demandante, que es viuda y durante toda su vida se ha dedicado al cuidado de la familia exclusivamente, demandante un producto emitido por un banco islandés y que se trate además de un producto de alto riesgo y complejo. Igualmente es significativo que la oferta no venía precedida de una campaña publicitaria en medios de comunicación lo que supone que la compra se hizo en virtud de la recomendación personal e individualizada que le realizó la directora de la sucursal lo supone la existencia una relación de asesoramiento a los efectos del art 63. 1 g) de la L.M.V. que implicaba la obligación de la entidad de evaluar no solo la conveniencia sino la idoneidad del producto para el cliente teniendo en cuenta su situación financiera y sus expectativas.

Sin embargo, y pese a existir de facto una relación de asesoramiento, no consta que el test de idoneidad se realizara correctamente valorando sus conocimientos y experiencia propios del test de conveniencia y además el examen de su situación financiera y los objetivos de inversión para recomendarle los productos que más le convinieran, En este sentido, en el "Test de Adecuación" (doc.9 de la demanda) se hacen preguntas en relación a su formación en relación a instrumentos financieros, o la contratación de otros productos como fondos de inversión, o renta fija o variable, o cuándo ha hecho la última inversión constanding que tiene conocimientos a nivel medio, que ha contratado los mencionados productos, que ha realizado inversiones seis meses antes o que los contrata con una periodicidad anual y que está especialmente familiarizada con varios de los productos que menciona, siendo respuestas que no resultan refrendadas ni por las manifestaciones realizadas por la demandante en juicio, ni tampoco por documentación aportada por ninguna de las partes, pues la única contratación que figura es la de un valor denominado "FORD MOTOR CREDIT CO" en 2003, es decir, cinco años aproximadamente antes de la compra del producto islandés, y además no constan tampoco las características de dicho producto.

Por tanto, no puede sostenerse que la entidad haya valorado los conocimientos y la experiencia de la cliente, lo que constituiría el objetivo del test de conveniencia, ni tampoco ha tenido en cuenta su situación financiera y los objetivos de la inversión para recomendarle los productos que más le convinieran, que sería la finalidad del test de idoneidad.

SEPTIMO. INFORMACIÓN SUMINISTRADA EN EL CASO CONCRETO.

Respecto de la información suministrada al cliente en este caso, es cierto que en la parte inferior de la orden de compra (doc.15 de la demanda) consta que "... conoce su significado y trascendencia, así como que en este acto se le facilita información.... Sobre el grado de conveniencia del producto demandado en base a la experiencia y los conocimientos necesarios para comprender los riesgos que asume el cliente, si procede, y sobre las características principales, naturaleza y riesgos inherentes del instrumento financiero al que se refiere est orden".

La inclusión en el contrato de una declaración de ciencia en tal sentido en el caso del inversor, básicamente, que conoce los riesgos de la operación no significa, sin embargo, que se haya prestado al consumidor, cliente o inversor minorista la preceptiva información, no constituye una presunción "iuris et de iure" de haberse cumplido dicha obligación ni de que el inversor, efectivamente, conozca los riesgos, último designio de toda la legislación sobre transparencia e, información." Y ciertamente una expresión de lo que se dice puede hallarse

en el artículo 89.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372), por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que considera como cláusulas abusivas "las declaraciones de recepción o conformidad con hechos ficticios"; precepto del que puede inferirse que son nulas las declaraciones de ciencia si se acredita que los hechos a los que se refieren son inexistentes o "ficticios", como literalmente expresa el texto legal. Por todo ello habrá que entender que las declaraciones de ciencia o de "saber" generan una presunción de que la correspondencia con la realidad que indican es cierta, pero que ello no impide que dicha presunción quede desvirtuada si, mediante la pertinente actividad probatoria desplegada en el proceso, se demuestra que la correspondencia con la realidad es inexistente.

En esta misma línea, la sentencia del TS de Pleno de 12 de enero de 2015 declara sobre las cláusulas predisuestas lo siguiente: *“Tampoco son relevantes las menciones predisuestas contenidas en el contrato firmado por la Sra. Loreto en el sentido de que « he sido informado de las características de la Unidad de Cuenta... » y « declaro tener los conocimientos necesarios para comprender las características del producto, entiendo que el contrato de seguro no otorga ninguna garantía sobre el valor y la rentabilidad del activo, y acepto expresamente el riesgo de la inversión realizada en el mismo». Se trata de menciones predisuestas por la entidad bancaria, que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento que se revelan como fórmulas predisuestas 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 predisuestas 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 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”.*

Más recientemente, en la sentencia del TS de 4 de diciembre de 2015 reitera que *“Esta Sala ha declarado en numerosas ocasiones que este tipo de menciones predisuestas por la entidad bancaria, que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento que se revelan como fórmulas predisuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos, no pueden tener la trascendencia que pretende otorgarle el predisponente (sentencias núm. 244/2013, de 18 abril , 769/2014, de 12 de enero de 2015 , y 265/2015, de 22 de abril , entre otras). 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 predisuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarara haber sido informado adecuadamente”.*

Respecto a la información verbal que se ofreció a la demandante, en el acto del juicio, doña ██████████, empleada de la sucursal y que se encargó de facilitar la información a la demanda, como ratificó la directora de la sucursal, doña ██████████ indicó que si salía como resultado del test que era adecuado, firmaban un documento en el que asumían todas las características, pero no se acordaba qué riesgos tenía ni tampoco si los

rendimientos eran trimestrales. Respecto de la documentación escrita conformó que no había otro documento aparte de la orden para realizar la compra, y que había una hoja con las características que era como un anexo. Por otra parte, no consta en autos que la demandante recibiera otra información documental respecto de las características del producto, siendo especialmente llamativo que si bien en la orden figura la mención de que el cliente conoce las características principales, naturaleza y riesgos inherentes al instrumento financiero al que se refiere la orden, en ningún lugar de la misma figura que se trata de participaciones preferentes. La orden se titula “INVERSIÓN ESPAÑOLA EN EL EXTERIOR” y como nombre del valor figura “KAUPTHING BANK” pero no dice en ningún lugar que se trate de participaciones preferentes, al igual que tampoco en el llamado “test de adecuación” se dice que esté relacionado con una inversión en participaciones preferentes.

Por otra parte, tampoco puede considerarse que el hecho de que la demandante y sus hijos suscribieran el 5 de junio de 2003 la inversión en un producto llamado “FORD MOTOR CREDIT CO” suponga que ya conocían las características de las participaciones preferentes y su naturaleza porque al igual que el producto islandés, en la orden que se aporta como documento nº 1 de la contestación, no se dice en ningún punto que se trate de “participaciones preferentes” ni se hace ninguna referencia a sus características, debiéndose entender que si dicho producto además ofreció los rendimientos previstos y no hubo incidencias relacionadas con la solvencia del emisor, al contrario que en este caso, ello no permitió tampoco a los demandantes tomar conciencia de los riesgos asumidos con la inversión así como de la complejidad del producto no constando qué información se les facilitó entonces.

En conclusión, y con independencia de que no se haya cumplido la normativa aplicable en materia de información a los clientes bancarios y que se haya producido una vulneración de lo establecido en los artículos 79 bis de la LMV, lo cierto es que no se ha acreditado que la información facilitada a la Sra. Hernández o a sus hijos, haya sido completa y suficiente incluyendo de qué producto se trataba ni tampoco de las características de las participaciones preferentes y los riesgos, sino también la de otros datos necesarios para valorar la conveniencia del producto como era la situación financiera real de la entidad, la previsión de futuro, la evolución negativa del rating, etc..

OCTAVO.- ERROR. NULIDAD. CONSECUENCIAS.

Partiendo de lo expuesto en el fundamento anterior, esto es la defectuosa e insuficiente información proporcionada a los demandantes, se concluye que nos hallamos ante un supuesto de nulidad del contrato por vicio en el consentimiento, porque el formalmente prestado quedó invalidado por un error tan relevante y excusable, en los términos que describe el artículo 1266 del Código Civil, que lo convirtieron en inoperante. Desde luego, ese error no pudo ser salvado por su formación personal ni por su experiencia financiera, completamente insuficientes para entender la naturaleza y funcionamiento de las participaciones preferentes, ni los riesgos asociados. El error es excusable precisamente porque está causado por la conducta de la entidad bancaria y tiene la entidad suficiente como para invalidar el consentimiento, porque recae sobre un elemento principal del contrato, no

es imputable a la parte actora y no pudo ser salvado por una diligencia media atendidas todas las circunstancias. En este punto, incide la parte demandada en la negligencia de la demandante por no leer la documentación y que ya conocía el producto pero dichas alegaciones no pueden tenerse en consideración porque sí consta que la demandante, y antes su esposo, tenían una relación de confianza con los empleados de la sucursal lo que permite considerar que no leyeron la documentación antes de firmar puesto que confiaban en que en éstos se reflejaba la misma información que se les había dado verbalmente.

Como señala la sentencia de Pleno del TS de 15/1/2015 al referirse a la excusabilidad del error “ *El incumplimiento por la demandada del estándar de información sobre las características de la inversión que ofrecía a sus clientes, y en concreto sobre las circunstancias determinantes del riesgo, comporta que el error de la demandante sea excusable.*”

Quien ha sufrido el error merece en este caso la protección del ordenamiento jurídico puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba y asesoraba. Como declaramos en la sentencia de pleno núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, «la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente ».

Cuando no existe la obligación de informar, la conducta omisiva de una de las partes en la facilitación de información a la contraria no genera el error de la contraparte, simplemente no contribuye a remediarlo, por lo que no tiene consecuencias jurídicas (siempre que actúe conforme a las exigencias de la buena fe, lo que excluye por ejemplo permitir, a sabiendas, que la contraparte permanezca en el error). Pero cuando, como ocurre en la contratación en el mercado de valores, el ordenamiento jurídico impone a una de las partes un deber de informar detallada y claramente a la contraparte sobre las presuposiciones que constituyen la causa del contrato, como es el caso de los riesgos en la contratación de productos y servicios de inversión, y le impone esa obligación con carácter previo a la celebración del contrato y con suficiente antelación, lo que implica que debe facilitar la información correcta en la promoción y oferta de sus productos y servicios y no solamente en la documentación de formalización del contrato mediante condiciones generales, para que el potencial cliente pueda adoptar una decisión inversora reflexiva y fundada (art. 12 Directiva y 5 del anexo al Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo), en tal caso, la omisión de esa información, o la facilitación de una información inexacta, incompleta, poco clara o sin la antelación suficiente, determina que el error de la contraparte haya de considerarse excusable, porque es dicha parte la que merece la protección del ordenamiento jurídico frente al incumplimiento por la contraparte de la obligación de informar de forma veraz, completa, exacta, comprensible y con la necesaria antelación que le impone el ordenamiento jurídico.”

En consecuencia, procede declarar la nulidad de la orden de compra conforme al art. 1301 del C.C., al haberse suscrito mediando error en el consentimiento y en aplicación de lo

dispuesto en el artículo 1.303 del Código Civil las partes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, por lo que BANCO DE SABADELL S.A. deberá devolver a los demandantes el capital de la suscripción efectuada más sus intereses conforme a la previsión del art. 1.303 del CC que, a falta de determinación legal, será el interés legal del dinero desde la fecha en que se hizo efectiva la orden de suscripción y, por su parte, los demandantes deberán restituir los rendimientos que ha percibido durante la vigencia del contrato, cuyo importe 1.113,75.-€ no ha sido cuestionado por la parte demandada, con sus intereses, sin perjuicio de su posible compensación o de otros pactos o acuerdos que las partes puedan alcanzar al margen del proceso.

Debe puntualizarse que el reintegro de los rendimientos exige la devolución de lo que, por razón de intereses, ha cobrado la parte demandante, esto es, los intereses brutos, ya fuera porque el banco anticipó (retuvo) una determinada suma en concepto de impuestos que corrían por cuenta de la beneficiaria de los mismos, ya porque hiciera pago líquido de lo restante (SAP Córdoba, sección 1ª, de 30 de enero de 2013), sin perjuicio de las gestiones que pueda realizar ante la administración tributaria para adecuar los ingresos reales de cada periodo impositivo tras el dictado de esta resolución. En esta misma línea, la sentencia de la secc. 14ª de la A.P. de Madrid de 20 de enero de 2015 declara lo siguiente: “La solución debe ser, necesariamente, cuantificar el importe de la remuneración a restituir según su cuantía bruta, es decir, antes de aplicar la retención por impuestos, atendiendo de modo genérico a la condición de sujeto pasivo del tributo soportada por los inversores, y sin perjuicio de las ulteriores reclamaciones que puedan suscitarse ante la administración tributaria, o en vía contencioso administrativa, que no competen al orden jurisdiccional civil”.

NOVENO.- COSTAS.

Estimada la demanda íntegramente, se condena a la parte demandada BANKIA al pago de las costas siguiendo el criterio objetivo del vencimiento del art. 394 L.E.C

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

FALLO

SE ESTIMA íntegramente la demanda formulada a instancias de [REDACTED] Y [REDACTED] S.A. y en consecuencia se realizan los siguientes pronunciamientos:

1.- Se declara la nulidad de la orden de compra de participaciones preferentes de KAUPTHING BANK CO por importe de 22.000.-€ suscrita por los demandantes con fecha

17 de enero de 2008.

2.- BANCO DE SABADELL S.A restituirá a la parte demandante la cantidad abonada para la adquisición de las referidas participaciones preferentes, 22.000-€ más el interés legal de esta suma desde la fecha efectiva de la adquisición hasta la fecha de esta resolución, a partir de la cual el interés aplicable será el interés previsto en el art. 576 de la L.E.C.

3.- la parte demandante deberá restituir a BANCO SABADELL S.A. el importe de los rendimientos percibidos, mil ciento trece euros con setenta y cinco céntimos (1.113,75.-€) más el interés legal devengado desde las fechas de percepción así como los valores. El traspaso de la titularidad de los valores se realizará sin coste alguno para los demandantes en la forma que libremente acuerden las partes, o en su caso, la que se determine en ejecución de sentencia.

4.- El resultante de ambas operaciones podrá compensarse, una vez se determinen los intereses aplicables, en la forma en que acuerden las partes o se decida, en su caso, en la ejecución de esta sentencia.

5.- Se condena a BANKIA al pago de las costas procesales derivadas de la demanda contra ella dirigida.

Notifíquese la sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer recurso de apelación ante este Juzgado dentro de los veinte días contados desde el siguiente a la notificación conforme a los artículos 458 y siguientes L.E.C..

No se admitirá a trámite el recurso de apelación si al interponerlo no acredita la parte haber constituido depósito de cincuenta euros (50 €) en la cuenta 2447-0000-02-0898-14 conforme a la Disposición Adicional decimoquinta de la L.O.P.J. añadido mediante la L.O. 1/2009 de 3 de noviembre.

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

E)

PUBLICACIÓN. La anterior sentencia ha sido leída y publicada por la Sra. Magistrada Juez que la suscribe en el mismo día de su fecha estando celebrando audiencia pública. Doy fe.