

**JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 11
ZARAGOZA**

SENTENCIA: 00020/2016

CIUDAD DE LA JUSTICIA (EXPO) - EDIF. VIDAL DE CANELLAS, ESC. F-G, 3ª PLANTA
Teléfono: 976208107-976208105
Fax: 976208650
N04390

N.I.G.: 50297 42 1 2015 0017325

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000671 /2015-G

Procedimiento origen: /

Sobre OTRAS MATERIAS

DEMANDANTE, DEMANDANTE D/ña. F

Procurador/a Sr/a. PEDRO AMADO CHARLEZ LANDIVAR, PEDRO AMADO CHARLEZ LANDIVAR

Abogado/a Sr/a.

DEMANDADO D/ña. DEUTSCHE BANK,S.A.E.

Procurador/a Sr/a. MARIA JOSEFA CABEZA IRIGOYEN

Abogado/a Sr/a.

S E N T E N C I A

JUEZ QUE LA DICTA: MAGISTRADO-JUEZ GONZALEZ VIEJO.

Lugar: ZARAGOZA.

Fecha: cuatro de Febrero de dos mil dieciseis.

Demandante: FRANCISCO B. , MARIA PILAR B.

Abogado: ALVARO GARCIA GRAELLS.

Procurador: PEDRO AMADO CHARLEZ LANDIVAR.

Demandado: DEUTSCHE BANK,S.A.E..

Abogada: ARMINDA NARANJO ALVARADO

Procuradora: MARIA JOSEFA CABEZA IRIGOYEN.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que por la Procurador Sr. CHARLEZ, en nombre y representación de FRANCISCO B. A. , se presentó demanda de juicio Ordinario turnada a este juzgado y registrada con el num. 671/15-G frente a DEUTSCHE BANK en reclamación de 49.767,50 euros fundando su pretensión en los hechos y fundamentos jurídicos recogidos en el citado escrito y que se dan por reproducidos en aras a la economía procesal, para terminar suplicando que, previos los trámites legales, se dicte sentencia conforme al suplico de la demanda.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la demandada quien se personó en autos representada por la Procuradora Sra. Maria Jose CABEZA y contestó a la demanda oponiéndose a la misma, procediéndose a la celebración de la audiencia previa el día 10/12/15.

TERCERO.- Que con fecha 22/01/16 se celebró el acto de juicio con asistencia de las partes, practicándose la prueba declarada pertinente con el resultado que consta en CD, y

evacuado el trámite de resumen de pruebas, se dio por terminado el acto, quedando el expediente para sentencia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Que, por el presente procedimiento, los actores, ejercitan acciones principal y subsidiaria para caso de desestimar la primera, interesando que se DECLARE que la mercantil actora es responsable del vicio/error del consentimiento en los actores provocado en la adquisición de las participaciones preferentes de al entidad islandesa "LANDSBANKI ISLANDS", interesando se declare que existió nulidad radical por incumplimiento de sus obligaciones de diligencia, lealtad e información como comisionista restador de servicios de inversión, declarando al nulidad de la orden de compra de las participaciones a que se refiere la demanda, CONDENANDO a la demandada a pagar- fijada la cuantía en fase conclusiones-, 41.001, 93 euros, más los intereses legales desde el 18 de Abril del 2015, hasta el pago, más la solicitud de imposición de costas.

Subsidiariamente, los actores interesan SE DECLARE que la demandada debe reparar los daños y perjuicios económicos como consecuencia del negligente actuar en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales de diligencia, lealtad e información como comisionista mercantil prestador del servicio de inversión y depositario de valores, habiendo infringido la buena fe contractual así como la normativa del Mercado de Valores, interesando SE CONDENE a la demandada a pagar la misma cantidad que al mencionada anteriormente.

La demandada se opone a la demanda y fundamenta dicha oposición en al siguiente argumentación, mencionada en este momento, con carácter resumido: caducidad de la acción de anulabilidad por vicio en el consentimiento; decisión libre y voluntaria de los actores al tiempo de adquirir las participaciones preferentes; naturaleza de de las participaciones preferentes, y en concreto, de las adquiridas , como producto no complicado de entender o de riesgo; consecuencias posteriores a la celebración del contrato e improcedencia de la reclamación de condena al pago de intereses legales, todo ello argumentado con el principio de considerar que la intervención de la demandada en el negocio del cual el presente procedimiento trae causa no lo fue ni la de asesoramiento y/o gestión, sino simple ejecución en el mercado secundario de la orden de compra; que se realizó con los actores toda la información precisa para el producto contratado; haber estado los actores informados, mes a mes , de la evolución del valor de sus participaciones preferentes y haber cobrado los actores los elevados cupones por dichas preferentes, siendo la causa de la perdida por parte de los actores de gran parte de su inversión, la insolvencia e intervención del banco emisor- hecho ocurrido en Octubre de 2008-, circunstancia ajena a la demandada.

Antes de entrar a conocer del fondo del asunto, procede resolver la excepción de caducidad alegada por la parte

demandada, a la cual los actores, con carácter preventivo y por ser argumento de defensa conocido, respondieron en demanda y a cuyo contenido nos remitimos.

SEGUNDO.- Que, en relación con la CADUCIDAD, no puede ni debe desconocerse el criterio seguido por la Audiencia Provincial de Zaragoza que ya se ha pronunciado al respecto (S. 103/2015, de 27-2).

El concepto de "consumación" que recoge el art. 1301 del Código Civil ha sido interpelado de diversas formas por los tribunales, pero en ningún momento puede identificarse con el de "perfección".

La S.T.S. 11-6-2003 (ponente González Poveda) señala que "dispone el art 1301 C.c ., que en los casos de error, dolo o falsedad de la causa, el plazo de cuatro años, empezará a correr desde la consumación del contrato, norma a la que ha de estarse de acuerdo con el art. 1969 del citado código".

La S.T.S. 11-7-1984 entiende como consumación "la realización de todas las obligaciones". Más aún cuando estamos ante contratos de "tracto sucesivo", en el que se reciben prestaciones periódicas. En tales supuestos -reitera la jurisprudencia: SAP de Barcelona Secc. 16, de fecha 26-9-2012- cuando se produce el resultado negativo "inesperado" es cuando surge la duda sobre el contenido de lo contratado.

Así lo ha entendido la Audiencia de Zaragoza, Seccs 4ª y 5ª, de 22-7-2013 y 8-10-2013, respectivamente.

Esta última parafraseando a la S.T.S. 569/2003 , señala que: " Este momento de la "consumación" no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar, como acertadamente entendieron ambas sentencias de instancia, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes", criterio que se manifiesta igualmente en la sentencia de 5 May. 1983 cuando dice: "en el supuesto de entender que no obstante la entrega de la cosa por los vendedores el contrato de 8 jun 1955, al aplazarse en parte el pago del precio, no se había consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó...". Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 jun. 1897 afirmó que "el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por "completo", y la sentencia de 20 Feb. 1928 dijo que "la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea, hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó".

Para rechazar tal alegato, baste reparar que la totalidad de los contratos cuestionados que tenían por objeto deuda subordinada o preferentes se refieren a títulos emitidos por la propia demandada, y no por terceros, por lo que difícilmente puede sostenerse que la única obligación asumida por ella era la de la entrega de aquellos valores, pues alcanzaba asimismo a la de pago de los intereses producidos por dicha deuda y títulos".

En el caso enjuiciado, no surgen las alertas en los actores hasta el momento de la pérdida de la práctica totalidad de las acciones preferentes adquiridas y ello ocurre cuando el mercado se paraliza y cuando se detecta una situación que parece contradecir lo contratado.

Por tanto, ese deberá entenderse como dies a quo hasta la interpelación judicial no se ha producido el plazo de caducidad opuesto, además de hacer nuestras, como no puede ser de otra manera, las argumentaciones efectuadas pro el Tribunal Supremo, entre otras en Sentencia de 14 de Marzo de 2002, al entender que en estos supuestos las acciones no prescriben.

TERCERO. - Que, procede analizar, a continuación, siguiendo una sistemática que se considera precisa para conocer del asunto, analizar la naturaleza del producto que no es otro que unas acciones preferentes u "obligaciones subordinadas", pues esta cuestión de hace precisa para incardinar adecuadamente las exigencias del deber informativo de la demandada, en definitiva, necesario será concretar la clase de producto contratado.

En una primera aproximación al mismo, se puede afirmar que se trata de productos de renta fija a largo plazo, que suelen contar con una alta rentabilidad, pero también con un alto riesgo y una baja liquidez, ya que no es un depósito y, por tanto, no están garantizados más que por el banco emisor.

Tiene una fecha de emisión y una de cierre, cotizando en un mercado secundario. Por ello, si se quiere recuperar el dinero invertido antes de acabar el plazo, hay que venderlo en ese mercado con altas posibilidades de perder parte del capital.

No están cubiertos por el Fondo de Garantía de Depósitos y en caso de concurso de la entidad emisora los tenedores de "subordinadas" sólo estarían por delante de las participaciones preferentes y de las acciones.

En España, los bonos y las obligaciones son parecidos, salvo en la duración. Aquéllos por menos de 5 años y éstas por más de 5 años de duración.

Con claridad se expresa la S.A.P. Asturias, Secc. 5º de 15-3-2013 : " Debe señalarse con carácter previo que las obligaciones subordinadas, como pone de relieve autorizada doctrina -Tapia Hermida-, constituyen una mutación o alteración del régimen de prelación común a las obligaciones, que obedece al exclusivo propósito de fortalecer los recursos propios de las entidades de crédito y muy especialmente de las Cajas de Ahorros caracterizándose porque en caso de quiebra o liquidación de la entidad de crédito tales obligaciones-préstamos ocupan un rango inferior a los créditos de todos los demás acreedores y no se reembolsarán hasta que se hayan pagado todas las demás deudas vigentes en ese momento, constituyendo uno de sus requisitos el que dichos fondos deben tener un vencimiento inicial de al menos 5 años, tras dicho periodo podrán ser objeto de reembolso, así como que las autoridades competentes podrán autorizar el reembolso anticipado de tales fondos siempre que la solicitud proceda del emisor y la solvencia de la entidad de crédito no se vea afectada por ello. La idea fundamental desde el punto de vista jurídico reside, como señala el profesor Sánchez Calero, "en que la entidad de crédito prestataria y el adquirente inversor prestamista pactan, entre otras condiciones, que tales préstamos ocupen un rango inferior a los créditos de todos los demás acreedores y no se reembolsen hasta que se hayan pagado

todas las demás deudas vigentes en ese momento" y es por ello, como señala la doctrina, por lo que la computabilidad como fondos propios no reside tanto en la titularidad de los recursos captados ni en su funcionalidad, cuanto fundamentalmente en su inexigibilidad. La regulación de estas obligaciones la encontramos en la Ley 13/85. En este producto se pacta no ya que el crédito carece de privilegio alguno, sino que ni siquiera alcanza el estatus de crédito ordinario, se produce, como señala el profesor Sánchez Calero, un desplazamiento del crédito, de forma que el principio de la par conditio creditorum sufre en este caso una excepción contraria a la de los acreedores privilegiados, estamos ante una excepción "en menos" inversa a la de los privilegios, que altera el régimen común de prelación y que sitúa a las obligaciones subordinadas tras los acreedores comunes del derecho civil citados en el sexto lugar del orden establecido en el art. 913 del Código de Comercio . El precio de la postergación lo constituye el devengo de los intereses más altos que la media del mercado de renta fija privada, de modo que a menor seguridad de tales obligaciones debido a su carácter subordinado debe incrementarse la rentabilidad de las mismas."

Centrada así la base del negocio litigioso, habrá que concretar las obligaciones que imponía la legislación aplicable.

CUARTO.- Que, en el caso que nos ocupa hay dos momentos a valorar. Antes de la entrada en vigor de la Directiva MIFID, incorporada a nuestro Derecho a través de la ley 47/07 de modificación de la ley del Mercado de Valores, y después de esta reforma.

Es cierto que la legislación más moderna implementa la protección del "inversor", sobre todo del "minorista". Pero no lo innova, ya existía, y con un alto rango protector.

La Sentencia 187/14 de la Sección V de la Audiencia Provincial de Zaragoza, recogida, a su vez, por la 103/15 de 27-2, recoge dicha situación:

"Resulta evidente que un producto de alto riesgo y de no fácil comprensión para una persona no avezada en los mercados financieros exige una regulación específica que reequilibre las posiciones contractuales y precontractuales, compensando lo que el Tribunal Supremo ha venido en llamar la "asimetría informativa" (Sentencia del T.S. Sala 1º, Pleno de 20-1-2014).

Así, ya el R.D. 629/93 , de 3 de mayo "sobre normas de actuaciones en el mercado de valores y registros obligatorios", en su código de conducta (Anexo), establecía unas pautas muy claras.

Así, debían las entidades financieras recabar la información necesaria sobre la experiencia inversora del cliente (art. 4) y "deberán de informar al cliente, no de forma genérica, sino correcta, precisa y suficiente, haciendo hincapié en los riesgos de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Todo ello para evitar una incorrecta interpretación (art. 5 del Anexo).

Además, las Entidades :

1º.-deberán disponer de los sistemas de información necesarios y actualizadas para proveerse de toda la información relevante y proporcionarla a los clientes.

2º.- habrán de conservar sistematizadamente los estudios o análisis sobre la base de los cuales se han realizado las recomendaciones .

3º.-informar a sus clientes con la máxima celeridad de todas las incidencias relativas a las operaciones contratadas por ellos, recabando de inmediato nuevas instrucciones del cliente (art. 5 Anexo)."

Sin duda, la Directiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instrumentos financieros, transpuesta a la legislación española a través de la Ley del Mercado de Valores (arts. 78 y siguientes), mediante reforma llevada a cabo por la ley 47/07 , marca una pauta que implementa las exigencias de la entidad oferente; concretada por el R.D. 217/08, de 15 de febrero sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión.

Así, el genérico principio de "negociar de buena fe" ("Each part must act in accordance with good faith and fair dealing": Principio de Derecho Europeo de Contratos), supone la necesidad de proporcionar a la otra parte información de manera comprensible y adecuada acerca de los aspectos fundamentales del negocio, sobre todo de los riesgos que comporta el producto financiero (Art. 79 bis de la Ley del Mercado de Valores); explicación detallada de características, riesgos inherentes a ese instrumento, como de pérdida total de la inversión, volatilidad del mercado, etc. (art. 64 R.D. 217/08, de 15-febrero).

Asimismo, los tests de convivencia e idoneidad (este último cuando haya habido asesoramiento), constituyen una carga de la entidad financiera. Asesoramiento que -como matiza la S.T.J.U.E. de 30 de mayo de 2013, caso "Genil 48 S.L."-, existe, aplicando la Directiva 2006/73 , cuando la entidad financiera realiza una "recomendación personalizada" al cliente (S.T.S. 20 enero de 2014).

Obviamente, la carga de la prueba de la información realizada le corresponde al obligado a ella, ex Art. 217 LEC .

Por una parte, porque no se puede exigir al cliente la acreditación de un hecho negativo, y , por otra parte, porque --como dice la S.T.S. de 18-4-2013 -- "La obligación de información que establece la normativa legal invocada.... es una obligación activa, no de mera disponibilidad".

QUINTO.- Que, en el caso concreto no ha existido prueba alguna sobre la información específica que se les diera a los contratantes.

Se acredita por las pruebas practicadas, especialmente por la testifical en la persona de Dn. Jose persona que dependiente de la demandada, comercializó el producto a los actores, niega su condición de asesor de los actores, sin embargo no puede ser desconocido el contenido de las cartas remitidas por la mercantil demandada a los actores en las que se menciona al Sr. como asesor; el propio testigo al ser preguntado manifiesta que no tenía a su alcance el folleto

íntegro del producto que siempre se ha considerado como de renta fija y ofrecida al cliente por su alta rentabilidad y por la necesidad manifestada por el cliente de obtener dicha rentabilidad para asumir unos gastos por tener a una hija estudiando fuera de Zaragoza, que transmitía al cliente lo que a él le habían explicado.

Considera el testigo que la información que entonces se daba a los clientes era suficiente, porque la entidad era solvente y esa era la garantía.

Es preciso aclarar, aunque parezca una obviedad, que la parte demandada no son los empleados del banco, sino la entidad bancaria o financiera.

Las directrices y exigencias informativas ha de darlas ésta, no aquéllos.

Hecha esta precisión, parece más que evidente que la información fue notoriamente insuficiente para que un inversor "minorista" pudiera captar la realidad de lo que estaba contratando.

Es decir, las consecuencias posibles de una vinculación profunda a la marcha de la sociedad emisora. En definitiva, que no sólo podía obtener mejores o peores rendimientos a su capital, sino que podía perder todo o parte de ese capital. Condición de relevante trascendencia.

Por eso, la excusabilidad en el vicio del consentimiento ha sido objeto de un análisis específico en esta materia contractual, compleja y arriesgada.

Así, reitera la jurisprudencia que la falta de información o una defectuosa o limitada no constituye automáticamente la producción del error invalidante, pero sí una presunción iuris tantum de desconocimiento o de falta de conocimiento suficiente y necesario (S.T.S. 20-1-2014).

La razón de ello es la denominada " asimetría informativa " y desproporción que existe entre la entidad comercializadora y el cliente. Por ello surge una normativa específica, protectora del inversor no experimentado.

Y, también por eso, la S.T.S. 387/14, de 8-7 señala que " el cliente ha de ser informado con arreglo a la buena fe (art. 7 C.c .), por lo que no basta que sea una información imparcial, clara y no engañosa, sino "que deberá incluir de manera comprensible información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión y también orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumento o estrategias (art. 7-9 bis Ley del Mercado de Valores y artículos 2, 3 y 64 R.D. 217/2008)" .

Como expone con claridad la S.T.S. 460/14 de 10-9 , " para excluir la existencia de un error invalidante del consentimiento no basta con la conciencia más o menos difusa de estar contratando un producto de riesgo, en cuanto que es una inversión. Es preciso conocer cuáles son esos riesgos, y la empresa de servicios de inversión está obligada a proporcionar una información correcta, no sólo porque sea exigencia derivada de la buena fe, sino porque lo impone la normativa sobre el mercado de valores. ". Además recuerda esa misma sentencia del Alto Tribunal, el deber de información ha de cumplirse con la debida antelación (art. 5 del anexo del

R.D. 629/1993), y "en el marco de las negociaciones con el cliente" (art. 11 Directiva 1993/22/CEE , de 10 de mayo)"

En definitiva, lo que vicia el consentimiento es la falta de conocimiento del producto, no conocer los riesgos asociados al mismo; lo que determina en el cliente una representación mental equivocada sobre las características esenciales del objeto del contrato. Y ello debido al incumplimiento por parte de la empresa comercializadora del producto de los deberes de información impuestas legalmente, a fin de eliminar aquella asimetría informativa (STS 460/14, de 10-9).

Esto es lo que ha concurrido en el caso enjuiciado, por lo que procede la declaración de nulidad del negocio de compra de "obligaciones subordinadas".

SEXTO.- Que, en relación a los efectos de dicha declaración, con independencia de lo pretendido por la parte demandada en el sentido de considerar que habiendo transferido dichas participaciones preferentes a otra entidad, supondría bien la ruptura del nexo causal entre la posible nulidad y sus consecuencias reintegratorias (a 1303 C.c.) o, en su caso, la confirmación y sanación del negocio vinculado, ex art 1309 C.c.

A este respecto, la escasa jurisprudencia que ha analizado esta situación presenta respuestas diversas. Algunas sentencias de primera instancia razonan que no puede haber nulidad si no puede darse cumplimiento al efecto reintegrador que recoge el art. 1303 C.c. Otras acuden a la doctrina de la " propagación del negocio jurídico nulo " a las consecuencias obligatorias que derivan del negocio inicialmente anulado (S.A.P. Madrid, secc. 19, de 11-4-2014). Y, por fin, los que se amparan en el art. 1307 C. civil para solventar las consecuencias del efecto reintegrador de la nulidad.

Además, no puede olvidarse que la nulidad de un contrato no puede

depender de la dificultad jurídica o fáctica que presente la ejecución de las consecuencias de la decisión anulatoria. Esta sólo puede depender de los requisitos que se exigen al momento de contratar (arts 1261 y 1300 C.c .). Entre otras razones, porque -como regla general- la eficacia de dicha declaración es "ex tunc" (matizada en los contratos de tracto sucesivo).

Tampoco entendemos que la nulidad de la contratación de "obligaciones subordinadas" lleve consigo la nulidad del negocio jurídico posterior de venta de las acciones al "FGD". Más dudoso pudiera ser el de "canje" por acciones de la Caja (dada la limitada opción que se concedería al inversor).

Además, anular la venta de acciones hubiera precisado llamar a la litis al Fondo de Garantía de Depósito.

Por tanto, si hay nulidad y no propagación de los efectos de esa nulidad a contratos posteriores, habrá que acudir al art. 1303. Y si una de las partes del negocio anulado (adquisición de "subordinadas") no puede devolver (reintegrar) lo que obtuvo del contrato nulo (las "subordinadas" o su sustitutivo, las acciones del Banco), habrá que acudir a la solución que a tal fin ofrece el At 1307 C. civil: " Siempre que el obligado

por la declaración de nulidad a la devolución de la cosa, no pueda devolverla por haberse perdido, deberá restituir los frutos percibidos y el valor que tenía la cosa cuando se perdió, con los intereses desde la misma fecha".

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Secc. 3ª, 16-7-2014 recoge la interpretación jurisprudencial del concepto " haber perdido ": " debe ser entendido en sentido amplio: pérdida culpable, o por caso fortuito, o por haberse transmitido a tercero adquirente de buena fe, como sería el caso de autos".

SEPTIMO.- Que, la demora en el pago del precio, constituye al deudor en la obligación de abonar el interés legal de la cantidad adeudada, de conformidad a lo establecido en los artículos 1.100, 1.101 y 1.108 y siguientes del Código Civil, que se aplicarán desde la fecha de la interposición judicial de la demanda.

OCTAVO.- Que, en materia de costas y por aplicación de lo dispuesto en el artículo 394 de la L.E.C., procede condenar a la parte demandada al pago de las mismas.

VISTOS los artículos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Que, estimando la demanda promovida en JUICIO ORDINARIO Nº 671/G-2015, instado por el Procurador Sr. Charlez, en nombre y representación de Dn. FRANCISCO PILAR, Dña. Mª PILAR contra DEUSTCHE BANK, S.A., representado por la Procuradora Sra. Cabeza Irigoyen, DEBO DECLARAR Y DECLARO la Nulidad radical de la Orden de compra de LANDSBANKI ISLANDS HF, con código ISIN número XS0244143961, de fecha 6 de Abril de 2006.

Consecuencia de lo anterior, DEBO CONDENAR Y CONDENO a dicha demandada a que pague a los actores, 41.001, 93 euros, en concepto de principal, más el interés legal de dicha suma desde el 18 de Abril de 2015, hasta su completo pago, condenando a dicha demandada al pago de las costas procesales.

MODO DE IMPUGNACIÓN: recurso de apelación, que se interpondrá ante el Tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente de la notificación de aquélla.

Dicho recurso carecerá de efectos suspensivos, sin que en ningún caso proceda actuar en sentido contrario a lo resuelto (artículo 456.2 L.E.C.).

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

EL/LA MAGISTRADO/JUEZ,