

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 18 DE MADRID

Calle del Poeta Joan Maragall, 66 , Planta 3 - 28020

Tfno: 914932767

Fax: 914932769

42020310

NIG: 28.079.00.2-2017/0067516

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 372/2017

Materia: Obligaciones: otras cuestiones

Demandante: D./Dña.

PROCURADOR D./Dña. ERNESTO GARCIA-LOZANO MARTIN

Demandado: BANKINTER S.A.

PROCURADOR D./Dña. MARIA JOSE BUENO RAMIREZ

SENTENCIA Nº 206/2018

JUEZ/MAGISTRADO- JUEZ: MARIA GRACIA PARERA DE CACERES

Lugar: Madrid

Fecha: tres de julio de dos mil dieciocho

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO Por el Procurador D. ERNESTO GARCIA-LOZANO MARTIN en nombre y representación de formula demanda, asistido del Letrado D. FERNANDO ZUNZUNEGUI PASTOR, por la que se interesa la declaración de nulidad o subsidiariamente anulabilidad de la orden de suscripción de de un bono Bacom, formalizada el día 6 DE JULIO DEL 2007 ,por un valor de 55.000 euros , interesando la condena a la mercantil Bankinter a que satisfaga a la actora la cantidad de 52.353,92 euros en concepto de indemnización por los daños y perjuicios causados derivados del incumplimiento contractual de la demandada relativo a las obligaciones legales y contractuales que la obligaba a la entidad bancaria.

La Procuradora Dña. Mª JOSE BUENO RAMIREZ en nombre y representación de BANKINTER y asistido del Letrado D. JOSE LUIS TERRON GUIJARRO contesta a la demanda oponiéndose y se niega la falta de información, alegando que siempre se informó de los riesgos de la operación, que la actora era cliente experimentada en productos bancarios complejos, que se le entregaron las condiciones generales del contrato, y que conoció desde un principio el riesgo asociado de su inversión, hubo información precontractual y postcontractual suficiente interesando la desestimación de la pretensión

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Acción ejercitada en la demanda.

Se ejercita en la demanda formulada por la representación de acción por la que se interesa la declaración de nulidad o subsidiariamente anulabilidad de la orden de suscripción de de un bono Bacom, formalizada el día 6 DE JULIO DEL 2007 ,por un

valor de 55.000 euros , interesando la condena a la mercantil Bankinter a que satisfaga a la actora la cantidad de 52.353,92 euros en concepto de indemnización por los daños y perjuicios causados derivados del incumplimiento contractual de la demandada relativo a las obligaciones legales y contractuales que la obligaba a la entidad bancaria.

Se fundamenta la demanda en las circunstancias de la contratación, en la que, en momento alguno, se hizo advertencia del riesgo del producto ni se entregó al documentación exigida legalmente, omitiéndose además la información de la situación económica en la que, en modo alguno, era aconsejable contratar un producto complejo de estas características. Alega la actora que hubo un claro error en el consentimiento, por falta de información, pues en todo momento, se motivó por parte de la entidad demandada, que era la que comercializaba el producto, el riesgo de pérdida de capital en caso de quiebra, habiendo intervenido la entidad demandada, no solo en la comercialización del producto, sino en el asesoramiento del mismo a través de la Banca Privada.

Frente a tal pretensión se opuso la demandada a través de su representación procesal, se niega la falta de información, alegando que siempre se informó de los riesgos de la operación, que la actora era cliente experimentada en productos bancarios complejos, que se le entregaron las condiciones generales del contrato, y que conoció desde un principio el riesgo asociado de su inversión, hubo información precontractual y postcontractual suficiente interesando la desestimación de la pretensión.

SEGUNDO.- Naturaleza jurídica del producto financiero litigioso y normativa aplicable.

Los bonos objeto del presente recurso son productos financieros derivados complejos y de elevado riesgo, incluido en el anexo I, sección C, de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004 relativa a los mercados de instrumentos financieros.

Son Productos Financieros Estructurados sin garantía de devolución del capital invertido vinculado a los subyacentes .Se trata de productos complejos, adecuados solo para inversores de perfil arriesgado con expectativas alcistas sobre el mercado de renta variable, en el que la pérdida o ganancia dependerán de si el precio final de la acción de peor rendimiento de las tres subyacentes cumple, en cada una de las fechas previstas, las condiciones pactadas, esto es, si su precio es mayor, igual o inferior al de la fecha inicial. En definitiva, nos encontramos ante productos especulativos. El riesgo para el inversor consiste, por tanto, en que no se den ninguna de las condiciones por un mal comportamiento en el mercado de renta variable de las acciones que componen la cesta subyacente, con lo puede perder no solo el cupón, sino el capital invertido.

Dicho carácter complejo se deduce, igualmente, de la Directiva 2009/111/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por la que se

modificaron las Directivas 2006/48/CE, 2006/49/CE y 2007/64/CE en lo que respecta a los bancos afiliados a un organismo central, a determinados elementos de los fondos propios, a los grandes riesgos, al régimen de supervisión y a la gestión de crisis.

Aparte de la obligada sujeción a las reglas comunes de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación y, en su caso, a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, para su comercialización, debe observarse, pues, no únicamente la normativa bancaria sino también y, en concreto en materia de información, la Ley del Mercado de Valores y las disposiciones que la desarrollan.

Tercero.-El deber de información de las entidades comercializadoras de estos productos.

La complejidad de los bonos estructurados en relación a otros contratos y productos bancarios determina que la entidad bancaria deba ser extremadamente diligente en la emisión y comercialización de estos productos, especialmente cuando los destinatarios tienen la condición de consumidores. De este modo, el deber de información sobre las características esenciales del producto y sus riesgos constituye una obligación contractual esencial cuya ausencia pudiera determinar la declaración de nulidad.

El artículo 79 bis desarrolla de forma concreta la

Obligación de información que incumbe a las entidades de servicios de inversión, que se materializa en los puntos siguientes: A) la obligación de mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes. B) la información deberá ser imparcial, clara y no engañosa. C) obligación de proporcionar a los clientes, de manera comprensible, una información adecuada sobre la entidad y los servicios que presta; sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión; sobre los centros de ejecución de órdenes y sobre los gastos y costes asociados de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece, pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa. La información referente a los instrumentos financieros y a las estrategias de inversión deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias. D) cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, la entidad obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate; y sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquel, con la

Finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan.

El Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, desarrolla en el artículo 72 la obligación de las entidades que presten el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, de obtener de sus clientes la información necesaria para que puedan comprender la naturaleza de la inversión y sus riesgos, lo

Que se describe como “evaluación de la idoneidad”, estableciendo que “cuando la entidad no obtenga la información específica no podrá recomendar servicios de inversión o

instrumentos financieros al cliente o posible cliente, ni gestionar su cartera”. El artículo 73 regula la denominada “evaluación de la conveniencia”, estableciendo que las entidades que presten servicios de inversión distintos de los previstos en el artículo anterior deberán determinar si el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado.

CUARTO.- Sobre la existencia del incumplimiento del deber de información de la entidad financiera y comercializadora del producto.

Resulta clarificadora la interpretación sobre el error como vicio del consentimiento, si bien también se refiere al incumplimiento del deber de información de la STS de 20 de enero de 2014, que analiza un supuesto semejante, si bien, para otro producto bancario, estableciendo: “*El deber de información y el error vicio*. Por sí mismo, el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error.

El error que, conforme a lo expuesto, debe recaer sobre el objeto del contrato, en este caso afecta a los concretos riesgos asociados con la contratación del swap. El hecho de que el apartado 3 del art. 79 bis LMV productos financieros complejos, como el swap contratado por las partes, el deber de suministrar al cliente minorista una información comprensible y adecuada de tales instrumentos (o productos) financieros, que necesariamente ha de incluir "orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos", muestra que esta información es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento. Dicho de otro modo, 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.

En nuestro caso el error se aprecia de forma muy clara, en la medida en que ha quedado probado que el cliente minorista que contrata el swap de inflación no recibió esta información y fue al recibir la primera liquidación cuando pasó a ser consciente del riesgo asociado al swap contratado, de tal forma que fue entonces cuando se dirigió a la entidad financiera para que dejara sin efecto esta contratación.

De este modo, el deber de información contenido en el apartado 3 del art. 79 bis LMV presupone la necesidad de que el cliente minorista a quien se ofrece la contratación de un producto financiero complejo como el swap de inflación conozca los riesgos asociados a tal producto, para que la prestación de su consentimiento no esté viciada de error que permita la anulación del contrato. Para cubrir esta falta de información, se le impone a la entidad financiera el deber de suministrarla de forma comprensible y adecuada.

Pero conviene aclarar que lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente minorista que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera del deber

de informar previsto en el art. 79 bis.3 LMV, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información.

Al mismo tiempo, 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”.

QUINTO.- Valoración de la prueba en relación al incumplimiento contractual invocado.

Entrando a valorar la pretensión principal relativa al incumplimiento contractual de BANKINTER, al no haber evaluado el perfil inverso del actor, haber realizado un defectuosos asesoramiento, sin efectiva y adecuada información precontractual, teniendo presente la doctrina legal y jurisprudencial descrita en los fundamentos jurídicos anteriores, aplicada al supuesto de hecho que enjuiciamos, concurren, todos y cada uno de los requisitos para apreciar el incumplimiento fundamental de los deberes de información y asesoramiento que incumben a la entidad demandada respecto de la comercialización del BONO BACOM, siendo un incumplimiento relevante y esencial, por las siguientes consideraciones, aplicables a los hechos que han resultado acreditados por la prueba practicada:

1º) BANKINTER suscribió con el actor un contrato de asesoramiento y gestión de cartera, tal y como consta en el doc. 4 de la demanda, en el que determinó el perfil de riesgo del actor como PERFIL CONSERVADOR. En este contrato se fijan los tipos de operación cuya gestión autoriza el actor al banco, como CARTERA DE FONDOS tipo de cartera CONSERVADORA.

2º) El banco demandado anuncia y explicita públicamente al inversor, una situación de solvencia y económica con relevantes beneficios netos de la sociedad emisora, además con unas perspectivas muy favorables, resultando obvia la representación que se hace el inversor, ante esa información divulgada: va a ser titular de un producto financiero de una sociedad con claros e importantes beneficios, cuando realmente, está suscribiendo un producto de elevadísimo riesgo. Es de ver el folleto publicitario del BONO BACON que consta unido con la demanda, en este folleto se observan varias ventas de liquidez con distintos pronósticos y simulaciones, entre las que no se encuentra, nunca, la pérdida absoluta de la inversión por quiebra del emisor LEHMAN BROTHERS.

3º) Siendo contratos de inversión, la comunicación pública de unos beneficios millonarios, resulta determinante en la captación y prestación del consentimiento.

4º) El requisito de excusabilidad es patente: la información está confeccionada por el emisor con un proceso de autorización del folleto y por ende de viabilidad de la oferta pública supervisado por un organismo público, generando confianza y seguridad jurídica en el inversor.

5º) El actor tenía la condición de consumidor en el momento en que suscribió los bonos estructurados.

6º) Que su perfil inversor puede calificarse como inversor minorista, desconocedor del funcionamiento de los mercados financieros y de productos bancarios complejos, como es el caso de los bonos estructurados, sin que sea relevante que suscribiese

o firmase el documento aportado con la contestación, de condiciones de prestación de servicios de inversión, pues dicha firma, fue como todas las efectuadas por el actor, de manera mecánica y sin conocer del alcance real de sus actos. Tampoco es relevante, ni indica que conociese los riesgos reales de iliquidez de los bonos. No hay test de idoneidad, ni examen de ningún tipo del perfil de la actora.

7º) Que la entidad bancaria demandada no se limitó a informar a la parte actora sobre las características de la inversión, sino que fue asesorada sobre la conveniencia de la suscripción de los bonos en orden a su alta rentabilidad, ocultando los riesgos que podían derivarse de su adquisición, tales como la pérdida del capital invertido, u otras características esenciales como su iliquidez, este hecho se infiere de la testifical practicada, dado que si bien el testigo manifiesta que se le explicó al actor que era un bono que no tenía el capital garantizado, lo cierto es que si esta escueta información, se une con las bondades del folleto publicitario y con la farragosa explicación que bajo el título “análisis de escenarios” consta en el contrato del BONO BACOM, lo cierto es que debe de concluirse que la información de la entidad bancaria fue deficiente.

En cuanto a la repercusión de la ausencia de test de idoneidad o de conveniencia establece la *sentencia 235/2016, de 8 de abril*, que:

«Aquí ni siquiera se realizó un test de conveniencia, ni tampoco un test de idoneidad, por lo que difícilmente puede afirmarse que el producto era adecuado al perfil del cliente. En suma, parafraseando nuevamente la citada *sentencia (840/2013 de 20 de enero)*, «[l]a omisión del test que debía recoger esta valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento 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 del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo». De manera tal que con tan relevantes omisiones, la entidad financiera incumplió su función de prospección del perfil del contratante para evaluar la adecuación del producto financiero a sus condiciones personales y económicas».

En conclusión, la ausencia de test previos que determinaran la idoneidad o conveniencia de que un inversor minorista contratara un producto complejo, unido a la falta de experiencia previa del inversor en productos de dicha naturaleza, junto con la complejidad de un producto como el bono estructurado, añadido a que la información previa fue insuficiente y la facilitada en la orden de compra no fue suministrada con la suficiente antelación, nos lleva a determinar que BANKINTER no cumplió con las obligaciones que le correspondían como comercializadora del BONO BACON, dado que no ateniéndose al perfil conservador del actor, no informó adecuadamente del riesgo de pérdida de capital en caso de riesgo de quiebra del emisor, sin que la entidad bancaria pueda ampararse en la imposibilidad de prever la quiebra del emisor, pues al igual que introdujo en el contrato una información, deficiente, en el análisis de escenarios, bien podría haber introducido en la información precontractual la clara información del riesgo que asumía el actor. No basta para dar por cumplido su deber, las expresiones que constan en el contrato y bajo el título “AVISO IMPORTANTE SOBRE EL RIESGO DE LA OPERACIÓN”, pues la frase que sigue a este aviso es ambigua y confusa, refiriéndose a “determinadas circunstancias” que luego el banco

no completa, ni específica a qué circunstancias se refiere.

SEXTO.- En atención a lo anteriormente expuesto, se aprecia incumplimiento contractual por parte de BANKINTER y tal y como se desprende del artículo 1101 y concordantes del Código Civil, la entidad demandada deberá indemnizar al actor de los daños y perjuicios generados debiendo satisfacer al actor la cantidad reclamada que asciende a la suma de 52.353,92 euros , cantidad que ha quedado fijada en la suma invertida, menos las cantidades que ha venido cobrado el actor por la quiebra del emisor y los intereses devengados , todo ello con aplicación del interés legal desde la fecha de la reclamación judicial.

SEPTIMO.- Costas procesales.

En orden a las costas procesales, y estimada la demanda, procede la condena a la entidad bancaria demandada a su pago, conforme a lo prevenido en el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación y administrando Justicia en virtud de la autoridad conferida por la Constitución española en nombre de S.M. el Rey,

FALLO

Que estimando la demanda interpuesta a instancia de
contra la mercantil BANKINTER S.A ,debo condenar y condeno a la demandada a que satisfaga a la actora la cantidad de 52.353,92 euros , cantidad que devengará el interés legal desde la reclamación judicial, y condena al pago de las costas procesales a la entidad demandada.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de APELACIÓN en el plazo de VEINTE DIAS, ante este Juzgado, para su resolución por la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid (artículos 458 y siguientes de la L.E.Civil), previa constitución de un depósito de 50 euros, en la cuenta 2446-0000-04-0372-17 de este Órgano.

Si las cantidades van a ser ingresadas por transferencia bancaria, deberá ingresarlas en la cuenta número IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274, indicando en el campo beneficiario Juzgado de 1ª Instancia nº 18 de Madrid, y en el campo observaciones o concepto se consignarán los siguientes dígitos 2446-0000-04-0372-17

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

Así por esta sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

El/la Juez/Magistrado/a Juez

PUBLICACIÓN: Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión a autos. Doy fe.

NOTA: Siendo aplicable la Ley Orgánica 15/99 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y en los artículos 236 bis y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los datos contenidos en esta comunicación y en la documentación adjunta son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento y debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.