



Administración de Justicia

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 03 DE MADRID

C/ Capitán Haya, 66 , Planta 1 - 28020

Tfno: 914932682

Fax: 914932684

42020310

NIG: 28.079.00.2-2016/0087792

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 416/2016

Autos: **Julida, Ordinario nº 416/16**

Procuradora: María Salud Jiménez Muñoz
Letradas: Benjamin José Prieto Clar y Natalia Andrés Galán
Demandada: Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria S.A.U.
Procuradora: María José Rodríguez Tejero
Letrada: Inmaculada Rosario Pérez Somalo



(01) 30942676210

A. MATOS
C.B. PIQUERO
T. PÉREZ

SENTENCIA Nº 113/2017

En Madrid, a once de abril de dos mil diecisiete, comparecieron en el Juzgado de Primera Instancia número 3 de esta ciudad, vistos los autos de Juicio Ordinario sobre nulidad contractual y reclamación de cantidad, tramitados con el número 416/16 y seguidos a instancia de **1** y **1** contra **Banco de Caja España** **1** y **1**.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: Por la procuradora María Salud Jiménez Muñoz, en nombre y representación de **1**, se dedujo en fecha 05/05/16 demanda de juicio ordinario contra la indicada Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria S.A.U., en la cual, y con base en los hechos y fundamentos que aquí se dan por reproducidos, terminaba suplicando se dictase sentencia por la que se declarase: A) la anulabilidad o nulidad parcial de la operación consistente en la compra inicial de las Participaciones Preferentes Caja Duero 2009 que adquirieron sus representantes en 2009, en concreto 24.000 euros, posteriormente canjeadas por los Bonos Necesaria y Contingentemente Convertibles de Banco Ceiss ("Bonos Ceiss") por importe total de 24.000 euros, y posteriormente canjeados por Bonos Necesaria y Contingentemente Convertibles de Unicaja Banco S.A.U. ("NecCos") y Bonos Perpetuos Contingentemente Convertibles de Unicaja Banco S.A.U. ("PecCos") de forma que por parte de la demandada se abonaría a sus representantes los 24.000 euros invertidos a los que habrían de añadirse los intereses legales desde la fecha de la referida suscripción de las participaciones preferentes; y por su parte los actores restituirían el producto finalmente obtenido Bonos Necesaria y Contingentemente Convertibles de Unicaja Banco S.A.U. ("NecCos") y Bonos Perpetuos Contingentemente Convertibles de Unicaja Banco S.A.U. ("PecCos"), sin intereses, dado el carácter indemnizatorio de los mismos; B) subsidiariamente la condena a la demandada Banco Ceiss S.A. al abono de 24.000 euros, más intereses legales, en concepto de indemnización de daños y perjuicios al amparo del artículo 28 de la LMV; C) alternativamente se declarase la indemnización de daños y perjuicios por el mismo importe por incumplimiento de la demandada de las obligaciones de información y transparencia en atención a la ley de consumidores; y todo ello, con expresa condena en costas a la demandada.



Madrid



Administración de Justicia

Segundo: Recibida la demanda y admitida a trámite la demanda, de la misma se dio traslado a la demandada, la cual la contestó oponiéndose con base en los hechos y fundamentos que igualmente se dan aquí por reproducidos, interesando su íntegra desestimación, con imposición de costas a la actora.

Tercero: Seguidamente se convocó a las partes a audiencia previa, a la cual, celebrada el 09/02/17, comparecieron ambas, ratificando cada una sus respectivas pretensiones además de interesar el recibimiento del procedimiento a prueba; y, abierto el pleito a prueba, por la actora se articularon los medios de documental y pericial; y por la demandada los de interrogatorio del codemandante **1** y documental; las pruebas propuestas, salvo la pericial de la demandante, que fue admitida como documental, fueron admitidas y declaradas pertinentes, señalándose seguidamente día y hora para la celebración del juicio.

Cuarto: Llegado el día fijado, 07/04/17, se celebró el juicio y se practicaron las pruebas que venían acordadas, tras lo cual las partes las valoraron vertiendo las alegaciones que tuvieron por conveniente, y declarándose seguidamente los autos conclusos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Se ejercita por los demandantes con acción dirigida a obtener la declaración de ser nula, por vicio en el consentimiento, la orden de suscripción por ellos cursada en 06/05/09 (documento nº 1 de la demanda), en virtud de la cual suscribían, u ordenaban la suscripción a su nombre, de 240 participaciones preferentes Caja Duero 2009 por importe de 24.000,00 €, pretendiendo asimismo la consiguiente devolución de la cantidad en su día entregada, con más sus intereses, minorada por los réditos obtenidos y con devolución de los títulos por los que los originales habrían sido canjeados, y fundando su pretensión en el hecho de que los demandantes, que habían trabajado como recepcionista de hotel y auxiliar administrativa, respectivamente, carentes de conocimientos financieros o de mercados, habrían sido aconsejados por los empleados de la demandada en la sucursal de El **1**, en quien los actores tenían depositada su confianza, para que adquirieran las participaciones preferentes, haciéndoles ver que se trataba de un producto similar a un depósito, con más rentabilidad, plena seguridad y muy simple, ocultándoles que no había garantía de recuperar el capital invertido, o su carácter perpetuo, y habiéndose visto abocados después a canjear esas participaciones, primero por bonos Ceiss y después éstos por Bonos Unicaja, como única forma de conservar parte del capital invertido.

Se opone la demandada alegando haber cumplido con las obligaciones legales y reglamentarias que le incumbían, habiendo proporcionado toda la información sobre el producto a los clientes, los cuales habrían tenido oportunidad de conocerlo, por lo que el error no sería en ningún caso excusable, y habiendo después percibido una alta rentabilidad.

SEGUNDO: Las participaciones preferentes (pps), aparecen reguladas en nuestro ordenamiento en la Disposición Adicional segunda de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de



Madrid

los Intermediarios Financieros que fue introducida por la Ley 19/03, de 4 de julio, teniendo en cuenta que su redacción inicial fue modificada por la Ley 6/11, de 11 de abril, sobre adaptación del derecho vigente en materia de entidades de crédito al de las Comunidades Europeas, y que, asimismo, existe una segunda reforma introducida por el RDL 24/12, de 31 de agosto, de reestructuración y resolución de entidades de crédito intervenidas y, como ha señalado reiterada jurisprudencia (por todas SAP Pontevedra 1ª, de 04/04/13), son calificables como "valor complejo" porque no aparece en la lista legal explícita de "valores no complejos" y porque no cumple ninguno de los tres referidos requisitos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 79 bis 8.a) de Ley 24/88 del Mercado de Valores (LMV).

Además de ser un producto "complejo" en los términos antes expuestos, su plazo es perpetuo, existiendo la posibilidad de no remuneración, pudiendo implicar pérdidas reales como consecuencia de la posible liquidación de la emisión por un valor inferior al nominal, con postergación en el orden de prelación de créditos, riesgo de mercado (venta por valor inferior al nominal desembolsado), potencial iliquidez, etc, ni puede asegurarse exista a disposición del público información suficiente comprensible de modo que permita a un cliente minorista medio emitir un juicio fundado para decidir si realiza una operación en ese instrumento sobre sus características.

Por otra parte, para resolver el presente litigio se ha de tener asimismo en consideración que cuando se firma la orden de suscripción objeto de este litigio, se hallaba en vigor la reforma de la LMV operada por Ley 47/07, que extremaba las garantías de los inversores, en particular los minoristas, y el Real Decreto 217/08, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modificaba parcialmente el Reglamento de la Ley 35/03, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/05, de 4 de noviembre.

En ese sentido, se ha de tener en cuenta la condición de inversores minoristas y de consumidores o usuarios de los demandantes, de forma que corresponde en este caso determinar no sólo el grado de cumplimiento por parte de la entidad financiera de sus obligaciones legales y contractuales, sino el grado de entendimiento y comprensión de los riesgos y características del producto por parte de ambos demandantes, ya que ha de tenerse en especial consideración que el artículo 89.1 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios LGDCU declara el carácter abusivo, y por consiguiente la nulidad, de las declaraciones de adhesión del consumidor y usuario a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato; es decir en un caso como el que nos ocupa no basta para considerar válidamente prestado el consentimiento que los clientes minoristas hubiesen firmado tajantes declaraciones de conocimiento de causa, sino que se demuestre que efectivamente fueron debidamente informados de todas las características y riesgos que entrañaba el producto y que estaban en posición de comprenderlos, e incumbiendo la carga de la prueba obviamente a la entidad demandada.

TERCERO: Pues bien, analizando la prueba practicada, y en particular del Interrogatorio del codemandant

Único de quien se ha solicitado, no se deduce en absoluto que el mismo tuviera especímenes conocimientos financieros o de mercados, sólo constando que el mismo había trabajado como recepcionista de hotel, apareciendo como claro que el mismo se habría dejado orientar por una t de la

sucursal Caja Duero de f / que los demandantes habrían tenido que cancelar un depósito para adquirir las participaciones preferentes de las que les dieron ofrecían mejor rentabilidad.

No ha solicitado la demandada la testifical de la persona o personas que comercializaran el producto financiero a los contratantes, a pesar de la disponibilidad de la prueba (artículo 217.7 LEC), y de contar con los datos de la sucursal donde se habría producido esa comercialización, omisión que sólo a ella puede perjudicar.

Por su parte, la documental por ambas partes aportada sólo demuestra la firma por el primero de los demandantes de la orden de suscripción, y aparecen realizados sendos test de conveniencia a ambos inversores, sin que por el contrato conste que se les entregase el folleto de la emisión o siquiera el tríptico informativo resumen de aquel.

CUARTO: Partiendo de lo expresado, se concluye sin ningún género de dudas, que la demandada no ha acreditado, como le incumbía (artículo 217.3 LEC), haber cumplido en esta concreta operación de suscripción de participaciones preferentes con sus obligaciones legales como empresa prestadora de servicios de inversión que, como determina el artículo 79 de la LMV, suponen el deber de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, incluidos los potenciales, cuidando de tales intereses como si fueran propios, y, en particular, observando las normas establecidas en el correspondiente capítulo y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo; así, no consta, antes al contrario, que la entidad proporcionase a los clientes información imparcial, clara y no engañosa; tampoco que la concreta información sobre el instrumento financiero ofertado fuese la adecuada incluyendo orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tal instrumento, ni que se les diese por ello oportunidad de tomar una decisión sobre la inversión con conocimiento de causa (artículo 79.bis LMV). No consta tampoco que la entidad dispusiese de información real sobre los clientes, sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto ofrecido, con la finalidad de poder evaluar si el producto de inversión era adecuado para ellos, no constando realizada indagación alguna al respecto, más allá de los denominados test de conveniencia, que en realidad contienen una serie de preguntas confusas y contradictorias, y que habrían servido para rellenar formalmente con la normativa, pero no para observarla debidamente.

Desde esa perspectiva, y considerando a estas alturas notorio que las participaciones preferentes, al igual que las obligaciones subordinadas, se crearon como un producto ideal para incrementar los ratios de recursos propios de las Cajas de Ahorro, que no podían realizar ampliaciones de capital o salir a bolsa, contando con la buena rentabilidad de los productos y no habiéndose probado el conocimiento de los clientes respecto a las referidas características y riesgos del producto financiero, contando además con los numerosos casos similares cuando no idénticos a éste que se están viendo los últimos años en los Juzgados (hay centenares de sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid en 2014 y 2016 relativas a participaciones preferentes y obligaciones subordinadas), cabe presumir (artículo 386.1 LEC), y en cualquier caso debe concluirse lógicamente y racionalmente, que Caja Duero habría colocado sus productos de alto riesgo maximizando sus ventajas, (alta rentabilidad, básicamente), y minimizando dichos riesgos, entre los que destacan la posibilidad de supresión de réditos y la potencial pérdida de todo o parte de la inversión.

QUINTO: Por otro lado, y considerando, como ya se ha dicho, que el producto financiero participaciones preferentes es complejo a la luz del artículo 79bis.8 de la LMV, en tanto ni existen posibilidades frecuentes de venta, reembolso u otro tipo de liquidación a precios públicamente disponibles, pudiendo implicar pérdidas reales o potenciales para el cliente que excedan del coste de adquisición de los instrumentos, ni puede asegurarse exista a disposición del público información suficiente (comprensible de modo que permita a un cliente minorista medir el riesgo) de los instrumentos para decidir si realiza una operación en ese instrumento), sobre sus características, incluyendo a la demandada la carga de la prueba del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, que, como se dice en la STS de 14/11/05, *no es la genérica diligencia de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes, y que la carga probatoria acerca de tal extremo debe pesar sobre el profesional financiero, lo cual por otra parte es lógico por cuanto desde la perspectiva de los clientes se trataría de un hecho negativo como es la ausencia de dicha información, no puede perderse de vista en el presente supuesto el claro conflicto de intereses entre la entidad y los clientes, en tanto el carácter de la inversión, con potencial y real eliminación de la rentabilidad, hacía que el perjuicio de los inversores se convirtiese en beneficio de la entidad, y sin que conste en ninguno de los documentos suscritos, y que se dicen entregados, la "revelación de ese conflicto", como imponen los artículos 70quáter.2 de la LMV y 45.3 del RD 217/2008.*

Por último, y como pone de manifiesto la sentencia de la Sección 19ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 23/12/13, tampoco consta de manera alguna la comunicación, antes al contrario, a los clientes contratados, por parte de la entidad financiera de *la real situación financiera de la Caja (Duero) ni se relacionó esta última con la posible frustración [derivada] de la adquisición de las participaciones preferentes.*

SEXTO: Por consiguiente, no constando hubiese cumplido la entidad demandada sus deberes legales para con los clientes mediante la proporción de información exhaustiva e imprescindible sobre las características y riesgos del producto, así como respecto a la revelación a los mismos del conflicto de interés subyacente y con información clara y detallada de cual fuera la situación económica de la propia Caja Duero, y no habiendo en el juicio demostrado que los clientes tuviesen conocimientos y/o experiencia suficiente para conocer el funcionamiento del producto, su alcance y riesgos, además del conflicto de intereses oculto, o bien los hubieran conocido exhaustivamente en ese momento, tras la proporción de la información correspondiente y actualizada, y considerando que la prestación del consentimiento en casos como los que nos ocupan sólo puede considerarse libre y voluntariamente efectuado tras haber cumplido la entidad prestadora del servicio de inversión con su obligación de información, necesariamente se ha de concluir que el prestado en este caso por los demandantes lo fue viciado de error, esencial desde luego, al recaer sobre la esencia del producto financiero, (naturalza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero y conflicto de intereses), y excusable, en tanto el mismo habría estado provocado por el incumplimiento por parte de la entidad financiera de su obligación de información, dolo omisivo integrado por "la reticencia dolosa del que *calla o no advierte a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe*" (STS de 05/03/10), omitiendo hechos o circunstancias influyentes y determinantes para la conclusión del contrato y respecto de los que existe el deber de *informar según la buena fe o los usos del tráfico*, cuando era en ella en la que los clientes confiaban el resultado de sus inversiones, y siendo por ello que, conforme a lo establecido

en el artículo 1265 del Código Civil, procede declarar nula la orden de suscripción objeto del litigio con las consecuencias previstas en el artículo 1303 del mismo texto legal, que no es otra que la restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses.

Con base en lo indicado, procede estimar la demanda, condenando a la demandada a restituir a la demandante el importe de las inversiones minorado en el de los réditos o cupones percibidos por los demandantes, con más sus intereses legales en ambos casos, y determinando que los títulos, participaciones, o bonos por las que hayan sido canjeados, queden en poder de la demandada.

SÉPTIMO: Dado el carácter de la presente resolución, estimatorio de la demanda entablada, procede imponer las costas del procedimiento a la parte demandada por prescripción del artículo 394.1. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC.

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

FALLO

Estimo la demanda formulada por la procuradora María Saliré Jiménez Muñoz, en nombre y representación **Esteban**, contra **Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria S.A.U.**, y en su virtud declaro la nulidad de la orden de suscripción de participaciones preferentes Caja Duero 2009 de fecha 06/05/09, condenando a la demandada a restituir a los demandantes la cantidad resultante de restar a la suma total invertida, 24.000,00 €, el importe bruto de los réditos o cupones percibidos, con más los intereses legales devengados por la suma de 24.000,00 € desde 06/05/09, minorada esa cantidad con el importe de los intereses legales devengados por los réditos o cupones recibidos por los inversores desde su percepción, lo que en su caso se determinaría en ejecución de sentencia por los trámites de los artículos 712 y siguientes de la LEC, y declarando que la titularidad de todas las participaciones, o de aquéllos títulos por los que las originales hubiesen sido canjeados (Bonos Ceiss o Bonos NeCoCos, o Bonos PeCoCos), pase a la entidad demandada. Todo ello con condena a la demandada de las costas causadas.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer, en el término de veinte días, recurso de apelación ante este Tribunal para su resolución por la Audiencia Provincial de Madrid, justificando al hacerlo haber depositado la suma de 50,00 € en la cuenta de consignaciones del Juzgado.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando en esta primera Instancia, la pronuncio, mando y firmo.

DILIGENCIA.- La anterior resolución es publicada, notificada y archivada en la Secretaría del Juzgado, y queda por certificación literal unida a los autos, doy fe.

