

**Órgano: Juzgado de Primera Instancia Nº 5**

**Sede: Salamanca**

**Nº de Resolución: 33/2013**

**Procedimiento: CIVIL**

**Tipo de Resolución: Sentencia**

De D/ña. JULIAN RODRIGUEZ MARTIN

Procurador/a Sr/a. DIEGO SANCHEZ DE LA PARRA SEPTIEN

Abogado/a Sr/a. DANIEL TERRON SANTOS

Contra D/ña. BANKINTER,S.A.

Procurador/a Sr/a. MARIA JESUS HERNANDEZ GONZALEZ

Abogado/a Sr/a. BORJA FERNÁNDEZ DE TROCONIZ

### **SENTENCIA Nº 33/2013**

En SALAMANCA, a veinticinco de marzo de dos mil trece.

La **ILMA. SRA. DOÑA CRISTINA GARCIA VELASCO**, MAGISTRADO-JUEZ de Primera Instancia nº 5 de SALAMANCA y su Partido, habiendo visto los presentes autos de JUICIO ORDINARIO Nº 492/2012 seguidos ante este Juzgado, entre partes, de una como demandante: D. JULIÁN RODRÍGUEZ MARTÍN, representado por el Procurador SR. SÁNCHEZ DE LA PARRA Y SEPTIÉN y asistido del Letrado SR. TERRÓN SANTOS y de otra como demandado BANKINTER, S.A. representado por la Procuradora SRA. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ y asistida de la Letrado SR. BORJA FERNÁNDEZ DE TROCÓNIZ, sobre nulidad de contrato de compra de participaciones preferentes suscrito entre las partes.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 31 de julio de 2012 fue turnada a este Juzgado demanda de juicio ordinario, interpuesta por el Procurador de los Tribunales Sr. Sánchez de la Parra y Septién, en nombre y representación de D. JULIÁN RODRÍGUEZ MARTÍN, en la que basándose en los hechos y fundamentos de derecho, terminaba suplicando al Juzgado que previo traslado de la demanda y documentos a los demandados, se dictara sentencia por la que, con estimación de la demanda se declarara la nulidad del contrato de compraventa de participaciones preferentes suscrito entre las partes con restitución recíproca de prestaciones con sus intereses, condenando a la demandada a reintegrar al demandante la cantidad de 70.000,00 euros, más los intereses, con expresa imposición a la demandada de las costas causadas.

**SEGUNDO.-** Se dicta decreto de fecha 14 de septiembre de 2012, por el que se admite a tramite la demanda y se acuerda dar traslado de la misma a la demandada indicada, la cual a través de la procuradora Sra. Hernández González, presenta escrito de contestación en fecha 22 de octubre de 2012, en que muestra la disconformidad de los hechos señalados de contrario, y en base a los

fundamentos contenidos en el mismo y que aquí se tienen por reproducidos, suplicando al Juzgado se dictara sentencia íntegramente desestimatoria de la demanda con expresa imposición de costas a la parte demandante.

**TERCERO.-** Por diligencia de ordenación de fecha 23 de octubre de 2012, se tiene por contestada la demanda y se acuerda convocar a las partes a la audiencia previa al juicio, señalándose al efecto el día 11 de diciembre de 2012, celebrada la misma con resultado que obra en autos y en los medios audiovisuales y, se señala para la vista el día 19 de marzo de 2013, a las 9:15 horas; habiéndose celebrado la misma con resultado que obra en estos y en los medios audiovisuales; quedando los autos vistos para sentencia.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** D. Julián Rodríguez Martín, ejercita acción de nulidad por error en el consentimiento respecto del contrato de compra de participaciones preferentes suscrito con la entidad Bankinter. La parte demandada se opone a las pretensiones de la parte actora alegando caducidad de la acción entablada y rechazando la existencia del vicio de consentimiento invocado por el Sr. Rodríguez.

La parte demandante funda su pretensión en los siguientes hechos.

En julio de 2004, D. Julián recibe en su domicilio la visita de un agente de Bankinter para ofrecerle un producto nuevo que comercializa esa entidad. El demandante tenía entonces 83 años y movido por la confianza que mantenía desde hace años con dicho agente, y en el convencimiento de que tal y como éste le dijo se trataba “de un depósito que puede ofrecer una rentabilidad interesante” y que el capital principal estaba siempre garantizado suscribió sendas operaciones los días 28 de julio y 6 de agosto de 2004, sin haber sido debidamente informado de las características y condiciones del producto contratado, razón por la cual el consentimiento pactado estaría viciado por error, debiendo procederse a la anulación de dichos contratos y a las restituciones de las prestaciones.

**SEGUNDO.-** El artículo 1301 de Código Civil establece que la acción de nulidad sólo durará cuatro años. Tiempo que en los casos de error, dolo o falsedad de la causa empezará a correr desde la consumación del contrato.

La más reciente doctrina de al Sala 1ª del Tribunal Supremo, considera de manera pacífica y reiterada que la acción de nulidad por vicios del consentimiento del art.1301 del Código Civil, está sujeta a un plazo de ejercicio de caducidad y no de prescripción (S TS 3 de Marzo de 2006, 23 de Septiembre de 2010 y 19 de Julio de 2012 entre otras muchas).

El citado plazo, comienza a computarse desde la consumación del contrato, consumación que no se produce hasta el momento de su vencimiento, que es el momento en el que racionalmente el cliente con el agotamiento de las obligaciones de las partes tiene verdadero conocimiento de las prestaciones que ha asumido al conocer, en el caso de autos, que la restitución, la inversión, se realizó, no en moneda sino en acciones. Confunde la parte demandada, el concepto de perfeccionamiento, que se produce en la fecha en que se contrata, con el concepto de consumación.

El T.S. en Sentencia de fecha 20 de febrero de 2008, en relación al contrato de préstamo, afirma que no puede entenderse cumplido ni consumado el contrato hasta la realización de todas las obligaciones

En la medida en que no existe constancia de que aquella circunstancia, es decir lo verdaderamente contratado, hubiese sido conocido por la parte demandante más que a raíz de la carta enviada por el Banco en el 2010, la acción no habría caducado.

**TERCERO.-** Para que quepa hablar de error de vicio en el consentimiento es necesario, que la representación equivocada merezca esa consideración, lo que exige que se muestre para quien afirma haber errado como suficientemente seguro y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de ciertas circunstancias.

El artículo 1266 del Código Civil, dispone que para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de

la misma que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo. Esto es, sobre el objeto de la materia propia del contrato. Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse precisamente sobre aquellas presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condición del objeto o materia de contrato que hubieran sido la causa principal de su celebración- Por último, el error ha de ser además de relevante, excusable, es decir no imputable a quien lo padece y que no haya podido ser evitado mediante el empleo por parte de quien lo ha sufrido de una diligencia media o regular teniendo en cuenta la condición de las personas.

En el presente supuesto lo realmente contratado por el actor fue la adquisición de participaciones preferentes. La participación preferente no atribuye derecho a la restitución de su valor nominal. Es un valor potencialmente perpetuo o sin vencimiento. En consecuencia, la liquidez de la participación preferente sólo puede producirse mediante su venta en el mercado secundario de valores en el que ésta cotice.

La participación preferente es un valor de riesgo equiparable a las acciones o, en su caso, al de las cuotas participativas de cajas de ahorros o de las aportaciones de los socios de las cooperativas de crédito. El riesgo que asume el inversor en participaciones preferentes es el mismo que el de los accionistas, pero con la siguiente particularidad no exenta de interés: los accionistas son titulares de derecho de control sobre el riesgo que soportan, derechos de los que carece el inversor en participaciones preferentes, ya que a éste no se le reconoce derecho alguno de participación en los órganos sociales de la entidad de crédito emisora.

Por tanto, la participación, preferente es un valor de máximo riesgo, que debe integrarse dentro de la categoría de valores complejos del art. 79 bis 8 e) de la ley de mercado de valores.

En el supuesto de autos, la parte demandante afirma que no fue informada sobre el producto adquirido y ello motivó un error sobre el verdadero alcance del mismo.

En este sentido nuestros tribunales (S.S. A.P. de Pontevedra 7 de Abril de 2010, A.P. de Asturias 27 de Enero de 2010) han venido poniendo especial énfasis en el deber de información que para la entidad financiera le exige la legislación vigente y su incidencia en la formación de la voluntad contractual del cliente, máxime cuando estamos en presencia de contratos bastante complejos.

Los contratos que firmó D. Julián con la demandada, son de fecha 28 de Julio y 6 de Agosto de 2004. Durante dicho periodo entró en vigor la Directiva 2004/39 transpuesta con posterioridad a la contratación de preferentes.

En la fecha inicial de la contratación ya existían normas que hacían hincapié en la obligación de información del Banco, no solamente en la fase precontractual, sino a lo largo de toda la vida del contrato. Así el art. 48.2 de la Ley 26/1988 de 29 de Julio sobre Disciplina e intervención de las entidades de crédito, sentaba como una de las bases que deben presidir la relación entre las entidades de crédito y su clientela que los correspondientes contratos se formalizasen por escrito, debiendo los mismos reflejar de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contratados por las partes contratantes.

En esta línea la Ley 24/1988 de 28 de Julio del mercado de valores, con anterioridad a su reforma por la Ley 47/2007 de 19 de Diciembre, imponía la exigencia en sus arts. 78 y siguientes a todas cuantas personas ejercieran directa o indirectamente, actividades relacionadas con los mercados de valores (con mención expresa a las entidades de crédito) de una serie de normas de conducta tales como entre otras, las de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado y asegurarse de que aquellas dispusieran de toda la información necesaria manteniéndoles suficientemente informados.

En el presente supuesto si nos fijamos en los documentos nº 1 y 2 aportados con la demanda, respecto a los contratos sucritos por el demandante observamos que en la cabecera aparece textualmente: "Apertura de depósito-compraventa de valores". Esta denominación de contrato que habla de apertura de depósito, origina dudas y oscuridad sobre el objeto de dicho contrato, oscuridad que en ningún caso puede beneficiar a la entidad bancaria en perjuicio de la otra parte (art. 1288 C.C.). Dicha confusión es susceptible de generar un error en el consentimiento del actor, al creer que está suscribiendo un tipo de contrato cuando realmente está celebrando otro distinto.

Dichos contratos, no aparecen firmados por D. Julián Rodríguez.

Respecto a si en el presente supuesto el Banco ha incumplido o no con su deber de información al cliente, hemos de reseñar que no incumbe a la parte demandante acreditar el incorrecto asesoramiento por parte de la demandada, sino que en esta materia se produce una inversión de la carga de la prueba (atendiendo la doctrina jurisprudencial del T.S. sobre la materia) que hace recaer sobre la demandada la carga de probar su actuación conforme un ordenado empresario en defensa de los intereses de su cliente.

Ciertamente de la génesis de contratos sucritos, no parece que el actor a la vista del contenido de los mismos hubiese podido llegar a tener conocimiento del producto que contrataba.

La entidad bancaria mantiene que le facilitó un tríptico con la información detallada acerca de la suscripción de participaciones preferentes. En este sentido no existe ninguna prueba objetiva más allá de las alegaciones de parte de que dicho folleto informativo se entregara al actor, ni que se pusiese a su disposición. Tampoco, de que verbalmente se diera información completa y detallada sobre el producto contratado. Desde el punto de vista objetivo, no consta que la documentación precontractual y el folleto informativo llegaran a conocimiento del demandante, información necesaria al tratarse de un producto novedoso, complejo y arriesgado.

La Sentencia del T.S. de fecha 22 de Diciembre de 2009, con respecto a los contratos celebrados con entidades bancarias considera que la nulidad del contrato por vicio del consentimiento ha de fundarse en deficiencias relevantes entre las que se encuentra la falta de información suministrada a los clientes en relación con su perfil.

D. Julián Rodríguez Martín, tenía cuando concertó el contrato con la demandada 83 años, carecía de conocimientos financieros. Tenía una relación con Bankinter, reconocida por la demandada en su escrito de contestación, de muchos años. En este contexto, la entidad bancaria le ofrece un nuevo producto. El hecho de que hubiera adquirido con anterioridad otros productos bancarios distintos al que nos ocupa, no supone que el mismo tenga un manejo y conocimiento suficiente del mercado bancario y financiero como para llegar a la conclusión de que estaba adquiriendo participaciones preferentes, ni del tipo de riesgo que ello conllevaba, teniendo en cuenta además la oscuridad y confusión que generan los contratos aportados con la demanda como ya hemos manifestado anteriormente..

Las órdenes de venta aportadas por la parte demandada no contienen información sobre el producto apareciendo nuevamente en la cabecera "apertura de depósito".

Todas estas circunstancias permiten considerar que concurrió el vicio de consentimiento alegado de error, que conlleva la nulidad del contrato ya que no se le informó al demandante sobre la inadecuación del producto, complejo y de alto riesgo al perfil del inversor.

Dicho error en el que el actor incurrió, supone una representación falsa sobre la adecuación del objeto a la finalidad contractual perseguida. En el presente caso debe apreciarse que el error fue esencial ya que afectaba a las obligaciones principales del contrato y a las características de alto riesgo del mismo, error que recae sobre elementos esenciales del producto contratado, que de haber sido conocidos por el contratante le habrían llevado a adoptar una posición distinta respecto a la contratación.

Dicho error no es imputable al actor, sino a la entidad bancaria demandada la cual incumplió con sus obligaciones de información, asesoramiento y evaluación del cliente, provocando en el mismo un error sobre las características del producto contratado, haciéndole emitir un consentimiento viciado que provoca la anulación del contrato.

**CUARTO.-** Por ello la demandada debe devolver el capital invertido y los frutos que el capital ha generado, pero el actor deberá reintegrar a la parte demandada la totalidad de los importes abonados como intereses o cupones abonados durante el transcurso de vigencia de las participaciones con el interés legal desde el tiempo que se formalizaron, (S.S. TS 24 de Marzo , 22 de Mayo de 2006). La obligación de restituir el precio y objeto nace de la ley y no del contrato que se declara nulo, bastando que se solicite dicha nulidad para que surta la consecuencia legalmente establecida.

En consecuencia en ejecución de sentencia deberá determinarse concretamente la liquidación de las prestaciones que deben restituirse.

**QUINTO.-** La estimación de la demanda hace preceptiva la imposición de costas a la parte demandada (Art. 394 de la L.E.C..

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

## **FALLO**

**ESTIMANDO LA DEMANDA**, formulada por el Procurador SR. SÁNCHEZ DE LA PARRA Y SEPTIÉN, en nombre y representación de D. JULIÁN RODRÍGUEZ MARTÍN, contra BANKINTER, S.A., declaro la nulidad del contrato de compra de participaciones preferentes suscrito entre las partes, con restitución recíproca de prestaciones entre las partes. Condenándose a la demandada a reintegrar al actor la cantidad de **SETENTA MIL EUROS (70.000,00 €)**, más intereses legales de dicha cantidad. Con expresa condena en costas a la demandada.

Llévese la presente resolución al Libro de su clase, quedando unido a autos certificación de la misma.

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** recurso de apelación para ante la Ilma. Audiencia Provincial de Salamanca, 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, debiendo exponer las alegaciones en las que base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que se impugna (Art. 458.1 y 2 LEC.).

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.).

Conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.

El depósito deberá constituirlo ingresando la citada cantidad en el Banesto en la cuenta de este expediente 3705 indicando, en el campo "concepto" la indicación "Recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir, tras la cuenta referida, separados por un espacio la indicación "recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación"

Asimismo deberá constituirse la correspondiente tasa conforme a lo dispuesto en los arts. 5.1.f) y 7.1 de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, con la modificación del Real Decreto Ley 3/2013, de 22 de febrero en su art. 1. apartados Siete y ss.

En el caso de que deba realizar otros pagos en la misma cuenta, deberá verificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando, en este caso, en el campo observaciones la fecha de la resolución recurrida con el formato DD/MM/AAAA.

Notifíquese esta resolución a las partes.

Líbrese y únase certificación de esta resolución a las actuaciones, incluyéndose la original en el Libro de sentencias.

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

**LA MAGISTRADO-JUEZ,**

**PUBLICACIÓN.-** La anterior Sentencia ha sido dada leída y publicada en el mismo día de su fecha, por la Ilma. Sra. Magistrado Juez que la dictó estando celebrando audiencia pública por ante mi el Secretario de lo que; doy fe.