

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 86 DE MADRID

Calle Rosario Pino 5 , Planta 8 - 28020

Tfno: 914930895/96,914930946/48

Fax: 914930900

42020310

NIG: 28.079.00.2-2019/0053674

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 421/2019

Materia: Estado civil:Otras cuestiones

Demandante: D./Dña. JUAN TORRES FONTES SUAREZ

PROCURADOR D./Dña. FRANCISCO JAVIER BLASCO MATEU

Demandado: BANKINTER, S.A.

PROCURADOR D./Dña. MARIA DEL ROCIO SAMPERE MENESES

SENTENCIA Nº 135/2021

MAGISTRADA- JUEZ: Dña. OLGA MARTON FRESNEDO

Lugar: Madrid

Fecha: cinco de abril de dos mil veintiuno

VISTOS por mí, Olga Cristina Martón Fresnedo, Juez del Juzgado de Primera Instancia número 8 de Madrid, los autos de juicio ordinario número 421/2019, siendo parte demandante DON JUAN TORRES FONTES-SUÁREZ, representado por el Procurador Sr. Blasco Mateu y asistido por los Letrados Sres. Navarro García y Ortega García, y parte demandada BANKINTER, S.A. representada por la Procuradora Sra. Sempere Meneses y asistida por la Letrada Sra. Borrás Cebrián.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 1 de marzo de 2019 la actora interpuso demanda de juicio ordinario contra BANKINTER, SA, solicitando Sentencia por la que:

I.- Con carácter principal, se declare la nulidad por vicio en el consentimiento basado en el error prestado por el actor a causa del incumplimiento de BANKINTER de su obligación de informar a los clientes conforme a la normativa protectora de los usuarios bancarios, de las órdenes de compra de dichos valores y contratos que estén vinculados con la citada compra, condenando a la demandada a devolver al demandante la cantidad invertida de 2.200.000 euros, más el interés legal desde la inversión, devolviendo a la entidad los rendimientos o cualquier otra cantidad que se acredite haber pagado al actor, con imposición de costas a la demandada.

II. Subsidiariamente, se declare el incumplimiento por parte de BANKINTER en sus obligaciones contractuales de diligencia, lealtad e información en la venta de los instrumentos objeto de la demanda y se proceda a la indemnización de daños y perjuicios, condenando a la demandada a devolver al actor la cantidad total efectiva invertida restada la devuelta, incluida la compensación del 14% por el BONO BIENVENIDA 2, es decir, 1.039.851,81 euros, importe al que habrá de restar cualquier tipo de cantidad en concepto de cupones o rendimientos que se acredite haber pagado al actor, más el interés legal desde la fecha de interposición de la demanda, con imposición de las costas a la demandada.



Por Decreto de 29 de mayo de 2019 se admitió la demanda y se emplazó a la demandada para que compareciera y contestara la demanda en un plazo de veinte días.

La demandada contestó la demanda por escrito de 17 de julio de 2019, planteando como cuestiones previas las de cosa juzgada, impugnación de la cuantía, falta de legitimación pasiva y caducidad de la acción, solicitando la desestimación de la demanda y la absolución de la demandada, con condena en costas a la actora.

Segundo.- Por Diligencia de Ordenación de 20 de septiembre de 2019 se convocó a las partes a la audiencia previa en fecha 12 de noviembre de 2019 a las 11 horas.

En la audiencia previa las partes ratificaron sus escritos y propusieron pruebas, siendo admitidas las declaradas útiles y pertinentes, difiriendo su práctica para el día de la vista.

Tercero.- Por Auto de 13 de noviembre de 2019 se estimó la excepción de cosa juzgada y se decretó el archivo del procedimiento. Recurrido en apelación el Auto, la Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Madrid revocó el mismo, acordando la continuación del proceso.

Por Diligencia de Ordenación de 21 de septiembre de 2020 se convocó nuevamente la audiencia previa el día 3 de diciembre de 2020, volviendo las partes a ratificar sus escritos y a proponer prueba, siendo admitida la útil y pertinente, y quedando fijada la cuantía en la suma de 1.039.851,81 euros de conformidad por ambas partes.

El juicio tuvo lugar el 18 de marzo de 2021, en cuyo acto se practicaron las pruebas admitidas y declaradas pertinentes y, tras la evacuación de conclusiones, se declaró el juicio concluso y pendiente de Sentencia.

Cuarto.- En este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Con carácter previo procede abordar el análisis de las excepciones procesales planteadas por la demandada, salvo la de cosa juzgada ya rechazada por la AP de Madrid y la de impugnación de la cuantía, que quedó fijada en 1.039.851,81 euros por acuerdo de las partes.

En primer lugar, y en relación con la falta de legitimación pasiva de BANKINTER, de la propia póliza de crédito se infiere su legitimación, pues es la entidad bancaria que contrata la misma con el actor.

Se opone también por la demandada la excepción de caducidad de la acción. En cuanto a la caducidad de la primera de las acciones, la de nulidad del contrato, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1301 CC “La acción de nulidad solo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr (...) En los de error o dolo o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato”. Pues bien, tal alegación de nulidad se rechaza porque la acción ejercitada en la demanda no es la de anulabilidad por concurrencia de un vicio en el consentimiento, sino la de nulidad por falta de transparencia del Banco en la comercialización del producto, y es doctrina jurisprudencial reiterada la que declara que la acción de nulidad absoluta, radical o de pleno derecho no está sometida a plazo de prescripción o caducidad.

En lo que atañe a la acción de indemnización de daños y perjuicios ejercitada con carácter subsidiario, el dies a quo para el cómputo, tanto del plazo de caducidad de



cuatro años, como el de prescripción de un año del artículo 1968.2 CC, es el del día en que el perjudicado tiene que conocer el alcance y extensión del perjuicio, que a fecha de hoy se desconoce, pues será en fase de ejecución de sentencia cuando se conozca el importe a percibir por el demandante una vez deducida de la inversión inicial los rendimientos, cupones o cantidades percibidas por éste derivadas de la póliza.

Por lo expuesto, la excepción de caducidad ha de correr suerte desestimatoria, procediendo sin más a entrar en el fondo del asunto.

Segundo.- Entrando en la acción principal entablada por la actora, basada en el error como vicio del consentimiento, sobre los requisitos de tal error, la STS 07/07/2014 aplica la doctrina de las SSTS (pleno) 18/04/2013 y 20/01/2014, que se refieren a los deberes de información que incumben a la entidad que presta servicios de inversión, a en qué casos se está ante un servicio de asesoramiento y, por tanto, resulta preciso realizar el test de idoneidad y, finalmente, a en qué casos la omisión o el incumplimiento de tales deberes puede dar lugar a la existencia del error vicio del consentimiento.

De su contenido puede establecerse el siguiente compendio jurisprudencial en esta materia:

1. *“Según se declaró en la STS nº 840/2013, la habitual desproporción que existe entre la entidad que comercializa servicios financieros y los clientes, derivada de la asimetría informativa sobre productos financieros complejos, es lo que ha determinado la necesidad de una normativa específica protectora del inversor no experimentado, que tiene su último fundamento en el principio de la buena fe negocial, a la que ya se había referido esta Sala en la STS nº 244/2013, también del Pleno, de 18 de abril de 2013, recurso nº 1979/2011, en la que -aunque dictada en un proceso sobre un contrato de gestión discrecional de cartera de inversión concertado antes de la trasposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva MiFID- se analizó el alcance de las obligaciones del profesional respecto del inversor y, en concreto, el elevado estándar de información exigible a la empresa que presta el servicio de inversión. Ahora esta Sala debe reiterar en la presente sentencia los criterios de interpretación y aplicación de esa normativa y la incidencia de su incumplimiento en la apreciación de error vicio del consentimiento”.*

2. *“Conforme a esta línea jurisprudencial, el cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa, como una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe que se contienen en el artículo 7 CC, y para el cumplimiento de ese deber de información no basta con que esta sea 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 instrumentos o estrategias (art. 79 bis LMV, apartados 2 y 3 ; art. 64 RD 217/2008)”.*

3. *“Para articular adecuadamente ese deber legal que se impone a la entidad financiera con la necesidad que el cliente minorista tiene de ser informado (conocer el producto financiero que contrata y los concretos riesgos que lleva asociados) y salvar así el desequilibrio de información que podría viciar el consentimiento por error, la normativa MiFID impone a la entidad financiera otros deberes que guardan relación con el conflicto de intereses que se da en la comercialización de un producto financiero complejo y, en su caso, en la prestación de asesoramiento financiero para su contratación, como son la realización del test de conveniencia -cuando la entidad financiera opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente previamente*



formada, dirigido a evaluar si es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión que va a contratar-, y el test de idoneidad, cuando el servicio prestado es de asesoramiento financiero dirigido, además de a verificar la anterior evaluación, a efectuar un informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente para poder recomendarle ese producto”.

4. “Para discernir si un servicio constituye o no un asesoramiento en materia financiera -lo que determinará la necesidad o no de hacer el test de idoneidad- no ha de estarse tanto a la naturaleza del instrumento financiero como a la forma en que este es ofrecido al cliente, valoración que debe realizarse con los criterios establecidos en el artículo 52 de la Directiva 2006/73, que aclara la definición de servicio de asesoramiento financiero en materia de inversión del artículo 4.4 de la Directiva MiFID, según la doctrina fijada por la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48 S.L. (C-604/2011), conforme a la cual tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un swap realizada por la entidad financiera al cliente inversor “que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público”.

5. “Además, en la STS nº 840/2013 esta Sala se refirió a la diferente función de ambas evaluaciones, distinguiendo la finalidad del test de conveniencia -que va dirigido a la valoración de los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente, con el objetivo de que la entidad financiera pueda hacerse una idea de sus competencias en materia financiera y pueda determinar si el cliente es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión para ser capaz de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa, en los términos que establece el artículo 73 RD 217/2008 -, de la finalidad del test de idoneidad -que procede, como se ha dicho, cuando se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de cartera mediante la realización de una recomendación personalizada-, en el que se suma el test de conveniencia (sobre conocimientos y experiencia en materia financiera del cliente) a un informe sobre su situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y sus objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan, según especifica el artículo 72 del RD 217/2008”.

6. “A partir de las anteriores consideraciones relativas al deber de información de la entidad financiera al cliente minorista en la contratación de productos complejos, en la STS nº 840/2013 se fijó, tras analizarse en ella la reiterada doctrina de esta Sala sobre los requisitos del error vicio de consentimiento, la doctrina relativa a la incidencia del incumplimiento de ese deber en la apreciación del error vicio del consentimiento cuando haya un servicio de asesoramiento financiero, doctrina que se reitera en la presente sentencia y que puede resumirse en los siguientes puntos:

1. El incumplimiento de los deberes de información no comporta necesariamente la existencia del error vicio pero puede incidir en la apreciación del mismo.

2. El error sustancial que debe recaer sobre el objeto del contrato es el que afecta a los concretos riesgos asociados a la contratación del producto, en este caso el swap.

3. La información -que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros (art. 79 bis 3 LMNV)- es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, bien entendido que lo que vicia el consentimiento por error es la falta



del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no, por sí solo, el incumplimiento del deber de información.

4. El deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente.

5. En caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación en atención a los intereses del cliente minorista que contrata el swap, como si, al hacerlo, el cliente tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo; y la omisión del test que debía recoger esa 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, permite 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”.

A su vez, la STS 13/07/2015 (RC n. ° 2.140/2013), con cita de la STS 15/12/2014, resume la jurisprudencia sobre el alcance de los deberes de información y de los test de conveniencia e idoneidad y declara que *«sobre la base de la apreciación legal de la necesidad que el cliente minorista tiene de conocer el producto financiero que contrata y los concretos riesgos que lleva asociados, y del deber legal que se impone a la entidad financiera de suministrar a dicho cliente una información comprensible y adecuada sobre tales extremos, para salvar la asimetría informativa que podía viciar el consentimiento por error, la normativa MiFID impone a la entidad financiera otros deberes que guardan relación con el conflicto de intereses en que incurre en la comercialización de un producto financiero complejo y, en su caso, la prestación de asesoramiento financiero para su contratación».*

En el caso de que el servicio prestado sea de asesoramiento financiero, además del test de conveniencia, *«la entidad debería hacer un informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente, para poder recomendarle ese producto, por medio del llamado test de idoneidad, regulado en el art. 79bis. 6 LMV y el art. 72 RD 217/2008, de 15 de febrero».*

En el caso que resuelve, la citada STS 13/07/2015 indica que los *«deberes inherentes al test de idoneidad no pueden entenderse cumplidos por el mero hecho de que en la orden de adquisición apareciera la siguiente mención: “el cliente reconoce que ha sido asesorado sobre el riesgo del producto y sobre si la inversión en este producto es adecuada para su perfil inversor”. Se trata de una mención genérica, que no elude el deber del banco de acreditar que cumplió con esas exigencias. Tal y como exige el art. 79 bis 6 LMV, el banco debía haber probado que con carácter previo a la contratación del bono fortaleza por su cliente, había elaborado su perfil inversor, en concreto sus conocimientos y experiencia, así como su situación financiera y sus objetivos de inversión. Para a continuación, justificar que la recomendación practicada, en este caso, la adquisición del bono fortaleza, se adecuaba a este perfil. Esta exigencia legal no se cumple con una cláusula general en la orden de adquisición, que contiene la reseñada mención genérica a la labor de asesoramiento realizada por el banco».*

También recuerda que *«en la Sentencia 754/2014, de 30 de diciembre, ya advertimos que no cabía “descartar que el incumplimiento grave de aquellos deberes y*



obligaciones contractuales de información al cliente y de diligencia y lealtad respecto del asesoramiento financiero pueda constituir el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por los clientes como consecuencia de la pérdida, prácticamente total, de valor de las participaciones preferentes, aunque lógicamente es preciso justificar en qué consiste la relación de causalidad”. Y en la anterior Sentencia 244/2013, de 18 de abril, entendimos que el incumplimiento por el banco del “estándar de diligencia, buena fe e información completa, clara y precisa que le era exigible al proponer a los demandantes la adquisición de determinados valores que resultaron ser valores complejos y de alto riesgo (así los define la Comisión Nacional del Mercado de Valores, y así se acepta en la sentencia de la Audiencia Provincial) sin explicarles que los mismos no eran coherentes con el perfil de riesgo muy bajo que habían seleccionado al concertar el contrato de gestión discrecional de carteras de inversión. Este incumplimiento grave de los deberes exigibles al profesional que opera en el mercado de valores en su relación con clientes potenciales o actuales constituye el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por tales clientes como consecuencia de la pérdida casi absoluta de valor de las participaciones preferentes de Lehman Brothers adquiridas”. Aunque esta sentencia se refiere a la responsabilidad por la actuación de la entidad prestadora de servicios financieros en el marco de un contrato de gestión discrecional de carteras de valores, la doctrina sobre las consecuencias del incumplimiento del estándar de diligencia, resulta aplicable, en esencia, respecto de las exigencias que el art. 79 bis 6 LMV impone a quien presta un servicio de asesoramiento financiero».

La STS 13/07/2015 concluye que «conforme a esta jurisprudencia, cabía ejercitar una acción de indemnización de daños y perjuicios basada en el incumplimiento de los deberes inherentes al test de idoneidad, siempre que de dicho incumplimiento se hubiera derivado el perjuicio que se pretende sea indemnizado. Este perjuicio es la pérdida de la inversión, como consecuencia de la quiebra del emisor del bono fortaleza.

De tal forma que cabe atribuir al incumplimiento de los deberes inherentes a la exigencia del test de idoneidad, la consideración de causa jurídica del perjuicio sufrido, pues si no consta que los demandantes fueran inversores de alto riesgo, ni que no siéndolo se hubieran empeñado en la adquisición de este bono, el banco debía haberse abstenido de recomendar su adquisición, por lo que, al hacerlo, propició que los demandantes asumieran el riesgo que conllevó la pérdida de la inversión».

En el mismo sentido se pronuncia la STS 10/07/2015 (RC n.º 2.503/2013)

Tercero.- Aplicando la jurisprudencia referenciada en el anterior fundamento de derecho al caso ahora debatido, y partiendo de la premisa de que a BANKINTER incumbe la carga de probar que suministró la información necesaria para que su cliente pudiera conocer la naturaleza del producto y sus riesgos, perjudicando a BANKINTER la falta de prueba (art. 217 de la LEC), debe llegarse a las siguientes conclusiones:

A) La demandada no ha propuesto como prueba el interrogatorio de Don Juan Torres, interrogatorio que habría podido ilustrar a esta juzgadora sobre los conocimientos financieros del actor y del proceso de negociación con el Banco, entre otras cuestiones de importancia para la resolución de la cuestión litigiosa. El principio de facilidad probatoria hace recaer las consecuencias de la falta de prueba sobre la parte demandada, que tenía a su disposición proponer el interrogatorio del actor y, sin embargo, únicamente trae al proceso a un testigo que tiene relación laboral con el Banco y, por tanto, carente de la debida objetividad.



Dicho testigo, Don Luis Fernando Albacete Manresa, empleado de BANKINTER que intervino en la operación, declaró que no conocía el perfil del Sr. Torres con anterioridad a la contratación de los bonos, fue el propio Sr. Torres el que le manifestó que tenía un perfil de riesgo y especulativo y que tenía experiencia en ese tipo de productos. Mantuvo varias reuniones con el actor y le advirtió del riesgo de perder el 100% del capital invertido. A pesar de ello, el Sr. Torres contrató el producto. El demandante le dijo que no estaba dispuesto a pagar intereses negativos y por ello no se le ofreció la reestructuración al vencimiento de los bonos.

De lo anterior se deduce que BANKINTER prestó un servicio de asesoramiento al cliente y no una mera función de intermediación financiera porque el propio empleado de la entidad financiera ha declarado que mantuvo varias reuniones con el Sr. Torres, resultando evidente que la iniciativa de contratar el producto concreto fue de la oficina, sin que conste que le ofrecieran otro producto alternativo.

Por lo expuesto, no se puede extraer de dichas circunstancias que nos encontremos ante la mera ejecución de una orden del cliente sino ante una auténtica recomendación personalizada que debe encuadrarse en lo previsto en el art. 63.1 g) de la LMV.

Recuérdese que el número 55 de la STJUE de 30 de mayo de 2013, relativa a la interpretación 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, concluye que *“el hecho de ofrecer un contrato de permuta financiera [en nuestro caso, un contrato de bonos BANKINTER] a un cliente con objeto de cubrir el riesgo de variación del tipo de interés de un producto financiero que ha suscrito dicho cliente es un servicio de asesoramiento en materia de inversión, tal como se define en dicho precepto [art. 4, apartado 1, punto 4 de la Directiva], siempre que la recomendación relativa a la suscripción de ese contrato de permuta se dirija a dicho cliente en su calidad de inversor, que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público”*.

Además, la SAP Madrid (secc. 19.ª) 29/09/2014 (RA n.º 449/2014) sostiene, que, en el caso que resuelve, el banco *«asumió funciones de asesoramiento financiero, no sólo desde la relación de confianza cliente-banco, que tenía el demandante, como también desde la legislación reguladora del mercado de valores en relación con los contratos bancarios, a lo que debe sumarse la propia existencia del contrato de depósito y administración de valores. El contrato de asesoramiento existió pues en nuestro ordenamiento jurídico no es necesario que el repetido contrato se establezca por escrito, vinculando, obviamente, desde el propio consentimiento y en la forma que recogen los artículos 1258 y 1278 y concordantes del código civil, a lo que ha de sumarse la obligación legal impuesta por la legislación del mercado de valores en la venta de los productos financieros como las participaciones preferentes y las obligaciones subordinadas, aun cuando no se cobren comisiones (bastante beneficio recibe la entidad si se adquieren las participaciones preferentes en las repetidas obligaciones) y no se hubiese realizado el test de conveniencia -que en nuestro caso se llevó a cabo-»*.

A su vez, la STS 06/10/2016 (RC n.º 2.586/2014), mantiene que *«para que exista asesoramiento no es requisito imprescindible la existencia de un contrato remunerado ad hoc para la prestación de tal asesoramiento, ni que estas inversiones se incluyeran en un contrato de gestión de carteras suscrito por la demandante y la*



entidad financiera. Basta con que la iniciativa parta de la empresa de inversión y que sea ésta la que ofrezca el producto a sus clientes, recomendándoles su adquisición».

B) Por tanto, BANKINTER estaba obligada a practicar al demandante el correspondiente test de idoneidad al objeto de determinar si el producto contratado era acorde no solo a los conocimientos y experiencia de éste sino también a los objetivos de inversión, incluido el horizonte temporal del mismo, sin que conste dicho test en las actuaciones, lo que acredita que la información suministrada en el momento de la contratación no era acorde con “*la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente para poder recomendarle ese producto*”, tal como exige la jurisprudencia antes referenciada.

C) El mero hecho de que el cliente firmara la documentación que le presentó BANKINTER no acredita que fuera convenientemente informado de lo que contrataba, pues dicha documentación, predispuesta por BANKINTER, contiene términos complejos de carácter económico y contable, de difícil comprensión para personas que no posean conocimientos de tipo financiero, sin que se haya demostrado que el cliente tuviera conocimientos sobre inversión financiera.

D) En las circunstancias descritas, no puede llegarse a la conclusión definitiva de que el demandante pudiera tener un cabal conocimiento de lo que contrataba, ni de que la mera lectura y firma de los documentos que le presentaron pudiera suplir dicha falta de información esencial.

y F) Los factores antes indicados determinan la presunción de falta de conocimiento que determina la existencia de error invalidante esencial y excusable en el demandante, por lo que debe estimarse la pretensión de nulidad postulada.

Cuarto.- Una vez acreditado que existió un vicio del consentimiento en el demandante en el momento de contratar los bonos BANKINTER, debe darse respuesta al otro argumento utilizado por BANKINTER para oponerse a la demanda consistente en que el consentimiento prestado por éste se habría convalidado por sus actos posteriores confirmatorios del contrato, al estar permanentemente informado de que el precio de los subyacentes descendía y que, por tanto, existía el riesgo de perder la inversión, y porque recibió los rendimientos de su inversión.

Frente a esta tesis debe indicarse que no cabe entender que el demandante haya confirmado el contrato al recibir el pago de los rendimientos de sus bonos BANKINTER, pues el pago de los intereses no supone sino dar cumplimiento al contrato.

En este sentido, la STS 19/07/2016 (RC n. ° 873/2013) recuerda que *«existe ya un nutrido cuerpo de doctrina jurisprudencial sobre esta cuestión, a cuyo contenido nos atenderemos, y que ha sido recientemente resumido por la sentencia de esta Sala núm. 19/2016, de 3 de febrero.*

Como decíamos en dicha sentencia, como regla general, ni la percepción de liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato, ni incluso el encadenamiento de diversos contratos, deben ser necesariamente considerados actos convalidantes del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento, ya que, en las condiciones en que se realizaron, no constituyen actos inequívocos de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria.

Existiendo error excusable e invalidante del contrato, no puede considerarse que los recurrentes hubiesen subsanado dicho vicio del consentimiento mediante la confirmación del negocio con sus propios actos, por la simple razón de que un acto



propio vinculante del que derive un actuar posterior incompatible, requiere un pleno conocimiento de causa a la hora de fijar una situación jurídica, que aquí no concurre, ya que el conocimiento íntegro del riesgo asumido se adquiere cuando las liquidaciones devienen negativas y se informa del concreto importe de la cancelación de los contratos. Por el hecho de recibir unas liquidaciones positivas por parte de la entidad financiera en la cuenta corriente del cliente, o por cancelar anticipadamente el producto ante el riesgo cierto de que tal situación se vaya agravando y suponga un importante quebranto económico, no se está realizando voluntariamente ningún acto volitivo que suponga indudable o inequívocamente la decisión de renunciar al ejercicio de la acción de nulidad. Para poder tener voluntad de renunciar a la acción de nulidad derivada de error consensual, es preciso tener conocimiento claro y preciso del alcance de dicho error, lo cual no se ha producido en el momento de recibir las liquidaciones positivas, pues el cliente piensa que el contrato por el que se garantizaba que no le subirían los tipos de interés, está desplegando sus efectos reales y esperados, y por lo tanto no es consciente del error padecido en ese momento. Ni tampoco cuando se decide cancelar anticipadamente el contrato para poner fin a la sangría económica que suponen las sucesivas liquidaciones negativas».

Quinto.- Por todo cuanto se ha dicho, procede la estimación de la demanda con los siguientes efectos como consecuencia de la aplicación al presente supuesto del art. 1.303 del CC (*“declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses”*) ya que se ha estimado una acción de nulidad contractual:

1. Declarar la nulidad por vicio en el consentimiento de la parte demandante de las órdenes de compra de fechas 08.11.07 y 16.05.08 para la adquisición de los Bonos Estructurados BANKINTER por parte de Don Juan Torres Fontes-Suárez.

2. Condenar a BANKINTER a restituir a la parte demandante la cantidad de 2.200.000 euros más los intereses legales de dicha cantidad desde la fecha de suscripción del contrato, a cuya cifra se restará la cantidad pagada por BANKINTR en concepto de rendimientos brutos del producto financiero a la parte demandante y la correspondiente a los intereses legales de los rendimientos netos del producto financiero percibidos por la parte demandante desde la fecha correspondiente a cada percepción de rendimientos por el cliente.

Lo anterior tiene su fundamento en lo siguiente:

A) En cuanto a la sustracción a la cantidad de 2.200.000 euros más los intereses legales de dicha cantidad desde la fecha de suscripción del contrato, de los rendimientos brutos y no los netos percibidos por el cliente, porque debe tenerse en cuenta que la parte demandada procedió en su día a retener e ingresar en la Hacienda Pública, en cumplimiento de la legislación tributaria, el porcentaje correspondiente de las cantidades sucesivamente entregadas a la parte demandante por los rendimientos de los bonos BANKINTER a los efectos del IRPF de la parte demandante, sin que dichas cantidades hubieran ingresado en el patrimonio de la parte demandada y sin que esta esté facultada para reclamar a la AEAT la devolución de estas, sino que lo tiene que solicitar el sujeto pasivo del impuesto, que en este caso es la parte demandante (arts. 32.1 y 34.1,b de la LGT).

Si no se decidiese en este sentido, podría producirse una situación de enriquecimiento injusto de la parte demandante, que estaría entonces obligada a devolver a la parte demandada únicamente los rendimientos netos de los bonos BANKINTER percibidos y podría reclamar y obtener después de la AEAT la



devolución de las cantidades retenidas de ellos en concepto de IRPF, que, como se ha indicado, no llegaron a ingresar en el patrimonio de la parte demandada, con lo que no podría esta parte recuperar el total desembolso (rendimiento neto más retención fiscal) realizado en su día.

y B) En cuanto a que la parte demandante debe abonar a la parte demandada los intereses legales de las cantidades percibidas en concepto de rendimientos devengados desde la fecha de su respectiva percepción, porque se trata de un efecto de la restitución recíproca de prestaciones por aplicación del art. 1.303 del CC al contrato anulado, que incluyen respecto a la parte demandante los intereses legales de los rendimientos del producto financiero percibidos en cada momento por dicha parte.

Sin embargo, en este caso sí que deben tomarse como base para su cálculo los rendimientos netos percibidos en cada momento y no los brutos, pues esa fue la cantidad ingresada en el patrimonio de la parte demandante y, por tanto, la que generó intereses para ella.

y 3. Por aplicación del art. 394.1 de la LEC, también procede la imposición a la parte demandada del pago de las costas causadas a la parte demandante, al haberse estimado la demanda contra ella pues, aunque se ha efectuado una minoración de la cantidad reclamada por deducción de la correspondiente a los intereses legales de los rendimientos del producto financiero percibidos por la parte demandante, ello no impide que deba entenderse que se ha realizado una estimación sustancial de lo postulado, tal como declaran las SSTS 17/07/2003 y 21/10/2003 para aplicar también el principio del vencimiento, dado que se han acogido “los aspectos más importantes, cualitativa o cuantitativamente, de la pretensión ejercitada” (STS 18/07/2013).

Finalmente, la estimación de la pretensión de nulidad relativa por vicio del consentimiento causado por error, hace innecesario el examen de la acción subsidiaria planteada en la demanda.

Por lo expuesto, en nombre de SM el Rey y por la autoridad conferida por el Pueblo español,

FALLO

Que, estimando la demanda interpuesta por la representación procesal de DON JUAN TORRES FONTES-SUAREZ contra la sociedad mercantil BANKINTER, S.A., debo:

1. ° Declarar la nulidad relativa, por vicio en el consentimiento prestado por error, del contrato de adquisición de bonos estructurados BANKINTER y de las órdenes de compra de fechas 08.11.07 y 16.05.08, a que se refiere este litigio.

2. ° Condenar a la sociedad mercantil demandada a estar y pasar por dicha declaración y, asimismo, como consecuencia de la nulidad declarada, a pagar a la parte demandante 2.200.000 euros, más los intereses legales de dicha cantidad desde las fechas de suscripción de las respectivas órdenes de compra de los bonos, a cuya cifra se restará la cantidad pagada por la sociedad mercantil demandada en concepto de rendimientos brutos del producto financiero y la correspondiente a los intereses legales de los rendimientos netos del producto financiero percibidos por la parte demandante desde la fecha correspondiente a cada percepción de rendimientos por dicha parte.

y 3. ° Imponer a la entidad bancaria demandada el pago de las costas procesales causadas a la parte demandante.



Notifíquese a las partes, que en un plazo de veinte días podrán interponer recurso de apelación contra esta Sentencia ante este Juzgado, que será sustanciado conforme a la LEC 1/00 y resuelto por la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid.

A estos efectos, y de conformidad con la Disposición Adicional 15ª de la LOPJ introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se indica a las partes la necesidad de constituir un depósito de 50 euros para recurrir la presente resolución, en la oportuna entidad de crédito y en la Cuenta de depósitos y Consignaciones abierta a nombre de este Juzgado, previa a la preparación del recurso, debiendo dicha constitución ser acreditada por la parte y verificada por el Letrado de la Administración de Justicia, dejando constancia de ello en autos.

Así, por esta mi Sentencia de la que se expedirá por el Letrado de la Administración de Justicia de este Juzgado certificación literal para su unión a los autos, juzgando en primera instancia, lo acuerdo, mando y firmo.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



Este documento es una copia auténtica del documento Sentencia Proc. Ordinario firmado electrónicamente por OLGA MARTON FRESNEDO