

Roj: SJPI 86/2011
Órgano: Juzgado de Primera Instancia
Sede: Bilbao
Sección: 13
Nº de Recurso: 1081/2010
Nº de Resolución: 210/2011
Fecha de Resolución: 02/11/2011
Procedimiento: CIVIL
Ponente: PAULA BOIX SAMPEDRO
Tipo de Resolución: Sentencia

Encabezamiento

JDO. 1ª INSTANCIA Nº 13 (BILBAO)

LEHEN AUZIALDIKO 13 ZK.KO EPAITEGIA (BILBO)

BARROETA ALDAMAR 10 3ª planta - C.P./PK: 48001

TEL.: 94-4016685

FAX: 94-4016981

NIG /IZO: 48.04.2-10/024190

Pro.ordinario L2 / Proz.arrunta 2L 1081/2010 - M

SENTENCIA Nº 210/2011

JUEZ QUE LA DICTA : D/Dª PAULA BOIX SAMPEDRO

Lugar : BILBAO (BIZKAIA)

Fecha : dos de noviembre de dos mil once

PARTE DEMANDANTE : Joaquín Y María Antonieta

Abogado : LUIS ESTEBAN MONZON CASTAÑEDA

Procurador : MARTA ARRUZA DOUEIL

PARTE DEMANDADA BANCO ESPIRITU SANTO S.A. (BEE)

Abogado :

Procurador : ITZIAR OTALORA ARIÑO

OBJETO DEL JUICIO : ORDINARIO

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El día 27 de julio de 2010 los demandantes referidos interpusieron demanda de juicio ordinario que fue admitida a trámite por resolución de fecha 30 de julio. La demandada contestó a la demanda el 5 de octubre.

SEGUNDO. El día 21 de marzo de 2011 se celebró el acto de audiencia previa con la asistencia de todas las partes con el resultado que consta en autos. El día 26 de los corrientes tuvo lugar el acto del juicio y tras la práctica de las pruebas se declararon los autos vistos para dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Cuestión litigiosa.

La parte actora solicita en su demanda el dictado de una sentencia por la que : 1. Se declare el incumplimiento por la entidad demandada, Banco Espiritu Santo SA, de las obligaciones que ser derivan de la gestión de la cartera de valores de los actores en el banco, así como de las obligaciones de diligencia, lealtad e información en la comisión mercantil encomendada, consistente en venta asesorada de los valores objeto de la presente demanda. 2. Se condene a la demandada a restituir a los actores el capital invertido en su integridad, 145.332,40 euros, mas el interés legal hasta la fecha de su restitución íntegra. 3. Alternativamente al punto anterior, se condene a la entidad a subrogarse en el producto de inversión contratado abonando a los actores el capital invertido más el interés legal hasta la fecha de su restitución íntegra.

Ante la contradicción entre la fundamentación jurídica y el suplico de la demanda, que provocaba falta de claridad de las acciones ejercitadas, en el acto de audiencia previa se requirió a la actora para que aclarase las acciones, su orden y los fundamentos jurídicos, que pretendía hacer valer. La actora dejó claro que ejercita dos acciones:

1. Con carácter principal, la de nulidad del contrato de 24 de mayo de 2006 sobre suscripción de 150 títulos de Landsbanki Pref 6,25 %, por importe de 145.332,40 euros, por concurrir error en el consentimiento, con la obligación del banco de devolver ese capital invertido, a cambio de restituirle las acciones compradas, en aplicación de lo dispuesto en el *art. 1266 CC.*

Los actores creyeron estar contratando un producto de renta fija para disminuir el riesgo de su cartera de renta variable y así se les ofreció por los asesores del banco, pero en realidad adquirieron un producto complejo, un híbrido que funciona como renta fija y variable de alto riesgo. Los actores no recibieron ninguna información previa sobre estos productos y especialmente de los riesgos conexos, que en todo caso debió haberseles proporcionado por ser inversores no profesionales o minoristas, calificados por el propio banco como de perfil inversor conservador. El conocimiento del riesgo de disminución de su inversión inicial se conoció tres años más tarde, cuando en septiembre de 2009 el Banco les comunicó que, por la intervención del Estado Islandés en la entidad emisora Landsbanki, sus títulos tenían un valor de 2550 euros.

2. Subsidiariamente, la de responsabilidad por incumplimiento del contrato de gestión de cartera de valores que les unía con el banco, por haber dado a su inversión un destino distinto al ordenado, ya que solicitaron renta fija y se invirtió en títulos de riesgo. Se entiende que este contrato es de comisión mercantil y por tanto es de aplicación el artículo 264 del CCo, siendo la consecuencia jurídica de la declaración de incumplimiento contractual la devolución de la cantidad entregada más los intereses. No se solicita además el resarcimiento de daños y perjuicios.

Se tuvo por aclarado el suplico de la demanda, a lo que la parte contraria formuló recurso de reposición por infracción de los artículos 400, 401, 402 y 424 de la LEC. Este recurso fue desestimado por esta argumentación: si bien en el suplico de la demanda no constaba petición expresa de declaración de nulidad del contrato, esto obedece a un claro error o defectuosa técnica jurídica en la redacción del escrito, pues la voluntad de ejercitar la acción de nulidad del contrato resulta de la mera lectura de la demanda, en la que se dedica todo el fundamento de derecho cuarto a sostener la existencia de error en el consentimiento y se concluye: "La consecuencia obligada solo puede ser la nulidad o resolución de la adquisición del mencionado producto (...) o retrocesión de la operación de compra de dichos instrumentos financieros". Por tanto no hay introducción de hechos nuevos o alteración de la causa de pedir, que es lo que prohíben los artículos citados, sino solo una correcta integración del suplico y la fundamentación jurídica.

Además de lo anterior, ninguna indefensión se causa a la demandada pues en su contestación responde puntualmente a la invocada nulidad por vicio del consentimiento, oponiéndose a ella en el fundamento de derecho segundo por lo siguiente: 1. los actores conocían perfectamente qué tipo de producto estaban contratando pues tenían experiencia inversora. 2. El producto adquirido no es de especial complejidad, es un producto que produce una renta fija anual liquidable trimestralmente y así lo han comprobado los clientes por haber cobrado regularmente los mismos. 3. El producto no es de riesgo y la quiebra del emisor no está dentro de los riesgos específicos del mismo, sino que se trata de algo consustancial a cualquier inversión que no requiere información específica, pues es algo patente y obvio. En todo caso el riesgo de quiebra era algo totalmente imprevisible por tratarse de un banco de reconocido prestigio y elevado rating, lo que hace que no sea imputable a la demandada. 4. Tampoco está probada la existencia de daño alguno por esa inversión, pues por ahora la nacionalización de Landsbanki solo ha supuesto una moratoria en la obligación de pago, no la pérdida de la inversión. En todo caso a este daño deberían deducírsele el importe de los intereses recibidos.

En cuanto a la acción de incumplimiento contractual, se opone a ella por considerar que el contrato que unía a las partes no era de gestión de cartera sino solo de depósito y administración de valores, por lo que la decisión de la inversión es del cliente, por mucho que pueda estar asesorado por el personal del banco. Las únicas obligaciones que tenía eran las de ejecutar correctamente las órdenes del cliente, custodiar los valores, gestionar el cobro de intereses e informar de la evolución de los valores. Todo esto se cumplió porque se adquirió un producto de renta fija, que es lo pedido, se liquidaron los intereses y se informó de la evolución. No puede confundirse renta fija con inexistencia de riesgo o aseguramiento del capital invertido, y los propios actores conocían esta cuestión porque en la información sobre la evolución de estas acciones en los años 2007 y 2008 se comprobó cómo su valor era inferior a la inversión inicial, pero nada dijeron porque seguían cobrando sus intereses.

SEGUNDO. Sobre la nulidad por error en el consentimiento: requisitos del error invalidante en los contratos bancarios y el deber de información.

Para que el error invalide el consentimiento, tal como establece el artículo 1266 del Código Civil, es necesario que recaiga sobre la sustancia del objeto del contrato o sobre aquellas condiciones del mismo que principalmente hubieren dado lugar a su celebración. Es doctrina del Tribunal Supremo que igualmente se precisa que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar, que no sea imputable a quien lo padece y que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado. Además de ser esencial ha de ser excusable, requisito que el Código no menciona expresamente y que se deduce del principio de buena fe, consagrado en el art. 7 del Código Civil. Es inexcusable cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular. De acuerdo con los postulados del principio de la buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante. La excusabilidad implica que puedan trasladarse sobre el otro contratante las consecuencias del error. Uno de los motivos por los que suele apreciarse es cuando la parte no afectada por el mismo estaba obligada legalmente a suministrar determinada información y no lo hace o la hace de modo inadecuado. Lo anterior determina que se impute el error a quien hubiera tenido la posibilidad de eliminarlo a menor coste.

En este sentido y ya en ámbito de la contratación bancaria, el legislador y la jurisprudencia, conscientes de la posición de debilidad del cliente en tanto se enfrenta generalmente a un contrato de adhesión, son especialmente rigurosos a la hora de valorar la actuación de la entidad bancaria en todas las fases de la contratación y especialmente en lo referente a la información que se suministra, cuya ausencia o insuficiencia puede dar lugar a que el cliente se represente una realidad distinta de que resulta del contrato firmado. Así expresa la sentencia de la AP de Gerona, sección 1, de 18 de febrero de 2011, ponente D. Fernando Lacaba Sánchez (ROJ SAP GI 1/ 2011): "En la fase precontractual, debe procurarse una información lo suficientemente clara y precisa para que aquel (el consumidor) entienda el producto o servicio que pudiera llegar a contratar y si se encuentra dentro de sus necesidades, y de las ventajas que espera obtener reclamando un servicio o aceptando un producto que se le ofrece. En la fase contractual, basta como ejemplo la existencia de la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de Contratación, en cuyo Artículo 8, se mencionan expresamente las exigencias de claridad sencillez, buena fe y justo equilibrio de las prestaciones en el contrato suscrito entre partes, que por la propia naturaleza del contrato van a ser fijadas por el Banco en este caso. Posteriormente, ya firmado el contrato, la fase posterior exige igualmente arbitrar unos mecanismos de protección y reclamación, que sean claros y eficaces en su utilización, y destinados a la parte que pudiera verse perjudicada por la firma del contrato en defensa de los posibles daños a sus intereses"

Para atender al deber de información de la entidad bancaria la norma fundamental es la Ley de Mercado de Valores 24/1.988 de 28 de febrero, que en el punto que nos ocupa fue modificada por la Ley 47/2.007, que supuso la incorporación a nuestro Derecho de toda la normativa europea de obligado cumplimiento y que transpuso a nuestro ordenamiento interno las normas llamadas "MIFID" de la UE (Directivas 2004/39/CE y 2006/73/CE). En esta norma se parte de la diferenciación entre tres tipos de clientes: minoristas, profesionales y contraparte elegible, con un grado de exigencia de información diferente. Con carácter general puede decirse que tienen la consideración de cliente minorista la mayor parte de clientes particulares y Pymes. De entre las normas que regulan la información al cliente, interesa aquí destacar la indicada en el art. 79 bis.3, referente a la fase precontractual: "se les proporcionará, de manera comprensible, 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." Esta información podrá facilitarse en "formato normalizado" y debe incluir "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".

La doctrina ha puesto de manifiesto la estrecha vinculación entre consentimiento e información. Sergio Nasarre Aznar, catedrático de Derecho Civil de la Universidad Rovira i Virgili ("Malas practicas bancarias en la actividad hipotecaria" publicado en la colección del CGPJ, Cuadernos Digitales de Formación, año 2011, Volumen 9) dice: "la cantidad y calidad de la información provista según el art. 7 CC, los arts. 79y 79bis LMV y 64 RD 217/2008, adecuada a la calificación del cliente conforme al art. 78bis LMV (ej. minorista, profesional o contraparte elegible), al tiempo de cual es la capacitación del cliente para comprender los riesgos inherentes al producto en concreto ofertado(arts. 72y 73 RD 217/2008) son la clave para que el cliente de una entidad de crédito pueda dar su consentimiento informado o consciente, que es el único relevante para hacerle único responsable por las pérdidas patrimoniales que pueda sufrir" y sostiene que estamos ante un desarrollo específico de la doctrina del Tribunal Supremo en relación a la "teoría del riesgo" y su correlativa la "asunción voluntaria del riesgo" en diversos ámbitos de la realidad social de forma que "los clientes, en cualquier caso, sólo pueden negar la existencia de consentimiento(con la consiguiente restauración a la situación anterior) o solicitar indemnización por las pérdidas sufridas si existió una deficiente información (no hubo consentimiento consciente, comprendiendo los riesgos, como requieren los arts. 72y 73 RD 217/2008del producto en cuestión) y no por el mero hecho de sufrir pérdidas, dado que ello iría contra la doctrina del Supremo en torno a que el riesgo general de la vida no es compensable (SSTS 17-7-2003:100, 20-3-1996:101 y 8-10-1998:102) , el cual es similar al riesgo de mercado (las fluctuaciones, el azar del mercado): sólo si el cliente ha consentido en la alea en cuestión sin la suficiente información podrá recuperar, vía nulidad del contrato o vía incumplimiento contractual (de asesoramiento), los daños sufridos (cuantificados en el valor de la inversión, más los intereses y, en su caso, por el coste de oportunidad que ello le ha supuesto)"

Además de tener en cuenta las previsiones de la ley para valorar si el banco ha cumplido o no su deber de informar correctamente sobre el producto, la doctrina considera que debe atenderse a la complejidad del mismo para poder determinar las dificultades de comprensión del cliente y los datos que debió tener a su alcance para decidir realizar la operación.

Tal y como señala el magistrado de la Audiencia Provincial de Barcelona, José Manuel Regadera Sáenz ("El consentimiento en los contratos bancarios complejos" publicado en la colección del CGPJ " Cuadernos Digitales de Formación", año 2011, volumen 9): "El instrumento financiero se considerará **no complejo** si concurren los siguientes requisitos: a). Existen posibilidades frecuentes de venta, reembolso u otro tipo de liquidación de dicho instrumento a precios públicamente disponibles para los miembros en el mercado y que sean precios de mercado o precios ofrecidos, o validados, por sistemas de evaluación independientes del emisor. b). No implica pérdidas reales o potenciales para el cliente que exceda del coste de adquisición del instrumento c). Existe a disposición del público información suficiente sobre sus características, que sea comprensible de modo que permita a un cliente minorista medio emitir un juicio fundado para decidir si realiza una operación en ese instrumento. A título de ejemplo pueden citarse como productos no complejos: acciones admitidas a negociación en un mercado regulado o en un mercado equivalente de un tercer país; instrumentos del mercado monetario; obligaciones u otras formas de deuda titulizadas salvo que incorporen un derivado implícito; instituciones de inversión colectiva armonizadas a nivel europeo...

Instrumentos financieros **complejos** son todos aquéllos que no reúnan los requisitos señalados en el apartado anterior para los instrumentos no complejos. En cualquier caso se considerarán instrumentos financieros complejos:

- a). Contratos de opciones y futuros, derivados y warrants
- b) Fondos de Inversión de gestión alternativa de alto riesgo y fondos de modalidad "hedgeFunds"
- c). Depósitos estructurados que no garantizan el 100% del capital invertido
- d). Deuda Subordinada
- e). Acciones y participaciones preferentes
- f). Otros activos no cotizados en mercados regulados con escasa liquidez"

TERCERO .Sobre la concurrencia de error en la suscripción de este producto.

Aplicando la doctrina señalada en el anterior fundamento, para valorar las circunstancias en que se otorgó el consentimiento en este caso debe contrastarse el producto contratado, sus características y naturaleza real, con la información proporcionada al cliente.

- a) Naturaleza del producto suscrito

El producto financiero que nos ocupa tiene la consideración de acciones preferentes y por tanto estamos ante un instrumento financiero complejo según clasificación arriba mencionada. La prueba practicada en el juicio ha puesto de manifiesto que se trata de la adquisición de bonos u obligaciones que emite una entidad bancaria islandesa por los que se da un interés fijo anual pero no está asegurada la recuperación de la inversión inicial. Es un producto de carácter perpetuo, de tal manera que a los cinco años la entidad bancaria puede amortizar el capital, pero si decide no hacerlo, la única posibilidad que tiene el cliente de deshacer el contrato es mediante la venta de las obligaciones en un mercado secundario, que es menos flexible que el mercado de valores ordinario y en el que la rentabilidad es menor. Así lo han explicado los dos testigos que han depuesto en el acto del juicio, el director de la sucursal y el asesor personal de los actores, ambos trabajadores de BEE en la fecha de la contratación. Además, ellos mismos han reconocido que en aquella época no contaban prácticamente con información sobre ese producto, pues ni siquiera el propio banco les había proporcionado a sus empleados los folletos informativos.

Como se puede observar, este producto no cumple los requisitos arriba indicados para estimarse como no complejo.

Diversas resoluciones judiciales, entre ellas las sentencias que ha aportado la parte actora, han puesto de manifiesto la complejidad de este tipo de productos. La *sentencia del Juzgado de Primera Instancia 87 de Madrid de 2 de marzo de 2010*, tras valorar los dictámenes de los peritos que han examinado su naturaleza, concluye que no se trata de un producto de renta fija, inocuo, asimilable a un título valor más o menos tradicional, sino que requiere un especial conocimiento de los entresijos, riesgos y complejidades del mercado, del emisor, liquidez del instrumento o incluso cálculo de rentabilidades. La *sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Bilbao de 19 de noviembre de 2010* resalta que las discusiones en el seno del procedimiento entre los peritos, profesionales del mercado financiero, sobre la naturaleza y características del producto, ponen en evidencia su complejidad. La *sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 5, de 31 de marzo de 2011* (ROJ SAP GC 202/2011) también considera que la compra de bonos estructurados en la entidad Landsbanki es arriesgada en atención a la forma y estructura del mercado financiero islandés.

b) Información suministrada por BEE en el momento de contratar

Tras la práctica de la prueba se ha acreditado que la actora no tuvo ningún tipo de información sobre el producto que contrataba, que solo se le manifestó que era de "renta fija", pero no se le informó con exactitud en qué consistía, ni los riesgos inherentes al producto como el de pérdida de todo o parte del capital invertido ni el carácter perpetuo de los bonos. Estos datos omitidos eran esenciales, pues el interés de los actores en todo momento era conseguir mayor seguridad en sus inversiones que la representada por la cartera de renta variable, presuponiendo que lo ofrecido al menos garantizaba su capital. Puede que, como se indica por la defensa técnica de la demandada, los actores confundan renta fija con capital asegurado o ausencia de riesgo, pero se trata de un error que el banco no se encargó de aclarar.

Los dos testigos que han depuesto en el acto del juicio han realizado una declaración totalmente sincera sobre la información proporcionada y la forma de contratar. A pesar de reconocer que han demandado a BEE por despido improcedente, su defensa en este juicio no solo no los ha tachado, sino que incluso ha propuesto ella misma la declaración testifical del Sr. Luciano, por lo que no parece que albergue dudas sobre su imparcialidad. Este testigo es quien directamente trató con el Sr. Joaquín en nombre de BEE. Manifiesta que era su asesor dentro de la sucursal, servicio que se prestaba por el banco a determinados clientes en función de su capital. Se reunían de manera mensual o incluso quincenal con el objeto de preparar las inversiones. Le hizo la recomendación de invertir en renta fija para tener menos riesgos porque tenía demasiado capital en renta variable y el cliente accedió. En ese momento consultó con lo que llama departamento o mesa de renta fija del banco y desde allí se le envió una relación de los productos que se ofertaban bajo esa denominación. Esta relación se aporta como documento nº 9 de la contestación. Sobre la base de esta información, recomendó al actor la suscripción del fondo Landsbanki, dada su alta rentabilidad, 6,25 % de interés al trimestre, y la solvencia del emisor según las ratios que aparecen en el documento. El actor, confiando en su asesor, firmó la orden de compra que había sido previamente rellenada por Don. Luciano solo con estos datos: clase de valor: Lansabanki Pref 6,25 %, nº valores 150, cambio límite PLM (documento nº

10 de la contestación). El testigo afirma que le explicó al Sr. Joaquín el contenido de la orden, es decir, que compraba acciones de un banco islandés y que se le daba una renta fija. Sin embargo reconoce que no le informó del carácter perpetuo de la adquisición y concluye que "si lo hubiese sabido se lo habría pensado". El testigo Sr. Patricio, director de la sucursal en aquella época, también reconoce que vendieron este producto como de renta fija con un vencimiento a cinco años pues, como no habían recibido los folletos explicativos, ni siquiera ellos mismos sabían que eran perpetuos. Por ello transmitieron la información falsa de la amortización del capital a los cinco años. Cree que los clientes no tenían a su disposición la información necesaria para decidir con pleno conocimiento lo que contrataban y que en concreto el Sr. Joaquín no habría comprado este producto de haber sabido sus riesgos. Estas afirmaciones corroboran la versión de los actores sobre su intención al contratar, queriendo adquirir un producto de menor riesgo en el sentido de que al menos garantizase el importe invertido.

La información que ahora ofrece BEE en la contestación a la demanda, apoyada con los documentos 12 y 13, sobre las características de los bonos de Landsbanki y la guía sobre los productos de renta fija y sus riesgos, no fue nunca suministrada al cliente, que por tanto no podía saber concretamente lo que contrataba. Esta casi total ausencia de información creó en él una falsa representación del producto, creyendo que contrataba uno con poco riesgo y que al menos le garantizaba la devolución de su capital a los cinco años. La circunstancia de tener que depender de la decisión de amortización del emisor o de la venta en un mercado secundario para recuperar su dinero fue silenciada por el banco y debe calificarse como un elemento esencial del contrato, determinante del consentimiento. La información sobre los riesgos del producto ofertado es un deber elemental del banco aunque no estuvieran todavía vigentes las previsiones de las normas Mifid de la UE, por lo que esto no es causa para justificar la actuación de la entidad, teniendo en cuenta además que los clientes estaban calificados por el propio banco como inversores conservadores- moderados (documentos 12 y 13 de la demanda)

Se alega por la demandada que también eran titulares del mismo tipo de acciones preferentes de British Airways por lo que no pueden alegar desconocimiento del producto. Sobre esta cuestión, los dos testigos han reconocido que tampoco tuvieron a su disposición los folletos explicativos, de lo que se deduce que la información habrá sido la misma, es decir, la simple identificación con "renta fija", sin mayores especificaciones.

Otro de los argumentos que esgrime para sustentar la validez del contrato es la ausencia de relación de causalidad entre el daño y la información supuestamente omitida por los empleados del banco. El daño, consistente en la pérdida de la inversión, no deriva del carácter perpetuo de la emisión sino de la insolvencia de la entidad emisora, que se produce antes de los cinco años de amortización, con lo que existiría aunque el bono no fuera perpetuo o se hubiera garantizado el capital. La insolvencia no es un riesgo inherente al contrato sino algo ajeno, al que se expone cualquiera que adquiera productos de un banco, incluso los más convencionales.

A este razonamiento debe contestarse que precisamente la creencia de tener asegurado el capital fue lo que llevó al actor a contratar, por lo que si hubiera conocido el carácter perpetuo de la compra y el riesgo de una desvalorización del mismo en el mercado secundario, no lo habría adquirido, con lo que finalmente la insolvencia del banco no le habría causado perjuicio alguno. Pero es que además la información omitida va más allá de esa característica esencial, pues tampoco se le dio la oportuna información sobre el emisor, la fiabilidad de los datos manejados por el banco para definirlo como solvente, la posible oscilación del valor de sus bonos cada año y las causas o variables de las que pudiera depender. Nótese que en el año 2006 su valor es de 150.000 euros, en el año 2007 desciende a 141.000 y en el año 2008 desciende de manera drástica a 67.500 (documentos 14 a 16 de la contestación) y en el año 2009 valen 2550 euros (documento 4 de la demanda) Por tanto puede ser que el actor supiera que adquiriría bonos de un banco islandés, pero desde luego lo que no sabía era que podía experimentar su inversión semejantes oscilaciones (previas a la insolvencia del emisor) hasta el punto de no valer prácticamente nada. El hecho de que el descalbro de la entidad bancaria islandesa y de todo el sistema financiero mundial no fuera algo predecible siquiera para los expertos no solo no exime al banco de responsabilidad sino que abunda más en la tesis del total desconocimiento por parte de este cliente minorista de que pudiera estar poniendo en riesgo su capital. De hecho es el propio banco el que elabora la lista de productos de renta fija y les atribuye unos ratios de solvencia según las Agencias de Calificación, por lo que es ella la que debe asumir los daños causados por haber confiando en esos datos y no el cliente, que ni siquiera dispone de ellos ni los sabe interpretar.

c) Nulidad del contrato: consecuencias jurídicas

Por todo lo anterior, se estima que en este caso concurren los requisitos para anular el contrato firmado por vicio del consentimiento, consistente en error al contratar, causado por la actuación de la entidad financiera que incumplió el deber de ofrecer al cliente la información clara y precisa sobre el producto, en la fase precontractual y en el momento mismo de contratar. La consecuencia jurídica de esta nulidad, conforme al *art. 1303 CC*, es la obligación de la demandada de restituir a los actores el capital entregado para la compra de los bonos, deducidos los intereses entregados por razón del contrato durante su vigencia. Por su parte, el BEE quedará con la titularidad de los bonos, ejercitando si a su derecho conviene las acciones que como tal le correspondan contra el emisor.

No se considera procedente condenar al BEE a devolver además los intereses del precio de adquisición de los bonos desde la fecha de la orden de compra. Como indica la *SAP de Vizcaya, sección 4, de 15 de junio de 2011 (ROJ SAO BI 663/2011)* : "el efecto restitutorio de art. 1303 persigue equilibrar la situación de las partes, evitando el enriquecimiento injusto de una de ellas a costa de la otra, y precisamente para ello impone la obligación de restitución recíproca de los intereses del precio (que, por lo demás y según la jurisprudencia, tienen la consideración de frutos civiles) y de los frutos de la cosa, de suerte que de la misma manera que la devolución de la cosa es la contraprestación por la restitución del precio, la entrega de los frutos del bien es la contraprestación por el pago de los intereses"

En este caso, la parte actora recibe el precio que pagó por los bonos y a cambio entrega éstos al banco. Pero estos bonos en la actualidad no tienen prácticamente valor, por lo que lo recibido por el "vendedor" en este caso no es equivalente a lo que recibe el "comprador" o cliente. La obligación del cliente de restituir los frutos durante la vigencia del contrato se satisface con el descuento de los intereses que han recibido en las liquidaciones trimestrales. Pero a cambio no se entiende que el banco deba pagar a su vez los intereses del precio, primero porque no lo percibió directamente, sino el banco emisor, y segundo para compensar la peor situación en que queda tras la declaración de nulidad, pues la recuperación del valor de los bonos depende de las escasas posibilidades de éxito de las acciones frente al emisor.

Por tanto los intereses del precio solo se deberán desde la fecha de la declaración de nulidad, comenzando la obligación de devolución del capital.

CUARTO. Sobre el incumplimiento del contrato.

La estimación de la acción ejercitada con carácter principal hace innecesario un examen sobre la naturaleza del contrato y el incumplimiento de las obligaciones del mismo, fundamento subsidiario de los actores para ser resarcidos del daño. No obstante, para dar respuesta a todas las cuestiones que se han debatido en este procedimiento y ante la enérgica protesta de la demandada por la integración del suplico de la demanda efectuada en la audiencia previa, se estima adecuado hacer un examen de esta cuestión. En esencia, los mismos hechos que han llevado a apreciar la existencia de un error en el consentimiento llevan también a considerar que la demandada ha incumplido los deberes que le competían en el contrato.

Se ha discutido si el contrato es de gestión de cartera de valores o de mero depósito y administración, pero esta discusión formal, vista la prueba, no tiene virtualidad práctica porque la realidad del funcionamiento de la relación entre banco y cliente era distinta de la reflejada en los documentos. Es unánime la doctrina que obliga a calificar los contratos no según el nombre que las partes hayan querido darle sino según el contenido del que le han dotado voluntariamente. Está claro por la documentación aportada por la demandada y concretamente el documento nº 4, que el contrato suscrito es de depósito y administración de valores, por lo que es el cliente quien finalmente decide la inversión y da la orden, que el banco ejecuta. Pero también ha quedado plenamente demostrado que junto con las prestaciones reflejadas en la estipulación cuarta, el banco prestaba además al Sr. Joaquín , como cliente digamos "preferente" dado su volumen de inversión, un servicio de asesoramiento personalizado. Este servicio no es, como pretende la demandada, una mera puesta en conocimiento de los productos que oferta el banco y explicación de sus características, sino que había una labor de seguimiento intenso, mensual o quincenal, con la implicación directa del asesor en las decisiones del cliente, hasta el punto de hacerle recomendaciones y sugerencias sobre el tipo de inversión conveniente por propia iniciativa y presentarle la

orden rellenada solo para firmar, sin dar mayor información que la verbal. Esta relación de confianza, puesta de manifiesto por el testigo Don. Luciano, venía desde el año 1998 con la Sociedad de Valores Benito y Monjardín SA (documentos 1 y 2 de la contestación) y se mantiene con BEE al adquirir la empresa, luego no es una información puntual dispensada a cualquier cliente en el momento de contratar un producto, sino un asesoramiento continuo ofertado como una prestación más dentro del contrato de administración de valores a determinados clientes. Un buen asesoramiento lleva implícita la necesidad de ofrecer toda la información necesaria para conocer las características del producto, en especial sus ventajas y riesgos, para poder valorar la conveniencia de la inversión. Esta obligación se ha incumplido por el personal del banco a la vista de la información suministrada (léase anterior fundamento) por lo que es de aplicación lo dispuesto en el Art. 1124 CC.

La consecuencia jurídica de este incumplimiento es igualmente la obligación del banco de devolver el precio de adquisición de los bonos, porque este es el importe del daño sufrido. Don. Luciano ha manifestado que han recibido recientemente en BEE una comunicación de Landsbanki en la que se indica que estiman muy poco probable que puedan responder a las reclamaciones de los titulares de este tipo de bonos. Por tanto, en el momento actual, que es el de valoración del daño, puede concluirse que los actores han perdido completamente su inversión. Además, aunque no se conoce cuál es el actual valor de venta en mercado secundario de estos bonos, está claro que no será mayor que el del año 2009, es decir, 2550 euros, cantidad irrisoria frente a su valor inicial.

QUINTO. Costas.

La estimación íntegra de la demanda supone la condena en costas al demandado a tenor del **Art. 394 LEC**.

FALLO

Estimo íntegramente la demanda deducida por la representación procesal de Joaquín Y María Antonieta contra BANCO ESPIRITU SANTO SA y declaro la nulidad por error en el consentimiento del contrato de 24 de mayo de 2006 sobre suscripción de 150 títulos de Landsbanki Pref 6,25 %, por importe de

145.332,40 euros, y condeno a la demandada a restituir a los actores esa cantidad, de la que habrán de deducirse los intereses que han cobrado durante la vigencia del contrato, mas intereses legales desde la fecha de la sentencia, quedando BEE como titular de los bonos.

Se condena a la demandada al pago de las costas del proceso.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de BIZKAIA (*artículo 455 LECn*). El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, debiendo exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos impugnados (artículo 458.2

LECN).

Para interponer el recurso será necesario la **constitución de un depósito** de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Juzgado tiene abierta en el grupo Banesto (Banco Español de Crédito) con el número 4751, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 02-Apelación. La consignación deberá ser acreditada al **interponer** el recurso (*DA 15ª de la LOPJ*).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

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

PUBLICACIÓN .- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el/la Sr/a. MAGISTRADO que la dictó, estando el/la mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, el/la Secretario Judicial doy fe, en BILBAO (BIZKAIA), a dos de noviembre de dos mil once.