

SENTENCIA

En Oviedo, a doce de noviembre de dos mil doce.

Vistos por D. ANTONIO LORENZO ALVAREZ Magistrado-Juez, del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Oviedo y su partido judicial, los autos de Juicio Ordinario NUM 523/12, promovidos por el Procurador D. Ramón Blanco González, en nombre y representación de Doña S. E. S. y D. R. T. A., asistidos del Letrado D. Jorge Álvarez de Linera Prado, contra la entidad "Cajastur", representada por la Procuradora Doña Yolanda Rodríguez Díaz y asistida del Letrado D. Carlos Rubio Vallina, en el ejercicio de la acción de nulidad de contrato y reclamación de cantidad, vengo a dictar la presente sentencia sobre la base de lo siguiente.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Procurador de los Tribunales Sr. Blanco González, en la representación anteriormente indicada, se interpuso demanda de juicio ordinario que turnada correspondió al presente Juzgado, sobre la base de unos hechos que aquí se dan por reproducidos en aras a la brevedad, para tras alegar los fundamentos de derecho que estimó de aplicación, interesar la estimación de la pretensión solicitada en el suplico de la demanda.

SEGUNDO.- Por decreto, se admitió a trámite la demanda presentada, y se dio traslado de la misma junto con el resto de la documentación a la parte demandada, para que formulase contestación a la misma en el plazo de veinte días, contestación que se produjo en la forma y manera que es de ver, interesando la desestimación de la demanda, convocándose por diligencia de ordenación a las partes a la celebración de la correspondiente audiencia previa.

TERCERO.- En el día y hora señalada se celebró la audiencia previa, a la que asistieron las partes, ratificándose en sus escritos principales y una vez que no hubo acuerdo y se fijaron los hechos controvertidos del procedimiento, ambas partes interesaron el recibimiento del pleito a prueba. Como medios de prueba la parte actora propuso: documental por reproducida; interrogatorio de la parte demandada; pericial judicial y testifical. Por la parte demandada se propuso: documental por reproducida e interrogatorio de la parte actora. Las pruebas propuestas fueron admitidas en la forma y manera que es de ver señalándose día y hora para su práctica.

CUARTO.- En el día y hora señalada, se practicaron los medios de prueba

admitidos en el acto de la audiencia previa, en la forma y manera que es de ver, por lo que tras el trámite de conclusiones, el juicio quedó visto para sentencia.

QUINTO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado todas las formalidades y prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Ejercita la parte actora en la demanda que ha dado origen al presente procedimiento la acción de nulidad prevista en el artículo 1300 y sig del C.c, en relación con el contenido del artículo 1261 del mismo cuerpo legal, sobre la base de la existencia de un supuesto <<error y/o vicio>> en el consentimiento prestado por los actores en relación al contrato denominado de <<obligaciones subordinadas de Cajastur>>, celebrado entre las partes en junio del año 2009, y ello, por cuanto los demandantes consideran que se encontraban ante la creencia de que el producto contratado era una imposición a plazo fijo -IPF- que le daba derecho a recuperar el capital invertido - 60.000 euros - con anterioridad al plazo de vigencia establecido de doce a veinticuatro meses, con la consiguiente penalización en su caso, y con la garantía de recibir el 100% del capital depositado, lo cual dista y mucho de lo recogido en el documento nº uno de los aportados con la demanda, interesando en consecuencia, la restitución de las cantidades nacidas del citado contrato, con sus respectivos intereses.

Frente a tales pretensiones, se alza la parte demandada alegando que en modo alguno existió ni error a la hora de manifestar el consentimiento los actores, ni causa alguna que motivase la declaración de nulidad que se pretende de adverso dado que en todo momento se cumplieron con las exigencias contractuales típicas en estos contratos, siendo los demandantes plenos conocedores del producto que contrataban habiéndoles realizado incluso a los mismos el correspondiente test de conveniencia, interesando la desestimación de la demanda.

SEGUNDO.- Con relación al objeto de debate, ambas partes admiten la formalización del contrato denominado de <<obligaciones subordinadas de Cajastur>> en el sentido recogido en el documento nº uno de la demanda, quedando reducida la cuestión discutida a la determinación de si los actores eran plenamente conocedoras del producto contratado, por cierto radicalmente distinto a lo narrado en la demanda dado que las obligaciones subordinadas tenían un plazo de vigencia de diez años, concretamente hasta el 16 de junio del año 2019, con posibilidad de amortización a los cinco años, o por el contrario, la información precontractual facilitada por la entidad bancaria pudo provocar el error a la hora de manifestar el consentimiento hasta el extremo de llevar a los actores a creer que podían recuperar el 100% del capital depositado - 60.000 euros – con antelación al plazo que ellos creían de doce a veinticuatro meses.

Pues bien, trascendental resulta analizar cual fue la información facilitada por la demandada a los actores para poder así analizar qué instrumentos tuvieron a su alcance los demandantes a la hora de plasmar su consentimiento ante lo que de mano debe calificarse de <<producto complejo>> como son las obligaciones subordinadas. Al respecto, se debe partir de lo que nuestra jurisprudencia indica sobre el particular, sirviendo de ejemplos las SAP de Oviedo, de fechas 27 de enero y 23 de julio del año 2010, sección quinta; y 11 y 14 de febrero del año 2011, sección cuarta de nuestra Audiencia Provincial de Oviedo, donde se viene a reconocer como <<el derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básico para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad tanto es lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar a los sujetos que intervienen en él (el cliente bancario), principalmente, a través tanto de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación contractual exigible. En este sentido es obligada la cita del 48.2 de la L.D.I.E.C. 26/1.988 de 29 de julio y su desarrollo pero la que real y efectivamente conviene al caso es la de Ley 24/1.988 de 28 de julio del Mercado de Valores al venir considerada por el Banco de España y la C.M.V. incurso la operación litigiosa dentro de su ámbito (mercado secundario de valores, futuros y opciones y operaciones financieras art. 2 L.M.C.).

Examinada la normativa del mercado de valores sorprende positivamente la protección dispensada al cliente dada la complejidad de ese mercado y el propósito decidido de que se desarrolle con transparencia pero sorprende, sobre todo, lo prolijo del desarrollo normativo sobre el trato debido de dispensar al cliente, con especial incidencia en la fase precontractual.

Este desarrollo ha sido tanto más exhaustivo con el discurrir del tiempo y así, si el art.79 de la L.M.V., en su redacción primitiva, establecía como regla cardinal del comportamiento de las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente cuidando de los intereses del cliente como propios (letras I.A. y I.C.), el R.D. 629/1.993 EDL1993/16198 concretó, aún más, desarrollando, en su anexo, un código de conducta, presidida por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que aquí interesa, adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (art. 4 del Anexo 1), como frente al cliente (art. 5) proporcionándole toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquél de la decisión de inversión "haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva" (art.5.3)

Dicho Decreto fue derogado pero la Ley 47/2.007 de 19 de diciembre EDL2007/212884 por la que se modifica la Ley del mercado de valores continuó con el desarrollo normativo de protección del cliente introduciendo la distinción entre clientes profesionales y minoristas, a los fines de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros (art. 78 bis); reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el art. 79 bis

regulando exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, incluidos los potenciales; entre otros extremos, sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece a los fines de que el cliente pueda "tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa" debiendo incluir la información las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias, no sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencia financiera y aquellos objetivos (art.79, bis num. 3, 4 y 7).

Luego, el R.D. 217/2.008 de 15 de febrero sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión no ha hecho más que insistir EDL2008/4324, entre otros aspectos, en este deber de fidelidad y adecuada información al cliente, tanto en fase precontractual como contractual (Artículos 60 y siguientes, en especial 64 sobre la información relativa a los instrumentos financieros).

Naturalmente, a la entidad bancaria demandada no le es exigible un deber de fidelidad al actor, como cliente, anteponiendo el interés de éste al suyo o haciéndolo propio. Tratándose de un contrato sinalagmático, regido por el intercambio de prestaciones de pago, cada parte velará por el suyo propio pero eso no quita para que pueda y deba exigirse a la entidad bancaria un deber de lealtad hacia su cliente conforme a la buena fe contractual (art. 7 Código Civil EDL1889/1), singularmente en cuanto a la información precontractual necesaria para que el cliente bancario pueda decidir sobre la perfección del contrato con adecuado y suficiente "conocimiento de causa", como dice el precitado 79 bis de la L.M.V."

TERCERO.- Partiendo de tales planteamientos tanto doctrinales como jurisprudenciales y teniendo en cuenta la causa de nulidad alegada por los actores en la demanda, el supuesto error a la hora de manifestar el consentimiento en el contrato que nos ocupa, se debe indicar, que para que el error alcance las consecuencias pretendidas en la demanda, ha de ser, además de esencial, excusable, según se deduce de los requisitos de auto-responsabilidad y buena fe, éste último consagrado en el art. 7 del Código Civil. El error es inexcusable cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular, pero esa diligencia, sigue señalando la jurisprudencia, 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 pues la función básica del requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida en la declaración (sentencias, entre otras, de 4 de enero de 1982, 6 de febrero de 1998, 30 de septiembre de 1999, 26 de julio y 20 de diciembre de 2000, 12 de julio de 2002, 24 de enero de 2003 y 17 de febrero de 2005).

En el presente caso, analizando toda la prueba obrante en autos, el Juzgador da por demostrado y probado que la causa de nulidad alegada en cuanto al error en el consentimiento alcanza las características de <<esencial>> y <<excusable>> lo que de plano justifica la declaración de nulidad solicitada y ello por lo siguiente.

Las pruebas practicadas en el procedimiento han acreditado de forma palmarea que en la fase precontractual y especialmente en lo concerniente a la obligación de facilitar a los potenciales clientes toda la información relativa al producto, la parte demandada no cumplió con las obligaciones que tal y como anteriormente se ha indicado pesan sobre la misma. Así, la actuación irregular de la entidad bancaria no ofrece dudas desde el momento en que no cumplió con las exigencias contenidas en la cláusula séptima de las condiciones generales que llevan por rúbrica <<información sobre los clientes>>. En la citada cláusula contractual, la parte demandada, sin exclusión de ningún tipo, se obliga a realizar el test de idoneidad a todo cliente, en aras precisamente a obtener información sobre los conocimientos y experiencia de los potenciales clientes en el ámbito de la inversión que van a acometer, o en aras a orientarles sobre cual o cuales productos son más atractivos a sus necesidades. Siendo ello así, resulta, que en el caso de autos, pese a que en la contestación a la demanda se hace hincapié en el cumplimiento de tal obligación en lo relativo a ambos contratantes, - incluso en la página quinta de la contestación a la demanda se habla de clientes con titulación superior, al menos la Sra. E., insistiendo en la realización de los correspondientes test -, únicamente consta aportado como documento nº uno el test realizado al Sr. T., siendo significativa la respuesta que sobre la ausencia del test en lo relativo a la Sra. E. dio el Sr. J. M. A., empleado de la demandada que intervino en la negociación, quien afirmó que <<a S. sólo la vio una vez en lo relativo a esta operación y no le hizo el test de conveniencia porque cree que al ser Médico y tener una cultura media le da para saber lo que contrata>> afirmación que huelga cualquier comentario al respecto y que deja bien a las claras que al menos en lo concerniente a la Sra. E. la demandada no cumplió con sus obligaciones en lo concerniente a la información que debía facilitar a la misma tal y como así venía obligada por mor del contenido de la cláusula quinta de las condiciones generales del contrato, <<información previa al cliente>>, donde se contiene todo lo relativo a las características del producto contratado, costes, riesgos, gastos etc, como en lo relativo a la obligación de realizar el famoso test de conveniencia ya aludido, y recogido en la cláusula séptima, lo que por sí ya conllevaría la estimación de la demanda.

A mayor abundamiento, por lo que respecta al Sr. T., si bien consta aportado a los autos el test de conveniencia realizado al mismo, se ha puesto en duda la veracidad de la firma que aparece en el mismo, y en cierta manera se entiende su posición dado que tal y como reconoció el testigo Sr. A., nos encontramos ante una test con preguntas predeterminadas, lo cual ya choca con la buena praxis que se le debe exigir a toda entidad bancaria, dado que no todos los clientes obedecen al mismo perfil, debiendo exigírsele que adecue los interrogantes plasmados en el test a las características del cliente, o al menos que de utilizar preguntas

predeterminadas, las respuestas a las mismas sean plasmadas por el cliente y no por la propia entidad bancaria resguardada bajo el paraguas de que ello nace de un sistema informático, máxime, cuando la firma plasmada en tan importante documento acontece generalmente, como ocurrió en este caso – 11 de junio – cuando se presenta a la firma del cliente toda la documentación que hace nacer el contrato. Sobre éste particular, es significativo como en todos los apartados de los documentos aportados por la demandada donde tenía que plasmar la Sra. Estrada su firma, aparezcan marcados con una cruz, revelando que únicamente se exigió de la misma la firma sin previamente haberle explicado nada sobre el producto a contratar.

Y si todo lo manifestado no fuese suficiente, resulta, que en el acto de la vista, el Sr. A., reconoció cómo el capital entregado por los actores <<era líquido al año, y se podía recuperar>>, posicionándose hacia la tesis mantenida en la demanda, dado que ello ocurre en las imposiciones a plazo fijo y no en las obligaciones subordinadas con plazo estanco de diez años con posibilidad de amortizar a los cinco como reza el documento nº uno, si bien el testigo alude a un supuesto <<cambio de regulador por la comisión correspondiente>> que hace que a los clientes que pretendan recuperar el capital se les ofrezca no el dinero depositado sino un préstamo con unas características concretas, lo que de ser cierto supone una modificación unilateral de las condiciones del contrato que en modo alguno puede ser aceptado.

Por todo ello, la demanda debe ser estimada y por tanto declarada la nulidad del contrato celebrado entre las partes, con la consiguiente restitución de la cantidad que se derive de la nulidad declarada, más los intereses legales desde la fecha de la interpelación judicial y hasta la presente sentencia, de conformidad con lo previsto en los art. 1100 y 1108 del C.c, y desde la misma y hasta el completo pago los previstos en el art. 576 de la LEC.

CUARTO.- En cuanto a las costas procesales, al haberse producido una estimación de la demanda, de conformidad con lo establecido en el artículo 394 de la LEC, en relación al criterio del vencimiento, las costas se imponen a la parte demandada.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación, así como la jurisprudencia reseñada.

FALLO

Que ESTIMANDO INTEGRAMENTE la demanda presentada por el

Procuradora de los Tribunales D. Ramón Blanco González, en la representación que tiene encomendada, se declara la nulidad del contrato de adquisición de "obligaciones subordinadas Cajastur" firmado por los actores en fecha 18 de mayo y 11 de junio de año 2009, con restitución de la cantidad que se derive de la citada nulidad, más los intereses legales desde la fecha de la interpelación judicial y hasta la presente sentencia y desde la misma y hasta el completo pago los previstos en el art. 576 de la LEC, así como al pago de las costas procesales.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de Apelación en el plazo de veinte días, desde su notificación, ante éste Juzgado del que conocerá, en su caso, la Ilma. Audiencia Provincial de Asturias, debiendo en tal caso las partes proceder a consignar un depósito de 50 euros de conformidad con lo establecido en el apartado 9 de la Disposición Adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial , introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre.

Así, por esta mi sentencia de la que se expedirá testimonio para su unión a los autos, lo pronuncio mando y firmo.