



Roj: **SJPI 174/2019** - ECLI: **ES:JPI:2019:174**

Id Cendoj: **41091420032019100002**

Órgano: **Juzgado de Primera Instancia**

Sede: **Sevilla**

Sección: **3**

Fecha: **31/10/2019**

Nº de Recurso: **600/2017**

Nº de Resolución: **252/2019**

Procedimiento: **Procedimiento Ordinario. Contratación (Art. 249.1.5 LEC)**

Ponente: **CELIA BELHADJ BEN GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI 174/2019,**
AAJPI 8/2019

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO 3 DE SEVILLA

CALLE VERMONDO RESTA Nº 2 -2ª PLANTA

Tlf.: 600157925. Fax: 955043018

Email:

NIG: 4109142C20170018330

Procedimiento: Proced. Ordinario (Contratación -249.1.5) 600/2017. Negociado: 4

Sobre: Contratos en general

De: D/ña. Eladio y Constanza

Procurador/a Sr./a.: SILVIA DE CARRION SANCHEZ

Letrado/a Sr./a.: MANUEL ANTONIO FERNANDEZ OSUNA

Contra D/ña.: LIEBERBANK

Procurador/a Sr./a.: MAURICIO GORDILLO CAÑAS

SENTENCIA núm. 252/19

En Sevilla a treinta y uno de octubre de dos mil diecinueve.

Pronuncia la ILTMA. SRA. D^a. CELIA BELHADJ BEN GÓMEZ, MAGISTRADA JUEZ, titular del Juzgado de Primera Instancia número Tres de Sevilla, en el procedimiento de Juicio Ordinario nº 600/17, seguido a instancias de D. Eladio D^a. Constanza, representados por el Procurador/a Sr./a De Carrión Sánchez y asistidos del Letrado/a Sr./a Fernández Osuna, contra BANCO CASTILLA LA MANCHA, S.A representado por el Procurador/a Sr./a Gordillo Cañas y asistido del Letrado/a Sr./a Santos Gutiérrez.

Sobre acción declarativa y reclamación de cantidad.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Procurador/ra Sr./Sra De Carrión Sánchez en la representación indicada y mediante escrito que por turno de reparto correspondió a este juzgado, se presentó demanda de juicio ordinario de fecha 18 de abril de 2017.



SEGUNDO.- La demanda, fue admitida a trámite, tras subsanación de defectos, por decreto de fecha 11 de mayo se dio traslado de la misma a la parte demandada con entrega de copia de la misma y documentos acompañados, emplazándole con apercibimientos legales.

Con fecha 15 de junio el Procurador/a Sr./a Gordillo Cañas en la representación que ostenta en autos, presentó escrito de contestación a la demanda en el que en párrafos separados y numerados solicitaba la desestimación de la misma en los términos que constan.

TERCERO.- Celebrada audiencia previa 10 de enero de 2019, propuesta y admitida la prueba reseñada por practicada el pasado día 18 de octubre. Extendida acta al efecto, quedaron las actuaciones sobre la mesa para dictar sentencia.

Solicitada práctica de prueba testifical como diligencia final, se considera innecesaria.

CUARTO.- En la tramitación del procedimiento se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se ejercita por la actora acción de nulidad de orden de compraventa de bonos ordinarios de Abengoa, S.A. (con código NUM000), en consecuencia, del contrato de adquisición de los mencionados bonos, y de cualquier contrato antecedente o derivado de dicha adquisición en virtud de la teoría de la ineficacia propagada o en cadena.

De forma subsidiaria ejercita acción de reclamación de indemnización al amparo de lo establecido en el artículo 1101 del Código Civil, como consecuencia de los incumplimientos y negligente actuación de la entidad financiera demandada con relación a la comercialización de dicho producto y el resto de conductas descritas en la demanda.

Con carácter previo viene a relacionar la formalización de distintas segregaciones realizadas por la entidad actora.

Los actores desde el punto de vista financiero son inversores minoristas sin experiencia ni conocimientos financieros y con estudios básicos la ocupación profesional del Sr. Eladio fue la de camarero, - actualmente jubilado - y la Sra. Constanza ama de casa. Al efecto aporta la documental 1 a 3, y su perfil claramente conservador siendo clientes de la oficina 6219, sita en ronda capuchinos, agencia urbana 06 de Sevilla, y en la confianza que tenían en los consejos y recomendaciones del personal de la oficina, en particular del director; fueron inducidos adquirir bonos de Abengoa 2016. Explicándoles que se trataba de un producto con rentabilidad, pero seguro, para buenos clientes, con un interés muy bueno, concretamente el 8,5%, sin riesgo, y que además, en el supuesto de que necesitas el dinero, podía recuperarlo en el plazo de 1 o 2 días.

Fue así que aceptaron adquirir dos "Bonos Abengoa" por un valor nominal de 50.000 € el 22 de noviembre de 2010. El precio de compra fue de 98.479,57 €. El único documento que se le entregó fue la orden de "compra de valores". Con un cuadro resumen de la adquisición (único justificante que tienen en su poder) vid documental 4 A, 4 B, y 6. a pesar de que el bono tenía 1 precio de 50.000 € en lo cierto que se retuvo por el producto litigioso 1 total de 98.475,59 € cantidad no coincidente con el valor nominal de los bonos.

En cualquier caso los actores creyeron que se trataba de un producto seguro incluso llegaron a decirles que estaba garantizado por el Banco de España. No se le dio explicación alguna ni de sus características ni sobre el elevado riesgo de este concreto producto ni sobre la posibilidad de incurrir en pérdidas en el capital invertido ni otras circunstancias.

En definitiva no le fue facilitada información detallada ni sobre el producto ni sobre los riesgos que podrían derivarse en caso de mala marcha de Abengoa o de la subordinación respecto de otros acreedores de la compañía, ni sobre la dependencia de las filiales, ni sobre la situación económica que ya en el momento de la adquisición padecía dicha compañía y era conocida por los especialistas en materia financiera, ni de los riesgos que en el propio folleto se explicitaba y que no fue, ni siquiera facilitado los actores.

En otro orden de cosas destaca que se le ha venido cobrando "gastos de custodia" (comisiones) semestralmente, los cuales están pendientes de cuantificar. Sin perjuicio de ello aporta extracto aportado documento número 6 de aparecen los cargos correspondientes a los años 2010 y 2011.

La entidad demandada comercializó los bonos objeto del presente procedimiento incumpliendo absolutamente con las más elementales normas sobre comercialización de productos financieros en concreto reseña el artículo 79 bis de la Ley de Mercado de Valores, guía de actuación para el análisis de la conveniencia y la idoneidad emitido por el departamento de supervisión ESI-ECA el 13 de junio de 2010, guía sobre la prestación de servicio de asesoramiento en materia de inversión emitida por la CNMV, de 23 de diciembre de



2010. Adjunta folleto de emisión de bonos Abengoa con vencimiento en marzo de 2016 en su versión original en lengua inglesa y traducción al español, vid documental 7 y 8.

Seguidamente sume las características del bono según el folleto destacando los puntos que considera de interés.

Sobre la falta de información acerca de los riesgos descritos en el folleto, así como la situación de la compañía y los riesgos que ya se estaba materializando en la época en que se colocó este producto a los actores permiten catalogarlo como producto complejo, acompaña informe pericial como documento número 10 que analiza las características, naturaleza, complejidad y factores de riesgo de los dos bonos emitidos por distintas sociedades del grupo Abengoa con vencimiento el 31 de marzo de 2016 y 2 de mayo de 2018 y con relación al procedimiento que debían seguir las entidades financieras en el proceso de asesoramiento a clientes en las operaciones con dichos productos.

Como complemento de lo expuesto acompaña noticias de prensa y comunicaciones a la CNMV, vid documental número 11 A 62.

Sobre las cuentas anuales de Abengoa, S.A. y el reconocimiento de dicha compañía de que su bono son productos complejos y que su emisión se efectuó para el mercado institucional o profesional aporta cuentas anuales como documento número 63.

Sobre el deber de información de la entidad financiera consiste en protección del inversor, así como legitimación pasiva de la entidad demandada viene a reseñar breves extractos jurisprudenciales que considera de aplicación al caso.

Finaliza el extenso relato con lo sucedido con los bonos colocados a los actores y con la misma compañía Abengoa, S.A. y su grupo de empresas entendiendo que en el presente caso concurre dolo como vicio del consentimiento y causa de anulación del contrato o subsidiariamente, existencia de vicio del consentimiento por error esencial y excusable. De forma también subsidiaria entiende deben ser indemnizados los daños y perjuicios ocasionados que cuantifican el importe de los bonos adquiridos.

La parte demandada adujo en primer término que la acción de nulidad por vicio del consentimiento está prescrita, por cuanto el artículo 1301 del Código Civil establece que sus duración es de 4 años desde la fecha de consumación del contrato, entendiendo que no hay mayor consumación que llevar a cabo la orden de compra de los bonos licitada por los clientes. Invoca al efecto sentencia del Tribunal Supremo de Pleno de 12 de enero de 2015, aunque de no estimarse la caducidad entra en el fondo del asunto.

En cuanto a la comercialización del producto y que le fuera colocado a la actora o se les indujera a la compra, niega que fuere publicitado por la entidad bancaria. Fue la actora quien acudió solicitando la compra de bonos Abengoa 2016. Ésta ya mantenía cuentas de valores, que además traspasaron de otras entidades adjuntando al efecto documento número 1 y 2, donde pueden verse dos cuentas de valores y extracto de cuenta de valores de los demandantes en el que figuran los valores de distintas entidades.

Los demandantes mantenían estas cuentas de valores que aporta como documento número 3 y como consecuencia de su liquidación de sociedad de gananciales, se crearon de nuevo contratos que aporta como documental 4 y 5. El demandante fue siempre calificado como cliente minorista adjunta documento número 7.

Ciertamente los bonos Abengoa eran un producto complejo por lo que se realizó un test de conveniencia suscrito por el demandante que acompaña como documento número 7. Además se entregó carta de advertencia firmada por el demandante que aporta como documento número 8. De ambos se extrae que el "nivel de riesgo era muy alto".

A mayor abundamiento sobre la no comercialización del producto por la entidad bancaria adjunta documento número 9, consulta realizada a CECA en la que los únicos 3 contratos con Bonos Abengoa 2016 son los de dos demandantes y el contrato suscrito por su hija. Siendo que está (titulada universitaria matemáticas) presentó demanda de la que conoce el Juzgado de Primera Instancia número 19 de Sevilla, vid documento número 10.

El debate por tanto no está la complejidad del negocio jurídico sino en el grado de responsabilidad negocial y conocimiento previsible en un consumidor medio; no existiendo dolo o error que vicia el consentimiento de los actores ya que contrataron voluntariamente, a pesar de la advertencia de no conveniencia de la entidad. Además han percibido el 8,5% de rentabilidad, tal como puede apreciarse en el documento número 6 de su demanda, y obtuvieron ingreso por un importe de 3442,50 € el 31 de marzo de 2011 y 30 de septiembre de 2011, cuando se está solicitando la totalidad del invertido.



Respecto a las comisiones cobradas están pactadas en el contrato firmado por los demandantes siendo que la cláusula de comisiones y el contrato de valores no ha sido objeto de nulidad instada por la parte actora, además de ser acciones incompatibles conforme al artículo 71 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Respecto a la petición subsidiaria del pago de daños y perjuicios causados no concurre dolo, negligencia o morosidad, entendiendo que esta segunda petición además ha caducado, el plazo de prescripción es de 5 años según el artículo 1964 del Código Civil

SEGUNDO.- Cuestiones controvertidas.

Es controvertida la prescripción del acción, deber de información del banco. Vicio/error en el consentimiento como causa de nulidad.

TERCERO.- Sobre la prescripción/caducidad de la acción.

El cómputo del plazo no puede tener por dies a quo la fecha de contratación, como postula la demandada, sino el momento en que la parte actora tomó conciencia del error en el que se hallaba y se encontró, por tanto, en condiciones de instar la anulación ejercitando la acción que ahora esgrime.

Esta es la doctrina jurisprudencial de la que se hace eco la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2017 relativa a bonos emitidos por General Motors, en los siguientes términos:

"Esta sala ha tratado la cuestión de la caducidad de las acciones de anulación por error vicio de los contratos relacionados con los productos o servicios financieros complejos y de riesgo en sentencias como las 769/2014, de 12 de enero de 2015 , 376/2015, de 7 de julio , 489/2015, de 16 de septiembre , 435/2016, de 29 de junio , 718/2016, de 1 de diciembre , 728/2016, de 19 de diciembre , 734/2016, de 20 de diciembre , 11/2017, de 13 de enero , y 130/2017, de 27 de febrero entre otras. Se trata por tanto de una jurisprudencia asentada y estable.

En estas sentencias, a las que nos remitimos para evitar extensas transcripciones, hemos declarado que en las relaciones contractuales complejas, como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones positivas o de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error.

... Por tanto, la tesis que fundamenta el recurso de casación formulado, consistente en que el contrato quedó consumado en el momento de su perfección y en ese momento se inició el plazo de cuatro años para ejercitar la acción de anulación, queda descartada, pues no se ajusta a la jurisprudencia de esta sala sobre la fecha inicial del plazo de caducidad de este tipo de acciones.."

El mismo criterio se adopta en cuanto a bonos Abengoa en la sentencia de 3 de abril de 2019 de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Gerona (ROJ: SAP GI 381/2019 - ECLI: ES: APCI: 2019: 381) y su aplicación al caso de autos conduce al rechazo de la caducidad ya que, al interponerse la demanda el 18 de abril de 2017, no habían transcurrido cuatro años desde que, en 2016, la actora dejó de percibir los réditos generados por los bonos, primer evento de que se tiene constancia que forzosamente tuvo que sacarla del error sobre las características del producto financiero que había adquirido.

Por tanto la excepción ha de ser desestimada.

CUARTO.- Sobre la acción de nulidad. Vicio/ error en el consentimiento.

Adujo la demandada que fue la actora la que solicitó el producto, no siendo apto para clientes minoristas, y que no publicitaba el mismo.

En este punto cabe cita de la sentencia entencia 840/2013 de 20 de enero de 2014 del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil que expone lo que es asesoramiento en materia de inversión:

"Como afirma la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C604/2011) , "(l)a cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente" (apartado 53). Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el art. 52 Directiva 2006/73 , que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.4 Directiva 2004/39/CE .."

El art. 4.4 Directiva 2004/39/CE define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como "la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de



inversión , con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros". Y el art. 52 Directiva 2006/73/CE aclara que "se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...)", que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales. Carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público.

Por tanto, el hecho de que los actores en su caso (hecho no probado) hubiesen solicitado información sobre determinados productos no excluye la labor de asesoramiento que debió prestar la entidad bancaria.

La labor de asesoramiento exigía la cumplimentación de un Test de Idoneidad que no fue realizado a D. Eladio , para permitir conocer cuales eran sus objetivos de inversión, duración prevista, perfil de riesgo y finalidad. Sin embargo el texto es estereotipado y falto de contenido a los fines para los que fue realizado. No habiéndose hecho a D^a. Constanza en cualquier caso. Más dudas ofrece la carta de advertencia en la que el producto no le fue recomendado, , vid documento núm. 8 que acompaña a la contestación.

El art. 79 de la Ley del Mercado de Valores prevé que las entidades que presten servicios de inversión deberán comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios y el art. 79 bis exige que la información facilitada sea imparcial, clara, no engañosa.

El art. 64 RD 217/2008 establece que la entidad financiera debe proporcionar una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional", debiendo incluir la descripción "una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas. Cuando sea justificado en función del tipo de instrumento financiero y de los conocimientos y perfil del cliente en la explicación de los riesgos deberá incluirse la siguiente información:

- a) Los riesgos conexos a ese tipo de instrumento financiero, incluida una explicación del apalancamiento y de sus efectos, y el riesgo de pérdida total de la inversión.
- b) La volatilidad del precio de ese tipo de instrumento financiero y cualquier limitación del mercado, o mercados, en que pueda negociarse.
- c) La posibilidad de que el inversor asuma, además del coste de adquisición del instrumento financiero en cuestión, compromisos financieros y otras obligaciones adicionales, incluidas posibles responsabilidades legales, como consecuencia de la realización de transacciones sobre ese instrumento financiero.
- d) Cualquier margen obligatorio que se hubiera establecido u otra obligación similar aplicable a ese tipo de instrumentos.

Las entidades financieras tienen también la obligación de valorar los conocimientos y experiencia en materia financiera del cliente para precisar la información que se le deba proporcionar, y también de emitir en su caso un juicio de idoneidad.

El test de conveniencia, conforme al art. 79 bis 7 de la ley del Mercado de Valores se debe realizar cuando se prestan servicios que no conllevan asesoramiento, esto es, cuando el prestatario del servicio opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada. Mediante el test se obtendrá información del cliente, pues se trata de determinar si el cliente tiene los conocimientos y experiencia para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado y para ser capaz de tomar decisiones con conocimiento de causa.

Por su parte el art. 79 bis 6 Ley del Mercado de Valores prevé el test de idoneidad cuando debe valorarse la idoneidad del producto, y el mismo opera cuando se presta un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras mediante la realización de una recomendación personalizada. El test de idoneidad suma el test de conveniencia a un informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente. Concretamente el art. 72 del RD 217/2008 establece que las entidades que presten el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras deberán obtener de sus clientes, incluidos los potenciales, la información necesaria para que puedan comprender los datos esenciales de sus clientes y para que puedan disponer de una base razonable para pensar, teniendo en cuenta debidamente la naturaleza y el alcance del servicio prestado, que la transacción específica que debe recomendarse, o que debe realizarse al prestar el servicio de gestión de cartera, cumple las siguientes condiciones:

- a) Responde a los objetivos de inversión del cliente en cuestión. En este sentido, se incluirá, cuando proceda, información sobre el horizonte temporal deseado para la inversión, sus preferencias en relación con la asunción de riesgos, su perfil de riesgos, y las finalidades de la inversión.



b) Es de tal naturaleza que el cliente puede, desde el punto de vista financiero, asumir cualquier riesgo de inversión que sea coherente con sus objetivos de inversión.

Cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones a un cliente profesional de los enumerados en las letras a) a d) del artículo 78 bis.3 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, la entidad podrá asumir que el cliente puede soportar financieramente cualquier riesgo de inversión a los efectos de lo dispuesto en esta letra.

Asimismo, la información relativa a la situación financiera del cliente incluirá, cuando proceda, información sobre el origen y el nivel de sus ingresos periódicos, sus activos, incluyendo sus activos líquidos, inversiones y bienes inmuebles, así como sus compromisos financieros periódicos.

c) Es de tal naturaleza que el cliente cuenta con la experiencia y los conocimientos necesarios para comprender los riesgos que implica la transacción o la gestión de su cartera. En el caso de clientes profesionales, la entidad tendrá derecho a asumir que el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios a efectos de lo dispuesto en esta letra en cuanto a los productos, servicios y transacciones para los que esté clasificado como cliente profesional.

Cuando la entidad no obtenga la información señalada en las letras anteriores, no podrá recomendar servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente ni gestionar su cartera.

El art. 74 del RD 217/2008 establece que la información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos enumerados a continuación, en la medida en que resulten apropiados a la naturaleza del cliente, a la naturaleza y alcance del servicio a prestar y al tipo de producto o transacción previstos, incluyendo la complejidad y los riesgos inherentes:

- a) Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que está familiarizado el cliente.
- b) La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el período durante el que se hayan realizado.
- c) El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes.

En consecuencia la entidad financiera estaba obligada a actuar con transparencia ofreciendo información clara y no engañosa. En atención a tratarse de un cliente minorista debía informar sobre la naturaleza y riesgos del producto financiero de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pudiese tomar decisiones de inversión fundadas.

Asimismo, la entidad financiera al tratarse de actividad de asesoramiento debía someter al cliente a un doble test: el de conveniencia que tiene por finalidad valorar los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente para que la entidad financiera pueda conocer sus competencias en materia financiera y determinar si el cliente puede comprender los riesgos del producto o servicios de inversión para adoptar una decisión; y el test de idoneidad, que incluirá un informe sobre la situación financiera del cliente (ingresos, gastos y patrimonio) y sus objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) para recomendarle los servicios que más le convengan.

La carga de la prueba respecto a haber ofrecido a los actores la información necesaria de manera clara y comprensible previa a la suscripción de los bonos recae sobre la entidad financiera, puesto que era ella la obligada a suministrar la información.

En el presente caso, de la documental aportada resulta que a los actores sólo les fueron entregadas las órdenes de compra. La afirmación de la demandada de que en dicha orden de compra ya se informaba de los riesgos no permite considerar que se trate de información precontractual necesaria para asegurarse de que los actores comprendían la naturaleza y riesgos de los bonos Abengoa, puesto que no consta que las órdenes de compra se entregasen con la antelación suficiente a los efectos de que los actores pudieran consultarla y formular las correspondientes preguntas sobre dudas que les surgiesen por la lectura de la documentación facilitada. Todo ello sin entrar a valorar si efectivamente en dichas órdenes de compra se informaba de manera comprensible de las características y riesgos de los bonos Abengoa.

Así, respecto a la trascendencia de la información contenida en el propio contrato de suscripción debe tenerse presente que la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2016 declara que *"la información contenida en los contratos, cuando se trata de un producto complejo, no es suficiente. No basta con que en el contrato se haga mención de que "el titular asume el riesgo de que la rentabilidad final del producto sea negativa y que pueda recibir un importe de devolución inferior al importe principal invertido"*, pues se trata de una advertencia genérica. Es preciso ilustrar los concretos riesgos y advertir cuánto puede llegar a perderse de la inversión y en



qué casos, con algunos ejemplos o escenarios. Dicho de otro modo, en el caso de un inversor no profesional, como eran los actores, no basta con que la información aparezca en las cláusulas del contrato, y por lo tanto con la mera lectura del documento. Es preciso que se ilustre el funcionamiento del producto complejo con ejemplos que pongan en evidencia los concretos riesgos que asume el cliente (Sentencia 689/2012, de 16 de diciembre).

En cuanto a la información que pudo facilitarse oralmente, se desconoce en qué consistió si es que la hubo ya que el único medio de prueba del que se dispone fue la testifical de D. Jose Augusto, quien nada pudo aportar sobre la negociación en la venta. Si se constata que los actores sólo tuvieron 1 cuenta corriente de lazo.

Ya se ha señalado que existió asesoramiento por parte de la demandada y que, si bien se practicó test de conveniencia, se omitió el de idoneidad, lo cual justifica la presunción, que ningún otro medio de prueba enerva en este caso, de que se produjo el error en el consentimiento. A este respecto, conviene recordar la doctrina establecida por la sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014 (ROJ: STS 354/2014 - ECLI:ES:TS:2014:354)

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 producto, como si al hacerlo tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo. La omisión del test que debía recoger esta 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, lleva a 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.

No se ha acreditado que los actores contaran, en el momento de la contratación, con formación ni experiencia inversora que le permitieran tener un conocimiento de las características del producto litigioso. Esto, puesto que recae sobre la demandada la carga de probar lo contrario, conduce a concluir que efectivamente la actora ignoraba el riesgo que entrañaban los bonos salvo que fuera informada por la entidad que se los ofrecía como adecuados para sus circunstancias e intereses.

En lo que concierne al hecho de que la demandante fuera ya titular de otros productos bancarios no desvirtúa lo que se está exponiendo habida cuenta de que no consta que se tratara de productos de características y con riesgos semejantes a los bonos de autos.

No consta pues que se llevase a cabo información alguna, resultando insuficiente el folleto de haberse entregado al cliente.

En informe pericial aportado, vid documento número 10 de la demanda, se concluye en este sentido ya que los bonos no eran simples sino que incorporaban un derecho a favor del emisor para cancelar la emisión anticipadamente, de forma unilateral y sin necesidad de condicionantes previos. La misión estaba dirigida al mercado institucional europeo en un caso y al americano en el otro. El riesgo de ambos era muy elevado por las dificultades financieras que atravesaba el emisor.

Debió realizarse tanto el test de idoneidad como el test de conveniencia y la entidad financiera debía realizar el seguimiento de la inversión que había asesorado, máxime teniendo en cuenta el riesgo de la inversión y la negativa evolución de la situación crediticia del emisor.

No obstante no se ha discutido el carácter complejo del producto sino el conocimiento del actor de la inversión circunstancia que como se ha puesto más arriba no ha sido acreditada no teniendo ningún valor la carta de advertencia de no conveniencia por cuanto la suscripción no es reconocida por la parte o el conocimiento de su contenido. Debiendo darse crédito a esta afirmación a tenor de la documental aportada con la demanda, naturaleza del producto y resultado de la inversión atendiendo al perfil inversor de la parte actora.

Así pues el contrato es nulo por vicio en el consentimiento.

QUINTO.- Consecuencias de la declaración de nulidad del contrato.

Así pues, estando viciado el consentimiento los actores por error, éste supone un vicio que acarrea la nulidad del negocio jurídico toda vez que:

A) Se trata de error excusable, como puntualiza la sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014 (ROJ: STS 354/2014 - ECLI:ES:TS:2014:354):

Al mismo tiempo, la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma



comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente .

B) Además, se trata de error esencial puesto que recae sobre características fundamentales del producto contratados y, en especial, sobre el grado de riesgo que comporta, lo cual reviste una particular trascendencia cuando lo que se está adquiriendo son precisamente productos de inversión.

En lo que atañe a las consecuencias de la nulidad, el art. 1303 del Código Civil dispone que, 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.

SEXTO.- Sobre el pago de intereses.

En cuanto al dies a quo destacaremos la SAP, Civil sección 19 del 03 de octubre de 2019 (ROJ: SAP B 11768/2019 - ECLI:ES:APB:2019:11768) Sentencia: 504/2019 Recurso: 87/2018 y SAP, Civil sección 19 del 02 de octubre de 2017 (ROJ: SAP B 10387/2017 - ECLI:ES:APB:2017:10387)

Asimismo la sentencia del TS de 4 de mayo de 2017 dispone: " 1.ª) Establece el art. 1303 CC que: "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, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes". Y sigue diciendo: "El momento a partir del cual se deben los intereses legales es en todo caso el de la entrega del dinero, por ser ese el momento en el que quien paga realiza la prestación restituible. Habitualmente coincidirá con la fecha de celebración o suscripción del contrato, aunque puede no hacerlo.

Precisamente porque la obligación legal de restituir que impone el art. 1303 Código Civil se dirige a reponer la situación anterior a la celebración del contrato nulo, las partes deben restituirse lo recibido (las cosas que hubiesen sido materia del contrato y el precio) con sus rendimientos (los frutos de las cosas, los intereses del dinero). Por lo que ahora importa, este incremento del precio por la suma de los intereses se explica porque el paso del tiempo desde que se entregó ha supuesto una pérdida de valor para quien pagó y por ello los intereses deben calcularse desde que se hizo el pago que se restituye. La situación no es equiparable al pago de intereses de demora que procede en caso de incumplimiento de la obligación de entrega de una cantidad de dinero, que tienen un carácter indemnizatorio y se deben desde que se reclaman (art. 1108 Código Civil).

La ratio de la regla contenida en el art. 1303 Código Civil y de la interpretación que se ha expuesto es la misma para el precio pagado en otros contratos diferentes a la compraventa (a la que se refieren las sentencias 910/1996, de 12 de noviembre y 81/2003, de 11 de febrero). En consecuencia, declarada la nulidad del contrato por vicio de consentimiento causado por error, la entidad debe intereses legales del capital invertido desde que recibió el dinero.

Asimismo será de aplicación el artículo 576 Ley de Enjuiciamiento Civil, en el momento procesal correspondiente.

SÉPTIMO.- Las costas ocasionadas por el presente juicio han de ser impuestas al demandado vencido, de acuerdo con el vigente artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por todo lo cual, y vistos los preceptos legales citados y los de general aplicación.

FALLO

Que debo estimar y estimo íntegramente la demanda formulada por el Procurador/ra Sr./Sra De Carrión Sánchez en nombre y representación de D. Eladio D^a. Constanza , contra BANCO CASTILLA LA MANCHA, S.A, y en consecuencia debo y en consecuencia debo condenar y condeno a esta última a estar y pasar por la declaración de nulidad de orden de compraventa de Bonos Ordinarios de Abengoa, S.A. (con código ISIN XSO498817542), y en consecuencia del contrato de adquisición de los mencionados bonos, y de cualquier contrato antecedente o derivado de dicha adquisición en virtud de la teoría de la ineficacia propagada o en cadena.

Asimismo la demandada deberá abonar a la parte actora la cantidad de noventa y ocho mil cuatrocientos setenta y nueve euros y cincuenta y siete céntimos - 98.479,57 € -, e intereses en el modo dispuesto en el fundamento de derecho sexto de esta resolución. Los actores deberán poner a disposición de la entidad demandada los bonos, o producto que lo sustituya, cediendo su posición jurídica en el convenio de reestructuración financiera que, con todo lo demás proceda en derecho.

Notifíquese en legal forma la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma podrá interponerse recurso de apelación en el término de VEINTE días a contar desde su notificación ante este



órgano de conformidad con lo dispuesto en el artículo 458 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para ante la Itma. Audiencia Provincial de Sevilla.

Así por esta mi Sentencia, definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.-

PUBLICACION.- Dada, leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Itma. Sra. Magistrada Juez que la dicta, celebrando audiencia pública en el día de la fecha. De todo ello doy fe.-

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ