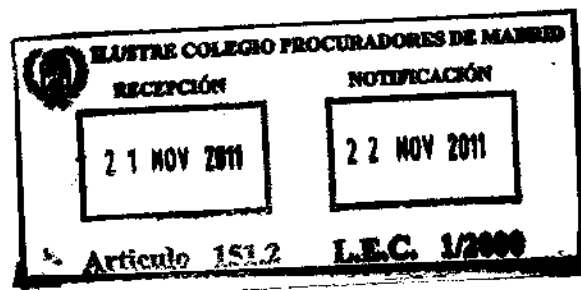


JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 92 MADRID
JUICIO ORDINARIO 1582/10

SENTENCIA



SENTENCIA Nº .

En Madrid a 16 de noviembre de 2011.

Vistos por la Ilma. Sra. Dña. María del Mar Ilundain Minondo, Magistrado titular del Juzgado de 1ª Instancia nº 92 de Madrid, los autos de juicio ordinario n.º 1582/10, promovidos por MARIA MAGDALENA

representada por el Procurador MARIA CONCEPCION PUYOL MONTERO, asistido por el letrado NICOLAS PEREZ SERRANO JAUREGUI y CARLOS LETE ACHIRICA, contra BANKINTER S.A., representado por la Procuradora ROCIO SAMPERE MENESES, asistida por los letrados JOSE LUIS TERRON GUIJARRO y BORJA FERNANDEZ DE TROCONIZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

I.- Por la procuradora Sra. MARIA CONCEPCION PUYOL MONTERO, en representación de MARIA MAGDALENA se presentó demanda de juicio ordinario contra BANKINTER S.A, que fue turnada a este Juzgado procedente del Decanato y en la que, con



base en los hechos y con los fundamentos de derecho que estimaba aplicables, terminaba solicitando, tras la aclaración realizada a instancia del Juzgado, se tuviera por formalizada *"demanda en juicio ordinario contra Bankinter en reclamación de anulabilidad de contrato, con restitución de los frutos, y subsidiariamente de declaración de incumplimiento por Bankinter de contrato de gestión de inversiones materializado en el bono a que se contrae esta demanda con su correspondiente indemnización de daños y perjuicios, se digne admitirla así como, tras los trámites de ley, dictar en su día Sentencia por la que:*

-con carácter principal declare en todo caso inapropiado el asesoramiento realizado por Bankinter a Doña M^a Magdalena respecto a su inversión en un producto estructurado ("Bono Fortaleza-Bono Autocancelable a 8 años") y además se condene a la citada entidad bancaria aquí demandada a devolver a la actora 50.000 € (cincuenta mil euros) que fue la inversión inicial de la demandante; a devolver a la actora las comisiones cobradas con cargo al Contrato de Compra del Bono suscrito con el banco y a restituir a la demandante los frutos obtenidos por el banco y que tienen su origen en la entrega a Bankinter del montante a que ascendía el Bono adquirido por Doña MI Magdalena frutos que deben traducirse, al menos, en el pago de los intereses legales sobre cincuenta mil euros desde el 15 de febrero de 2008 en que su importe fue entregado a Bankinter, condenando por consiguiente a la demandada a tal pago a la actora, y poniendo desde este momento la actora a disposición de Bankinter, lo que hace en este momento de manera solemne, la propiedad del citado Bono, todo ello con expresa condena en costas al demandado, Bankinter y demás pronunciamientos que en Derecho correspondan",

-y alternativamente respecto de lo anterior, y con igual condena en costas para el Banco demandado, declare que ha habido incumplimiento por Bankinter respecto a la actora del contrato de





gestión de inversiones que se materializó en la inversión del Bono "Fortaleza" por 50.000 € (cincuenta mil euros) y, de conformidad con lo que disponen los artículos 1101 y 1106 del Código Civil, condene a Bankinter a indemnizar a la actora 50.000 € (cincuenta mil euros) y los intereses legales sobre dicha cantidad desde el 15 de febrero de 2008 y declarando que la Sra. ha de entregar a Bankinter el reiterado "Bono" estructurado a que se contrae el presente demanda, y demás pronunciamientos que en Derecho correspondan".

II.- Tras examinarse de oficio la jurisdicción y competencia objetiva, así como la territorial, se admitió a trámite la demanda, dando traslado de la misma a la parte demandada a fin de que la contestara en el plazo de veinte días, verificándolo por escrito presentado por la procuradora Sra. ROCIO SAMPERE MENESES, solicitando la desestimación de la demanda, con imposición de costas a la parte demandante.

III.- Convocadas las partes a la audiencia previa al juicio, se celebró con concurrencia de ambas.

En primer lugar, la parte demandante desistió de su pretensión de nulidad contractual con la anuencia de la demandada, manteniendo por consiguiente solo la pretensión relativa a la declaración de incumplimiento por la entidad demandada del contrato de gestión de inversiones existente entre las partes y la indemnización de daños y perjuicios que concretó en la devolución de la inversión inicial de 50.000 euros y los frutos percibidos por el banco, consistentes al menos en los intereses legales de la cantidad de la inversión inicial desde el momento de su entrega a Bankinter.

Tras ser descartado el acuerdo entre las partes, se resolvió sobre las cuestiones planteadas, continuando la audiencia con la proposición y admisión de la prueba.

Solicitándose por ambas partes prueba documental y testifical, se señaló día para la celebración del juicio.





IV.- El juicio se celebró el día 10 de octubre de 2011, compareciendo ambas partes. La parte actora renunció al interrogatorio del testigo D. Miguel Ángel , practicándose la testifical de D^a M^a Lorena con el resultado que obra en autos.

A continuación, las partes formularon ordenadamente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos, exponiendo los hechos relevantes que debían ser tenidos, en cada caso, como probados o inciertos, e informaron sobre los argumentos jurídicos en que apoyaban sus pretensiones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1º.- La demandante, tras la aclaración formulada a instancia del Juzgado y el desistimiento de la acción de anulabilidad realizado en la audiencia previa, solicita una declaración del incumplimiento de la entidad bancaria demandada del contrato de gestión de inversiones concertado entre las partes, en cuya virtud la actora contrató el 15 de febrero de 2008 la compra de un "Bono Fortaleza-Bono Autocancelable a 8 años" por un importe de 50.000 euros, emitido por Lehman Brothers Treasury Co. BV y garantizado por Lehman Brothers Holdings Inc., entidades que se declararon en quiebra el 15 de septiembre del mismo año.

La actora sostiene que la entidad Bankinter incumplió sus deberes contractuales de información y lealtad derivados del contrato de gestión de valores, recomendándole a través de su empleada D^a M^a Lorena la adquisición del Bono citado sin informarle debidamente de los riesgos del producto, pese a ser una persona sin experiencia financiera, ni antes ni el momento de contratar ni en el seguimiento de la evolución del Bono y del mercado, incluso





después del colapso de Lehman Brothers, incumplimiento que ha generado el daño que debe ser indemnizado.

Se señala en la demanda que el folleto publicitario es incompleto y que en el contrato de compra faltan datos esenciales: no describe la naturaleza de la garantía prestada, carece de fecha, se advierte de los riesgos de la inversión pero no se concretan de modo claro y directo y aunque se afirma que en ciertas circunstancias se podría perder hasta un 100% del importe nominal, no advierte acerca del riesgo de quiebra del garante, de hecho de los cuatro "escenarios" contemplados ninguno de ellos cuantifica una pérdida del 100% de la inversión. No se facilitó la documentación básica de la inversión, integrada por el "Base Prospectus" y los "Final Terms", de registro obligatorio en el mercado de valores en el que lo solicita la entidad emisora. También en el seguimiento de la inversión incumplió la demandada su deber de información pues no advirtió a su cliente del incremento de los riesgos de mercado sobre su inversión antes del vencimiento, los extractos bancarios mensuales recogían el valor nominal del Bono, no su valor de mercado. Se afirma la existencia de un verdadero y auténtico contrato de gestión de valores y no de un mero contrato de depósito y administración de cuentas de valores, así como la existencia de un evidente conflicto de intereses con la demandante.

La parte demandada niega todos los extremos de la demanda: sostiene que la actora contaba con información suficiente para comprender y valorar las características del Bono adquirido, con un riesgo de crédito remoto según todas las Agencias de Calificación, y así lo reconoce la CNMV (doc. nº 9 de la demanda); que el daño producido se ha debido únicamente al incumplimiento de las obligaciones de pago de Lehman Brothers a consecuencia de una quiebra imprevisible para la comunidad internacional, lo que imposibilitó que Bankinter informara; alega que la actuación de Bankinter fue correcta en todo momento y la información suficiente, tanto la pre como la contractual; en cuanto a la





información posterior a la compra, al tratarse de un producto de renta fija, y no de renta variable sometido al mercado bursátil, la información del valor nominal es bastante, sin que Bankinter estuviese obligada un seguimiento de las inversiones, al no existir un contrato de gestión de valores. Niega asimismo cualquier conflicto de interés.

2º.- Limitados los términos del debate al supuesto incumplimiento contractual de la demandada, desistida la demandante de la acción de nulidad contractual, es un "prius" determinar el tipo de contrato que les vinculaba y en cuyo ámbito se verificó la compra del Bono Fortaleza. La demandada reconoció de forma expresa en las conclusiones la existencia de un contrato de asesoramiento en materia de inversión previsto en el art. 63.1.g) de la Ley del Mercado de Valores, y ello concuerda no solo con la calificación realizada en el informe de la CNMV sino con las circunstancias del caso, ya que la testigo D^a Lorena empleada de la entidad demandada, relató cómo ofreció a la demandante distintos tipos de productos financieros de los que eligió tres de distinto riesgo, lo que supone que el banco efectúa una labor de asesoramiento que además se incrementa con los clientes que entran en el ámbito de la llamada "Banca Privada" como es el caso de la actora, a tenor de lo recogido en el informe citado. Este contrato supone que el servicio prestado por el banco desde su inicio va más allá de una simple comercialización de valores y supone un asesoramiento con carácter de continuidad.

Esta labor de asesoramiento debe ser personalizada, teniendo en cuenta las circunstancias personales y económicas que concurren en el cliente, y por ello los apartados 6 y 7 del art. 79 bis LMV establecen la obligación por parte de la entidad, en función del tipo de prestación ofrecida, de obtener información sobre el cliente, sus conocimientos y experiencia en el ámbito de la inversión.

En cuanto la carga probatoria del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, la





jurisprudencia de las AP la impone al profesional financiero, cuya diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia sino la específica de un ordenado empresario y representante leal en defensa de sus clientes, lo cual es lógico por cuanto desde la perspectiva de éstos últimos (los clientes) se trataría de probar un hecho negativo como es la ausencia de dicha información (SAP Valencia 26-04-2006).

3º.- Pues bien, se ha admitido tanto por la parte demandada como por la testigo D^a Lorena que, siendo de aplicación la normativa MiFID (Markets in Financial Instruments Directive), trasladada a la legislación española por la Ley 47/2007 y Real Decreto 217/2008, que exige que las entidades que presten servicios de inversión mantengan en todo momento adecuadamente informados a sus clientes, con una información imparcial, clara y no engañosa, debiendo obtener la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente en el ámbito de la inversión correspondiente al tipo de producto para evaluar si el mismo es adecuado a las necesidades de aquél (art. 79 bis de la mencionada Ley y sus concordantes del RD 217/2008), resulta que la entidad demandada no realizó tal investigación. D^a Lorena Palacio reconoció no haber sometido a la actora a los test de conveniencia (diseñado para evaluar los conocimientos y experiencia del cliente para valorar si comprende y asume los riesgos inherentes al producto que va a contratar) e idoneidad (que sirve para encuadrar al cliente dentro de uno de los perfiles de riesgo definidos por la entidad de cara a prestarle el servicio de gestión de carteras o asesoramiento en materia de inversión debiendo para ello recabar información del cliente sobre su experiencia en el ámbito financiero, datos sobre la inversión prevista, su situación financiera y, por último, la comprensión del riesgo). No hay que olvidar que la demandante es un cliente de los denominados por la referida normativa MiFID como minorista





conforme al artículo 78 bis de la LMV, y tiene la condición de consumidor, con la especial protección que ello conlleva.

La completa información que este test proporciona no puede ser suplida por una información verbal ni es admisible como excusa el supuesto conocimiento del perfil de la demandante al ser cliente de la entidad durante veinte años, como afirmó D^a Lorena pues es evidente que el perfil y las expectativas varían en el tiempo y en relación con los distintos productos financieros. No hay que olvidar que un Bono como el de autos es un producto complejo y que no consta que la actora hubiera hecho en ningún otro momento una inversión semejante.

La ausencia de estos test que la normativa vigente exigía indica que la actuación de la entidad demandada fue negligente. El art. 79 bis 6 de la LMV dice claramente "*Quando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, la entidad obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate; sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquel, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan. Cuando la entidad no obtenga esta información, no recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente*". Es la propia Ley la que dice que sin esa información la entidad debe abstenerse de recomendar la inversión al cliente. De modo que, al hacerlo de tal manera, incurrió en un claro incumplimiento de sus deberes legales y contractuales de información frente a su cliente, siendo muy posible que, de haberse valorado el Bono como inadecuado para el perfil de la actora, el banco no lo hubiera recomendado –o no hubiera debido recomendarlo- y la actora no hubiera procedido a su adquisición. Esta deficiente información supone, por tanto, un incumplimiento contractual del artículo 1101 del Código Civil que genera derecho





a indemnización pues el daño, la pérdida del valor de la inversión, es indiscutible.

4º.- La fijación de la cuantía de la indemnización resulta difícil, fundamentalmente porque se ignora si la actora hubiera dado el perfil adecuado para esta inversión de habersele sometido a los test de conveniencia e idoneidad. Pero en cualquier caso se estima que el ofrecimiento de un producto financiero complejo como el Bono sin tener un adecuado conocimiento del perfil de la demandante supone un incumplimiento esencial de las obligaciones que para el banco derivan del contrato de asesoramiento que le vinculaba con la actora por lo que la indemnización debe fijarse en el importe total de la inversión realizada.

Puesto que finalmente se desistió de la acción de nulidad del contrato de compra del Bono y se mantuvo como única acción la de indemnización por incumplimiento del contrato de asesoramiento y gestión de inversiones, no es procedente acordar la entrega del Bono conforme a lo solicitado.

5º.- En cuanto a los intereses, se solicitan los legales desde la fecha de la adquisición del Bono pero, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 1100 y 1108 CC serán de aplicación los legales desde la presentación de la demanda, así como los procesales del art. 576 LEC.

6º.- En cuanto a las costas, la pretensión de la actora se estima en lo sustancial, a pesar de que el objeto de la condena no coincida exactamente con lo solicitado por la actora.

Si bien en materia de costas rige el principio de vencimiento objetivo para los juicios declarativos, la jurisprudencia ha venido declarando que en el supuesto de que no se estimen totalmente las peticiones de la demanda, la regla a seguir debía ser, en principio, la de no hacer condena en costas, salvo temeridad (que





no se aprecia en el presente caso). Pero cuando las pretensiones que no se acogen son meramente accesorias o de escasa entidad respecto de las estimadas, resulta aplicable el criterio de la "estimación sustancial", en cuya virtud cuando el acogimiento de la demanda comprende en gran medida, cualitativa o cuantitativamente, lo postulado, aunque no lo sea totalmente, procede aplicar la norma del vencimiento-"victus victoris"-en costas. (STS de 6 de julio de 2010, SAP Madrid, Sección 20, de 22 de julio de 2010, entre otras muchas).

FALLO

Que estimando la demanda formulada por MARIA CONCEPCION PUYOL MONTERO, en nombre y representación de MARIA MAGDALENA , frente a BANKINTER S.A, declaro que Bankinter SA ha incumplido el contrato de gestión de inversiones que se materializó en la inversión del Bono "Fortaleza" por 50.000 euros y condeno a Bankinter SA a indemnizar a la actora en la cantidad de 50.000 euros, con los intereses legales desde la presentación de la demanda, así como al pago de las costas.

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

Modo de impugnación: mediante recurso de APELACIÓN, ante la Audiencia Provincial, que se interpondrá por escrito presentado ante este Juzgado en el plazo de 20 días hábiles, contados desde el siguiente al de la notificación, previa constitución de depósito





Administración
de Justicia

de 50 euros en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado nº 4153.

PUBLICACIÓN.- Firmada la anterior resolución, es entregada en el día de hoy en esta Secretaría para su notificación dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión a los autos, quedando el original archivado en el Libro correspondiente. Madrid, 17 de noviembre de 2011.



Madrid