

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 4 VALENCIA

Avenida DEL SALER (CIUDAD DE LA JUSTICIA), 14º - 2º
TELÉFONO: 96-192-90-13

N.I.G.: 46250-42-2-2014-0001149

Procedimiento: Asunto Civil 2014

SENTENCIA Nº 36/2015

En la ciudad de VALENCIA, a veintitrés de febrero de dos mil quince.

VISTOS por la Ilma. Sra. D^a BEATRIZ DE LA RUBIA COMOS, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número CUATRO de los de esta Capital, los presentes autos de Juicio Ordinario número sobre acción de nulidad contractual y anulabilidad. promovidos por

representados por el/la Procurador/a D^a Laura Oliver Ferrer y asistida del/la letrado D. Benjamín J. Prieto Clar contra BANKINTER S.A., representado/a por el/la Procurador/a D^a y asistido/a del letrado D.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- El/La Procurador/a D^a Laura Oliver Ferrer en representación de [presenta demanda de juicio ordinario contra BANKINTER S.A. en cuyo suplico interesa:

“Se dicte sentencia declarando la nulidad (o alternatively anulabilidad o nulidad parcial) de las contrataciones de BONO WELCOM USD, señaladas en el cuerpo de este escrito por importe total de CIEN MIL DOLARES (100.000\$), que al cambio en moneda europea de curso legal asciende a la cantidad de SETENTA Y TRES MIL TRESCIENTOS TREINTA EUROS (73.330€) condenándose a la demandada al pago de dicha cantidad con la recíproca restitución de las prestaciones, de forma que por parte de la demandada se abonará a mis representados los 100.000 dólares invertidos a los que habrán de añadirse los intereses legales desde la fecha de la referida suscripción de dicho producto y los actores restituirán el producto recibido, así como los intereses o cupones provenientes de dicho producto a la demandada y que se determinarían en ejecución de sentencia, y todo ello, con expresa condena en costas a la demandada”

Y alega esencialmente los siguientes hechos:

-que la demanda se basa en la colocación engañosa por parte de BANKINTER, al igual que otras entidades, de productos complejos de elevado riesgo para el cliente, instrumentos de difícil comprensión y no adecuados a su perfil

-que el Sr Júdez, cuya profesión es empresario, y su hermana, administrativa, contrataron en

el año 2008 un producto llamado BONO WELCOM USD, comercializado por la demandada, con la que mantienen una estrecha relación, en concreto con el personal de la oficina de Valencia sita en la , teniendo el : abiertas varias cuentas corrientes y contratadas varias hipotecas, y su hermana suscritos varios plazos fijos

-que el Sr : tenía ahorrados una cantidad de dólares lo que motivó una llamada del apoderado de la sucursal, , quien le indicó que se trataba de una inversión errónea porque el dólar iba a desaparecer, ofreciéndole una solución e invitándole a pasar por las oficinas

-que después de dicha llamada y tras una reunión previa en el despacho del actor el Sr acudió a la oficina para cerrar la operación indicándole que iba a multiplicar sus dólares estando el capital depositado 100% garantizado por la entidad francesa Societé Générale, con un 10% de rentabilidad de bienvenida

-que creyó que se trataba de un producto que estaba asegurado y no podía tener pérdidas firmando la orden que no está fechada, el 16-5-2008 siendo el importe invertido 50.000\$

-que llegado el vencimiento del producto se puso en contacto con la oficina para saber el valor del bono siendo su sorpresa el que se le indicaba que perdería un 30% de la inversión, si bien la pérdida alcanzó el 73% del capital invertido

-que reclamó al servicio de atención al cliente pero la demandada no se hizo responsable

-que la contratación de la Sra se realizó por la recomendación del Sr de que su hermana adquiriera también el producto acudiendo la demandante a la sucursal en fecha 23 de mayo de 2008 donde firmó la contratación sin ninguna explicación previa, creyendo que se trataba de un producto seguro y no podía tener pérdidas

-que la información transmitida por la entidad no posibilitó la comprensión del producto que suscribían y no se aseguró la entidad financiera de que el producto se acomodaba a los intereses económicos de los demandantes ocasionándoles serias pérdidas en el capital invertido no siendo ésta la inversión que buscaban los clientes

-aportaba informe pericial justificativo de las características del producto muy diferentes a las que creía estar contratando refiriendo que se trata de un bono estructurado autocancelable anualmente con vencimiento a cinco años y referido a la evolución de las acciones de Telefónica, BBVSA e Iberdrola SA, teniendo una estructura que incluye un producto de renta fija y varios derivados, estando la remuneración final ligada al comportamiento de tales acciones; indicando que presentaban riesgo de crédito, liquidez, de mercado, de divisa y de probabilidad de pérdida y refiriendo que se trata de un producto complejo cuya colocación no puede ser indiscriminada a todos los clientes

-añade que no existió documentación entregada previamente a la suscripción, y que pese a la entregada en el momento de la firma la información facilitada por el empleado hizo hincapié en la buena oportunidad de su contratación omitiéndose por completo que el valor de mercado inicial del producto distaba mucho del 100% al que supuestamente estaba valorado

-que no existió test de conveniencia sino sólo un cuestionario sobre preferencias de inversión, así como que el test realizado por D^a : era de fecha muy posterior a la contratación, añadiendo que la información posterior al contrato fue prácticamente

inexistente

- y entiende por ello la nulidad de la contratación de los productos por error en el consentimiento prestado; haber realizado información engañosa aprovechándose de la relación de confianza con el banco; dolo omisivo; y por la aceptación de hechos ficticios al ser un contrato de adhesión no negociado entre las partes

A estos hechos añade las consideraciones jurídicas sobre el tipo de producto adquirido, el perfil de inversor de los actores y la normativa que considera de aplicación sobre el error en el consentimiento prestado por falta de la debida información y por ello la infracción de la normativa sobre protección del consumidor, condiciones generales de contratación, y la ley del Mercado de Valores con cita de jurisprudencia

Admitida a trámite la demanda compareció BANKINTER contestando a la demanda, oponiendo la excepción de caducidad de la acción y alegando sobre el fondo del asunto, en esencia:

-que D. adquirió el producto financiero con intermediación de BANKINTER el 16 de mayo de 2008 recomendando éste a su hermana la contratación

-que la pérdida de valor se ha debido a la disminución del valor de las acciones de las que depende la rentabilidad del producto habiéndose materializado el riesgo de mercado que estaba debidamente advertido en la documentación firmada

-que según las órdenes aportadas se ofrecían todas las informaciones detalladas de su funcionamiento y claras advertencias de los riesgos asociados al producto indicando expresamente que podría perder hasta el 100% del importe nominal de la inversión, no existiendo error y en todo caso no sería éste excusable

-el cumplimiento por parte de Bankinter de la normativa vigente aplicable al tiempo de la contratación, habiendo sido informados verbal y documentalmente de las características esenciales del producto adquirido por lo que prestó su consentimiento informado, siendo el actor el que tomaba la decisión y por ello asumía el riesgo de la contratación

-que el BONO WELCOM USD está pensado para clientes con un perfil muy determinado como los Sres [redacted] que tenía depósitos en dólares; refiriendo que el producto sólo se ha comercializado en 72 ocasiones existiendo únicamente dos demandas frente a la entidad, una de ellas la que es objeto de esta litis, reprochando la confusión creada en la demanda haciendo referencia a otros tipos de productos y entidades, siendo en este caso BANKINTER mero intermediario entre el emisor (Société Generale) y el/los suscriptor/es (Sres [redacted]) e indicando que durante los años 2005 a 2008 BANKINTER comercializó productos estructurados de 25 emisores diferentes

-que el perfil de los actores no es el de un ahorrador sino de un inversor de perfil moderado, es decir aceptaba un riesgo medio de pérdida a cambio de expectativa de mayor rentabilidad, tal y como sucedía con el BONO en el que Société Generale tenía un rating de solvencia que hacía impensable el riesgo de pérdida del capital invertidos

-que el demandante rellena un cuestionario en el que declaraba expresamente que conoce las características y entiende los riesgos que asume con la contratación de productos de renta fija privada, en la que están incluidos tanto los bonos simples como los estructurados,

siendo el BONO WELCOM USD un producto estructurado, e igualmente reconoce tener experiencia en la contratación de renta fija privada, fondos de inversión y acciones. A ello añade que el actor es empresario, administrador único de dos empresas dedicadas al comercio de prendas de vestir y complementos

-que no existió servicio de asesoramiento ni de gestión de cartera, actuando BANKINTER con un mero contrato de depósito y custodia de valores

-analizaba la naturaleza del BONO como producto estructurado sin capital garantizado y la ficha del producto en la que se recoge toda la información y los riesgos que se asumen llegando a indicar que pueden producirse pérdidas e incluso que el cliente puede perder hasta el 100% del importe nominal de la inversión

-sostenían la debida información postcontractual negando que exista una obligación continuada de informar al cliente sobre las vicisitudes que puedan afectar al valor del activo financiero adquirido

A lo anterior añadía la doctrina de los actos propios de la parte demandante, el perfecto conocimiento que han tenido los titulares respecto de la inversión ordenada, negaban el incumplimiento de la normativa MIFID e impugnaban el informe pericial aportado al ignorar la advertencia de riesgos recogida en la documentación firmada.

SEGUNDO.- Señalado día para la audiencia previa el 25 de junio de 2014 se celebró compareciendo las partes, quienes se ratificaron en sus escritos, solicitaron el recibimiento del pleito a prueba y propusieron prueba.

Como **medios de prueba** propusieron:

Por la parte actora: documental y pericial de D^a Nuria García Pascual

Por la parte demandada: interrogatorio de parte, documental y testifical de D.

El 11 de noviembre se celebraba el acto de juicio, con el resultado que consta en el soporte de grabación y que, en aras a la brevedad se da aquí por reproducido.

Mediante auto de 17 de noviembre de 2014 se acordaba la práctica de diligencia final consistente en la declaración del testigo D. ¹, lo que se practicaba el 27 de enero del corriente, presentando escrito de alegaciones las partes según obra en autos.

TERCERO.-En la sustanciación de los presentes autos se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Cuestiones Generales

Se plantea en este caso acción solicitando la nulidad o anulabilidad de la compra realizada

por los actores del producto BONO WELCOM USD, adquirido por el Sr. [redacted] el 16 de mayo de 2008 y por su hermana sólo unos días después, el 23 de mayo de 2008; y se basa su pretensión en la existencia de error en el consentimiento prestado por incumplimiento del deber de información y falta de veracidad de la información suministrada; vicio del consentimiento prestado por la actuación dolosa de la entidad financiera y de sus empleados omitiendo información; y vulneración de normativa de carácter imperativo.

Partiendo de ello procede dejar al margen las cuestiones alegadas en el hecho previo de la demanda referidas a la mala praxis bancaria en relación con productos diferentes al aquí examinado, clientes con perfil tampoco coincidente con el de los demandantes, e intereses de capitalización de las entidades que tampoco se corresponden con el interés de la entidad demandada en este supuesto, objetivado únicamente en el cobro de comisiones.

Por ello entiende este tribunal que el razonamiento para comprender su decisión debe pasar, tras la fijación de hechos acreditados y la resolución de la excepción de caducidad opuesta, por el análisis de cuatro cuestiones esenciales:

- la naturaleza del producto adquirido por los actores

- su perfil de inversor

- el tipo de relación existente entre la entidad demandada y sus clientes,

- y en función de ello analizar si la información facilitada fue suficiente para obtener un consentimiento informado en el cliente

Es conveniente recordar, como conocen las partes, que según tiene declarado ya la jurisprudencia del TS, en su sentencia de **17 de julio de 2006** con amplia cita de precedentes, para que el error sea invalidante se requiere, por una parte, que sea sustancial o esencial, que recaiga sobre las condiciones de la cosa que principalmente hubieran dado motivo a la celebración del contrato, o, en otros términos, que la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen, y precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio atendida la finalidad de éste (Sentencias de 12 de julio de 2002 , 24 de enero de 2003 y 12 de noviembre de 2004); y, además, y por otra parte, que sea excusable, esto es, no imputable a quien los sufre y no susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe, con arreglo a la cual el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración (Sentencias de 18 de febrero y de 3 de marzo de 1994 , que se citan en la de 12 de julio de

2002 , y cuya doctrina se contiene, a su vez, en la de 12 de noviembre de 2004 ; también , Sentencias de 24 de enero de 2003 y 17 de febrero de 2005).Las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 21 de noviembre de 2012 y del 29 de Octubre del 2013 (ROJ: STS 5479/2013) reiteran la doctrina jurisprudencial recogida también en la sentencia AP , Valencia sección 9 del 12 de Junio del 2013 (ROJ: SAP V3372/2013) y la más reciente de 30 de diciembre del 2013 . Esto mismo se indica en **STS de 12/1/2015 N° de Recurso: 2290/2012 N° de Resolución: 769/2014**Procedimiento: CIVIL Ponente: RAFAEL SARAZA JIMENA *“La sentencia del pleno de esta sala num. 840/2013, de 20 de enero de 2014 , recoge y resume la jurisprudencia dictada en torno al error vicio. Afirmábamos en esa sentencia, con cita de otras anteriores, que hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.*

El respeto a la palabra dada ("pacta sunt servanda") impone la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y quien lo sufrió pueda quedar desvinculado. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos, recogidos en la regulación contenida en el Código Civil y en la jurisprudencia dictada en esta materia. Es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración, lo que exige que la equivocación se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

El art. 1266 del Código Civil dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer (además de sobre la persona, en determinados casos) sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261.2 del Código Civil). La jurisprudencia ha exigido que el error sea esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones, respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa (sentencia núm. 215/2013, de 8 abril).

El error invalidante del contrato ha de ser, además de esencial, excusable, esto es, no imputable a quien lo sufre. El Código Civil no menciona expresamente este requisito, pero se deduce de los principios de autorresponsabilidad y buena fe. La jurisprudencia niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que ignoraba al contratar. En tal caso, ante la alegación de error, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida.”

Todo ello puesto en relación con el artículo 1261 del C.c que establece que no hay contrato

sin consentimiento, el artículo 1265 del Código Civil que recoge "será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo", el artículo 1266 dispone que "para que el error invalide el consentimiento debe recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo" y el artículo 1303 del mismo texto legal determina que declarada la nulidad de una obligación los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas con sus frutos y el precio con sus intereses.

Tiene reiterado también la jurisprudencia que aunque la prueba del error compete a la parte que lo alega pues se presume la validez del consentimiento prestado, **en materia de contratación bancaria se invierte la carga de la prueba**, así tiene indicado la SAP Valencia de 12 de julio de 2012 *"En relación con la carga de la prueba del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, y sobre todo en el caso de productos de inversión complejos, ha de citarse la STS Sala 1ª, de 14 de noviembre de 2005 en la que se afirma que la diligencia en el asesoramiento no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes, y, en segundo lugar, la carga probatoria acerca de tal extremo debe pesar sobre el profesional financiero, lo cual por otra parte es lógico por cuanto desde la perspectiva de los clientes se trataría de un hecho negativo como es la ausencia de dicha información.*

Y es esencial traer al caso por último, con relación a la diligencia exigible a todo profesional, superior a la de un buen padre de familia como ya se ha indicado, **la STS de STS, Civil sección 1 del 08 de julio de 2014** (ROJ: STS 2666/2014) Sentencia: 387/2014 | Recurso: 1256/2012 | Ponente: JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA que razona: *"Se dijo, y se mantiene, que la habitual desproporción que existe entre la entidad que comercializa servicios financieros y los clientes, derivada de la asimetría informativa sobre productos financieros complejos, es lo que ha determinado la necesidad de una normativa específica protectora del inversor no experimentado, que tiene su último fundamento en el principio de la buena fe negocial, a la que ya se había referido esta Sala en la STS nº 244/2013, también del Pleno, de 18 de abril de 2013, recurso nº 1979/2011, en la que -aunque dictada en un proceso sobre un contrato de gestión discrecional de cartera de inversión concertado antes de la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva MiFID- se analizó el alcance de las obligaciones del profesional respecto del inversor y en concreto el elevado estándar de información exigible a la empresa que presta el servicio de inversión; ahora, esta Sala debe reiterar en la presente sentencia los criterios de interpretación y aplicación de esa normativa y la incidencia de su incumplimiento en la apreciación de error vicio del consentimiento.*

Conforme a esta línea jurisprudencial, el cliente debe ser informado por el banco antes de la perfección del contrato de los riesgos que comporta la operación especulativa, como consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe que se contienen en el artículo 7 CC, y para el cumplimiento de ese deber de información no basta

con que esta sea imparcial, clara y no engañosa, sino que deberá incluir de manera comprensible información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión y también orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias (art. 79 bis LMV, apartados 2 y 3 ; art. 64 RD 217/2008).

Y Siguiendo a la STS de 12/1/2015 “Pero la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas, no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, de modo que es exigible una mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto, y, por el contrario, es menor cuando se trata de persona inexperta que entra en negociaciones con un experto, siendo preciso para apreciar la diligencia exigible valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta, aunque no haya incurrido en dolo o culpa”

SEGUNDO.- Sobre los hechos acreditados

Ninguna duda hay de que, al menos el , antes de la contratación que es objeto de análisis era cliente de BANKINTER, quien lo tenía incluido dentro de lo que denominaban “Banca Privada” en la que el banco se relaciona con el cliente en cuestiones de inversión a través de un gestor, que como tal da al cliente la opinión del banco en sus posiciones. No negaba la demandada esta relación de cliente en su contestación, aunque discutiera la confianza indicada en la demanda ante el desconocimiento por el actor del nombre de su gestor, que sólo identificaba como “ ”; la documental aportada con información de BANKINTER hace referencia a “Banca personal” y de la declaración de D.

, practicada como diligencia final, resultó con claridad esta relación pues refería que pertenecía entonces a la unidad de banca privada, siendo gestor natural en la oficina de D. , que como gestores explicaban en profundidad y daban la opinión del banco en las posiciones del cliente, dando opiniones, resolviendo consultas e informes a los clientes (3’25” a 4’06” de la grabación). Este testigo manifestaba con referencia a la iniciativa en la contratación, a preguntas de si era de la entidad “hasta cierto punto sí” (5’06”), que los clientes demandan ofertas de inversión (5’51” y ss) y ellos estudian su posición para saber con quien hablan, llegando a indicar, después de negar que gestionara la cartera del actor, que siempre hacía el cuestionario de preferencias de inversión, antes incluso de ser obligatorio porque no puedes “asesorar” a nadie sin saber sus preferencias (7’07”). Con relación a esta concreta contratación no recordaba cómo contactaban, sin descartar que el propio cliente fuera el que acudiera preocupado por su inversión, pero también manifestaba que el era uno de los casos, no muy frecuente, en que su patrimonio financiero estaba invertido en dólares, que en aquella época era preocupante porque sufrían una depreciación muy importante en relación con otras monedas, de modo que su opinión era no ahorrar en \$ ni en otras divisas que no fuera la suya (11’44”), y que por ello estudiaba su posición y le recomendó los productos.

Esta testifical permite entender acreditado el hecho alegado en la demanda de que la iniciativa en contratar este concreto producto fue de la entidad demandada, primero, porque ninguna prueba hay de que fuera el actor el que se dirigiera a BANKINTER preocupado por su inversión en dólares, el propio testigo no lo confirmaba pues no lo recordaba y nada hay que lo justifique, sin que se presenten como testigos a otros empleados de la sucursal que

pusieran de manifiesto que el Sr [redacted] fue el que transmitió su preocupación a la entidad y que por ello le ponían en contacto con el Sr [redacted]; segundo, porque no es razonable considerar que el [redacted], empresario del que no consta tenga especiales conocimientos financieros, solicitara la suscripción de este producto, al ser de difícil conocimiento para persona no experta en inversiones financieras (de hecho BANKINTER reconoce no haber comercializado más que 72 bonos en toda España) y aunque el testigo venía a insinuar que podía conocerlo lo cierto es que en la pericial acompañada con la demanda se justifica que el producto no aparece en la web de la CNMV (página 6) y se le colocaba en el mercado primario; y tercero, porque a la pregunta realizada al testigo de qué otros productos se le ofrecían no daba contestación precisa, indicaba que se le ofrecían otros, que no recordaba(14'25") que normalmente aconsejaban fondos de bajo riesgo o cambiar moneda pero sin que exista constancia escrita de que se ofrecieran otros productos y el actor aceptara finalmente éste tomando así la decisión, que era lo que el testigo sostenía al indicar que la decisión la tomaba el cliente. Y resulta también acreditado por esta misma testifical que las conversaciones se mantenían en términos de disminución de riesgo porque los \$ presentaban riesgo de divisas de modo que no se pretendía modificar la inversión con el objetivo esencial de obtener un mayor rendimiento sino de disminuir el riesgo del capital invertido

Tampoco hay duda de que existieron al menos tres conversaciones entre el [redacted] y [redacted], la primera telefónica según estaban conformes los dos; una segunda, previa a la contratación, en la que se informaba del producto por D. [redacted]; y la realizada ya en el momento de la contratación; pero no existe constancia de que se entregara al Sr [redacted] ninguna información escrita antes de la firma que permitiera al Sr [redacted] analizar el producto y conocer en profundidad sus riesgos, pues no existe documentación precontractual debidamente firmada que justifique esta entrega, (la ficha del producto que se acompaña por las dos partes no está firmada), y aunque el testigo D. [redacted] refería en su declaración que normalmente explicaba el producto teniendo como soporte su ficha (10'49"), que siempre que ha hablado del producto ha tenido a la vista su ficha y que estaba bastante seguro de que se la enseñó y la explicó al Sr [redacted], lo cierto es que en este caso concreto no recordaba que la entregara, de modo que esta sola declaración no permite considerar acreditada esta entrega, pues pudo explicar el producto enseñando la ficha pero sin entregarla al cliente, amén de que la ficha en sí no contiene tampoco la información que se precisaba para poder emitir el consentimiento debidamente informado pues aunque indica la posibilidad de pérdidas éstas aparecen en una leyenda no destacada, con una letra más pequeña, de modo que éstas se diluyen ante lo que se indica en el dorso como "Ventajas", lo que da un apariencia de la dificultad de que aquéllas se produjeran.

Si se justifica que firmó un "Cuestionario de Preferencias de Inversión" con una "información sobre conocimientos y experiencias" fechado el 5/5/2008 y la orden de compra del producto, que no lleva fecha, aunque las partes estaban conformes en que se firmaba el 16 de mayo de 2008, así como que en la firma de la orden ya no se realizaba con el Sr [redacted] sino con otro empleado de la entidad según indicaba también el Sr [redacted] en su interrogatorio, que no se proponía como testigo, por lo que las concretas circunstancias de esta firma quedaron inciertas.

De la documentación resulta acreditado: que la propia entidad reconocía realizar el cuestionario "En cumplimiento de la normativa aplicable en materia de **asesoramientos** sobre productos financieros" según consta al inicio del cuestionario (documento 7.3 de la

demanda); que en los objetivos de inversión del cliente y su perfil de riesgo el Sr Júdez contestaba que el plazo estimado para su inversión era entre 1 y 5 años; el ámbito geográfico en que quería invertir “global”, y su perfil lo consideraba *“Moderado: Acepto un riesgo medio de pérdida a cambio de una expectativa de mayor rentabilidad”* excluyendo marcar el perfil de asunción de riesgo “dinámico” y “agresivo”. Asimismo indicaba tener experiencia y comprender las características y riesgos de “Renta fija privada” marcando con una “x” esta casilla, no las que la siguen como el “bono estructurado” y marcaba también acciones y fondos de inversión, pero no “depósitos estructurados” ni “derivados de mercado organizado” ni “intercambios”, ni “clips tipos de interés” u “otros derivados de cobertura”, por tanto no conocía ni comprendía la naturaleza y riesgos de los productos complejos. Así consta al dorso del documento 7.3 de la demanda.

En la “ORDEN DE CONTRATACIÓN BONO WELCOM USD”, aportada como documento 7.1 de la demanda si se indicaba expresamente y en negrita que *“El cliente en caso de producirse determinadas circunstancias descritas posteriormente podría perder hasta el 100% del Importe Nominal de Inversión”* e igualmente en la última página, 4 se recoge un “AVISO IMPORTANTE SOBRE EL RIESGO DE LA OPERACIÓN” en el que se indica con mayúscula y en negrilla que el producto financiero es de riesgo elevado que puede generar beneficios pero también pérdidas y que “EL CLIENTE MANIFIESTA QUE ES CONSCIENTE DE QUE EN CIERTAS CIRCUNSTANCIAS PODRÍA PERDER HASTA UN 100% DEL IMPORTE NOMINAL DE INVERSIÓN, SIEMPRE DEPENDIENDO DE LA FIJACIÓN DEL PRECIO INICIAL Y FINAL DE LOS SUBYACENTES” añadiendo el riesgo divisa, así como en letra impresa que el cliente reconoce haber sido asesorado sobre el riesgo del producto y sobre “si la inversión en este producto es adecuada para su perfil de inversión”, se marcaba también con un aspa que declara conocer las características del producto y entender sus riesgos y tener experiencia en la contratación de productos de esta naturaleza en los últimos años. No se recoge en esta orden, ni en la ficha del producto, ni consta se informara verbalmente al actor de que en la fecha de contratación del producto en los últimos seis meses anteriores a la contratación los valores sobre los que se estructuraba el bono llevaban unas pérdidas de entre 12-18%, según se constata en el informe pericial aportado con la demanda, ni se indicaba que el valor de mercado del bono entonces era ya del 85’12% según el mismo informe pericial, ni que en ese momento los subyacentes ya se encontraban en una tendencia de bajada; la bajada de las acciones y el inferior precio de mercado del bono que se concluía por la perito, no fue controvertido debidamente por la demandada, quien no presentaba prueba que justificara otra tendencia ni acreditaba que el valor del mercado no fuera del 85’12% según concluía la pericial de D^a Nuria M^a García Pascual. Estos últimos hechos aunque en si son opinables pues la tendencia de bajada del precio de las acciones no necesariamente se ha de entender negativa cuando los tres subyacentes son de entidades de las de mayor capitalización del estado español y se consideraba que no podían bajar mucho más, como indicaba el testigo Sr (26’37” y ss), lo cierto es que debieron informarse de modo claro al actor para que decidiera la contratación con pleno conocimiento del producto que adquiriría, quedando acreditada

Y declaraba el demandante que tras la información dada por el Sr _____ la siguiente reunión en la oficina lo fue sólo para firmar la orden de compra, de modo que aun cuando en la misma se hacen constar riesgos evidentes siendo que el producto se le ofrecía como conveniente por su gestor es razonable considerar que pese a la advertencia de riesgos

no considerara estos como reales, siendo que no se le informaba de la tendencia de los subyacentes y por ello del menor valor del producto ya en el momento de la firma. Consta también que D^a , con la información que le trasladaba su hermano acudía a la oficina de BANKINTER y firmaba la orden de compra del mismo producto, el 23 de mayo de 2008, por el mismo importe, 50.000\$ sin que en ese momento se le hiciera cuestionario alguno de preferencias, pues se le pasaba a la firma tiempo después, el 26/6/2008 y sin que por parte de ningún empleado de la entidad se le informara de riesgos del producto limitándose a darle la orden de compra para que la firmara. Así lo manifestaba en su interrogatorio y ninguna prueba se propuso por la entidad para justificar que se le daba información al firmar la orden, a parte de la constancia escrita de lo recogido en el documento.

Resultaba acreditado, por último que los Sres recibían a la firma de las órdenes el "cupón de bienvenida" del 11% ofrecido, sin que cancelara anticipadamente el bono durante los cinco años, y llegado su fecha de vencimiento tuvieron unas pérdidas del 56% de su inversión, según consta en el informe pericial de D^a Nuria M^a García Pascual que concluye en este sentido, a lo que añade el 17% debida al riesgo de divisas.

TERCERO.-Caducidad

La consideración y el análisis de la anulabilidad de lo actuado por falta de consentimiento exige considerar en primer lugar la posible caducidad de la acción al amparo de lo dispuesto en el artículo 1301 del Código Civil que determina como fecha de inicio del cómputo "desde la consumación del contrato" debiendo considerarse que el mero transcurso del tiempo de duración de la relación contractual en cuanto pueda implicar ratificación de lo actuado requiere tener certeza de que el particular conoció las verdaderas características del producto pues el artículo 1311 del Cc expresamente establece que se entenderá la confirmación tácita "cuando conocimiento de la causa de nulidad y habiendo ésta cesado, el que tuviese derecho a invocarla ejercitase un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo". Así se concluye en la **SAP Valencia, sec. 9^a, S 11-7-2011, n° 298/2011, rec. 280/2011. Pte: Martorell Zulueta, Purificación**, cuyo razonamiento se reitera en las posteriores respecto de otros productos pero aplicable a este supuesto: *"conviene señalar que la Sentencia del 11 de junio de 2003 (Tol 276.114) declara que: " Dispone el art. 1301 del Código Civil que en los casos de error, o dolo, o falsedad de la causa, el plazo de cuatro años, empezará a correr, desde la consumación del contrato, norma a la que ha de estarse de acuerdo con el art. 1969 del citado Código. En orden a cuando se produce la consumación del contrato, dice la sentencia de 11 de julio de 1984 que "es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad del contrato de compraventa, con más precisión por anulabilidad, pretendida por intimidación, dolo o error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones (sentencias, entre otras, de 24 de junio de 1897 y 20 de febrero de 1928), y la sentencia de 27 de marzo de 1989 precisa que "el art. 1301 del Código Civil EDL1889/1 señala que en los casos de error o dolo la acción de nulidad del contrato empezará a correr " desde la consumación del contrato ". Este momento de la "consumación" no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar, como acertadamente entendieron ambas sentencias de instancia, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de*

ambas partes", criterio que se manifiesta igualmente en la sentencia de 5 de mayo de 1983 cuando dice, "en el supuesto de entender que no obstante la entrega de la cosa por los vendedores el contrato de 8 de junio de 1955, al aplazarse en parte el pago del precio, no se había consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó....". Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó que "el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo", y la sentencia de 20 de febrero de 1928 dijo que "la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó". Esto mismo se indica en STS de 12/1/2015 ya citada "Como primera cuestión, el día inicial del cómputo del plazo de ejercicio de la acción no es el de la perfección del contrato, como sostiene la sentencia del Juzgado de Primera Instancia (y no corrige adecuadamente la de la Audiencia) al afirmar que « la consumación del contrato vendrá determinada por el concurso de las voluntades de ambos contratantes ».

No puede confundirse la consumación del contrato a que hace mención el art. 1301 del Código Civil, con la perfección del mismo. Así lo declara la sentencia de esta Sala núm. 569/2003, de 11 de junio, que mantiene la doctrina de sentencias anteriores, conforme a las cuales la consumación del contrato tiene lugar cuando se produce « la realización de todas las obligaciones » (sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1897, 20 de febrero de 1928 y 11 de julio de 1984), « cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes » (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1989) o cuando « se hayan consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó » (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1983).

Y respecto de los contratos de tracto sucesivo, declara la citada sentencia núm. 569/2003 :

« Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó que "el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo", y la sentencia de 20 de febrero de 1928 dijo que "la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó" ».

4.- El diccionario de la Real Academia de la Lengua establece como una de las acepciones del término "consumar" la de « ejecutar o dar cumplimiento a un contrato o a otro acto jurídico ». La noción de "consumación del contrato" que se utiliza en el precepto en cuestión ha de interpretarse buscando un equilibrio entre la seguridad jurídica que aconseja que la situación de eficacia claudicante que supone el vicio del consentimiento determinante

de la nulidad no se prolongue indefinidamente, y la protección del contratante afectado por el vicio del consentimiento. No basta la perfección del contrato, es precisa la consumación para que se inicie el plazo de ejercicio de la acción.

Se exige con ello una situación en la que se haya alcanzado la definitiva configuración de la situación jurídica resultante del contrato, situación en la que cobran pleno sentido los efectos restitutorios de la declaración de nulidad. Y además, al haberse alcanzado esta definitiva configuración, se posibilita que el contratante legitimado, mostrando una diligencia razonable, pueda haber tenido conocimiento del vicio del consentimiento, lo que no ocurriría con la mera perfección del contrato que se produce por la concurrencia del consentimiento de ambos contratantes.

5.- Al interpretar hoy el art. 1301 del Código Civil en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento, no puede obviarse el criterio interpretativo relativo a « la realidad social del tiempo en que [las normas] han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas », tal como establece el art. 3 del Código Civil .

La redacción original del artículo 1301 del Código Civil , que data del año 1881, solo fue modificada en 1975 para suprimir la referencia a los « contratos hechos por mujer casada, sin licencia o autorización competente », quedando inalterado el resto del precepto, y, en concreto, la consumación del contrato como momento inicial del plazo de ejercicio de la acción.

La diferencia de complejidad entre las relaciones contractuales en las que a finales del siglo XIX podía producirse con más facilidad el error en el consentimiento, y los contratos bancarios, financieros y de inversión actuales, es considerable. Por ello, en casos como el que es objeto del recurso no puede interpretarse la "consumación del contrato" como si de un negocio jurídico simple se tratara. En la fecha en que el art. 1301 del Código Civil fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la "actio nata", conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (art. 4:113).

En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la

existencia del error en el consentimiento. Por ello, en 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 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.

No puede aceptarse, pese a la tesis sostenida en la contestación, que BANKINTER actuaba como mero comisionista, en ejecución de la orden dada por el cliente y que por ello el inicio del cómputo del ejercicio de esta acción deba ser el mismo momento de la contratación, pues la entidad bancaria no agota su actuación con esta operación sino que admite que continúa su relación con el depósito del bono en la cuenta de los actores, siendo por tanto una relación más compleja que la de mero comisionista, y desde luego la información facilitada para la firma del producto no puede ser analizada hasta que el cliente resulta perjudicado de modo cierto, momento en que puede entonces conocer y evaluar el cumplimiento o no de las obligaciones del profesional que intervino en la contratación.

CUARTO.-Consecuencias jurídicas

Partiendo de los hechos acreditados procede entrar en las tres cuestiones indicadas por este tribunal para resolver el litigio.

Sobre la naturaleza del bono adquirido están conformes las partes (y se justifica documental y pericialmente) en que el producto que se analiza es un bono estructurado, autocancelable de renta fija, que contiene derivados, opciones financieras tipo barreras de ejercicio o Knock-in para amortización. Así se liga su remuneración final al comportamiento de tres acciones subyacentes (BBVA, telefónica e Iberdrola) con cuatro fechas de observaciones intermedias y una fecha de observación final, existiendo la posibilidad de su cancelación anticipada en cada aniversario si el valor de todos los subyacentes es igual o superior al 95% del precio de la acción en la fecha de emisión, con un cupón diferente según la fecha de cancelación, sólo a instancias del emisor; con una amortización a vencimiento dependiendo de que el valor de todas las acciones sea superior o igual al 95% para el escenario más favorable (un cupón del 90%), que el precio final de todos sea superior o igual al 75% (no se recibe cupón pero no hay pérdida de capital) o que el precio final de alguno de ellos sea inferior al 75% en cuyo caso se recibe un porcentaje del importe nominal.

Es evidente que este producto se trata de un producto complejo, así se cataloga por la CNMV

en la Guía adjuntada como ANEXO III al dictamen pericial, en el que se considera como tal a los bonos estructurados cuyo rendimiento se referencia a la rentabilidad de una cesta de acciones tanto si el nominal está 100% garantizado como si no lo está, y con independencia de que el producto en cuestión cotizara en bolsa de Luxemburgo según se indica también en la orden de compra, pues lo determinante a efectos de la Ley 24/1988 de 28 julio 1988 de Mercado de Valores para catalogar el producto como complejo es que incorpora un derivado y que la liquidación viene determinada por referencia a valores negociables (artículo 79 bis apartado 8^a).

Además de producto complejo puede considerarse de riesgo elevado, al depender su valor del valor de los subyacentes, tres, con su volatilidad implícita al tratarse de acciones, dependiendo también de otros factores como la situación general de los mercados financieros, la evolución de los tipos de interés, la inflación y el ciclo económico, con un plazo de vigencia total de cinco años según se pone de manifiesto en el informe pericial de la demanda y con la dificultad de su colocación en cas de querer desprenderse del mismo por presentar circunstancias adversas.

Sobre el perfil de los actores, se acepta lo firmado por ellos con referencia a un perfil de riesgo “moderado” reconociendo el actor en su interrogatorio que tenía acciones en varias entidades y los dólares que invirtió en esta operación, siendo claro que un perfil conservador con aversión al riesgo no habría aceptado la firma de este producto dada la advertencia de riesgos que incluye la orden de compra y sin que pueda aceptarse la contestación del actor dada en su interrogatorio de que no leyó la orden de compra pues ello le es reprochable, amén de que no resulta tampoco creíble que después de dos conversaciones con el empleado de la entidad no conociera al menos que el producto en su rendimiento estaba referenciado a tres variables, acciones, y que por ello no estaba exento de riesgo. Pero lo que es claro es que los dos actores indicaban a la entidad que su asunción de riesgos era moderado, y en cambio se les ofrecía la adquisición de un producto de riesgo elevado según se recoge en la misma orden de compra.

En cuanto al tipo de relación mantenida con BANKINTER en esta ocasión, tal y como se indica en los hechos probados de esta resolución, ninguna duda hay de que con el Sr Júdez, se trató de una recomendación personalizada en los términos de la **STS de STS, Civil sección 1 del 08 de julio de 2014 antes citada** que considera como tal aquella en la que la entidad toma la iniciativa al ofrecer al cliente una determinada operación razonando: *Para discernir si un servicio constituye o no un asesoramiento en materia financiera -lo que determinará la necesidad o no de hacer el test de idoneidad- no ha de estarse tanto a la naturaleza del instrumento financiero como a la forma en que este es ofrecido al cliente, valoración que debe realizarse con los criterios establecidos en el artículo 52 Directiva 2006/73 que aclara la definición de servicio de asesoramiento financiero en materia de inversión del artículo 4.4 Directiva MiFID, según la doctrina fijada por la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48, S.L. (C-604/2011), conforme a la cual tendrá la*

consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un swap realizada por la entidad financiera al cliente inversor " que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público". Esto es determinante para la resolución del litigio pues siendo la iniciativa de la entidad y la finalidad buscada la disminución de riesgos en la inversión el cliente razonablemente podía considerar que se le ofrecía un producto de menos riesgo que el que ya tenía o, al menos al tener un rendimiento interesante dado el cupón de bienvenida, que el riesgo que se le indicaba como posible en el documento que se le pasaba a la firma no era realmente tal, de modo que, indicando el testigo que le colocaba el producto que se pretendía disminuir el riesgo se le impedía advertir el riesgo real, muy superior al de la inversión que ya tenía al depender la rentabilidad del BONO y la recuperación de lo invertido no sólo del riesgo de divisa sino además de otras variables. El hecho de que se tratara del gestor de banca privada quien le recomendara este producto en concreto, en una labor de asesoramiento de la entidad, permite considerar que la entidad debió extremar su diligencia al informarle del producto, en especial advirtiéndole que no se correspondía con su perfil inversor, así como las condiciones de las subyacentes para que evaluara su probabilidad, y tomara la decisión con pleno conocimiento de causa, no bastando a estos efectos la mera indicación impresa en la orden de que al cliente se le ha informado *"sobre si la inversión en este Producto es adecuada para su perfil de inversión"* cuando no indica si se le advirtió que no era adecuado a su perfil y el testigo que le informaba no le indicaba este desajuste. Todo ello con independencia de que no existiera efectivamente un contrato de gestión de cartera, que se negaba por el testigo al indicar que se habría cobrado por el servicio, pues lo determinante es que el profesional actuaba en su labor de asesoramiento, tomando la iniciativa, sin que se haya probado que se ofrecieran otros productos como indicaba el testigo pues sobre esto no existió prueba bastante.

Según la normativa vigente en la fecha de la contratación, la Ley 24/1988 en su redacción dada por la Ley 47/2007, con independencia del plazo concedido a las entidades para adaptarse a su normativa, las entidades de crédito pueden prestar cuatro tipos posibles de servicios financieros: el servicio de asesoramiento en materia de inversiones, cuando la entidad asesora puntual o regularmente sobre la inversión en determinados instrumentos o productos; el más amplio de gestión de cartera, ya sea discrecional o asesorada; servicios distintos de los indicados, propiamente de comercialización de productos, y los de mera ejecución de órdenes de inversión, siendo diferente la actuación exigida por la Ley 24/1988 en su artículo 79 bis que recoge esta clasificación, pues en los dos primeros exige deba evaluar con carácter previo la idoneidad de las operaciones recomendadas o de la composición de la cartera gestionada, a través del llamado test de idoneidad para que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan, en tanto que en el tercero sólo exige el llamado test de conveniencia con el fin exclusivamente de asegurarse que el cliente es capaz de comprender la naturaleza y riesgos de los productos que ofrece; y en el último caso no se exige a las entidades obtener la información necesaria para evaluar la conveniencia siempre y cuando se trate de un producto no complejo, que el servicio se preste a iniciativa del cliente y que se le informe debidamente que la entidad no está obligada a evaluar su adecuación y que por tanto el cliente no goza de protección alguna.

El régimen de las obligaciones de la entidad además es desarrollado por el RD 217/2008 en sus artículos 60 a 64 siendo esencial destacar que el artículo 62 expresamente obliga a las entidades que prestan servicios de inversión que proporcionen a sus clientes minoristas, incluidos los potenciales, la información sobre los productos con antelación suficiente a la celebración del contrato de prestación de servicios de inversión o auxiliares, o a la propia prestación del servicio lo que exige no sólo la documentación debidamente firmada referida a la información que se facilita al cliente al tiempo de la contratación y los test que se realizan entonces sino la información suficiente en la fase precontractual para tener la seguridad por parte de la empresa de inversión que el cliente minorista toma su decisión con conocimiento de causa. Y la STS de 17/1/2015 ya citada al analizar los deberes de información de las entidades financieras razona: *“La normativa del mercado de valores, incluso la vigente antes de la transposición de la Directiva MiFID, que es la aplicable en este caso por la fecha en que se concertó el contrato, da una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones de cálculo, accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza.*

No se trata de cuestiones relacionadas con los móviles subjetivos de los inversores (la obtención de beneficios si se producen determinadas circunstancias en el mercado), irrelevantes, como tales, para la apreciación del error vicio. La trascendencia que la normativa reguladora del mercado de valores reconoce a la información sobre los riesgos aparejados a la inversión, al exigir una información completa y comprensible sobre tal cuestión, muestra su relación directa con la función económico-social de los negocios jurídicos que se encuadran en el ámbito de la regulación del mercado de valores.

(..)

Tampoco son relevantes las menciones predisuestas contenidas en el contrato firmado por la Sra.

Loreto en el sentido de que « he sido informado de las características de la Unidad de Cuenta... » y « declaro tener los conocimientos necesarios para comprender las características del producto, entiendo que el contrato de seguro no otorga ninguna garantía sobre el valor y la rentabilidad del activo, y acepto expresamente el riesgo de la inversión realizada en el mismo». Se trata de menciones predisuestas por la entidad bancaria, que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento que se revelan como fórmulas predisuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos, como ya dijimos en la sentencia núm. 244/2013, de 18 abril . La normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría

inútil si para cumplir con estas exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predispuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarara haber sido informado adecuadamente. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2014, dictada en el asunto C-449/13 , en relación a la Directiva de Crédito al Consumo, pero con argumentos cuya razón jurídica los hace aplicable a estos supuestos, rechaza que una cláusula tipo de esa clase pueda significar el reconocimiento por el consumidor del pleno y debido cumplimiento de las obligaciones precontractuales a cargo del prestamista.

(...)

Sobre este particular, la sentencia de esta Sala núm. 460/2014, de 10 de septiembre , declaró que en este tipo de contratos la empresa que presta servicios de inversión tiene un deber de informar con suficiente antelación. El art. 11 Directiva 1993/22/CEE , de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, establece que las empresas de inversión tienen la obligación de transmitir de forma adecuada la información procedente « en el marco de las negociaciones con sus clientes ». El art. 5 del anexo del RD 629/1993 , aplicable por razón del momento en que se celebraron los contratos, exige que la información « clara, correcta, precisa, suficiente » que debe suministrarse a la clientela sea « entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación ».

La consecuencia de lo anterior es que la información clara, correcta, precisa y suficiente sobre el producto o servicio de inversión y sus riesgos ha de ser suministrada por la empresa de servicios de inversión al potencial cliente no profesional cuando promueve u oferta el servicio o producto, con suficiente antelación respecto del momento en que se produce la emisión del consentimiento, para que este pueda formarse adecuadamente. No se cumple este requisito cuando tal información se ha omitido en la oferta o asesoramiento al cliente en relación a tal servicio o producto (y en este caso hubo asesoramiento, en tanto que la cliente recibió recomendaciones personalizadas), y solo se facilita en el momento mismo de firma del documento contractual, inserta dentro de una reglamentación contractual que por lo general es extensa.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2014, dictada en el asunto C-449/13 , en relación a la Directiva de Crédito al Consumo, pero con argumentos cuya razón jurídica los hace aplicable a estos supuestos, declara que las obligaciones en materia de información impuestas por la normativa con carácter precontractual, no pueden ser cumplidas debidamente en el momento de la conclusión del contrato, sino que deben serlo en tiempo oportuno, mediante la comunicación al consumidor, antes de la firma de ese contrato, de las explicaciones exigidas por la normativa aplicable.

7.- El deber de información y el carácter excusable del error.

Dijimos en la sentencia de pleno num. 840/2013, de 20 de enero de 2014 , que el incumplimiento por las empresas que operan en los mercados de valores de los deberes de información, por sí mismo, no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes puede incidir en la apreciación del error, y más concretamente en su carácter excusable.

La normativa que rige la contratación de productos y servicios de inversión impone a las empresas

que operan en este mercado un estándar muy alto en el deber de información a sus clientes, no solo a los efectivos, también a los potenciales.

La Ley del Mercado de Valores, en la redacción anterior a la transposición de la Directiva MiFID, que es la aplicable por razones temporales, dedica el título VII a las normas de conducta que han de observar, entre otras, las empresas que presten servicios de inversión. El art. 79 LMV establece como una de las obligaciones de las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el mercado de valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, la de « asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados [...] ». ».

Dicha previsión normativa desarrolla la Directiva 1993/22/CEE, de 10 de mayo, sobre servicios de

inversión en el ámbito de los valores negociables, por lo que ha de interpretarse conforme a dicha directiva. Los arts. 10 a 12 de la directiva fijan un elevado estándar en las obligaciones de actuación de buena fe, prudencia e información por parte de las empresas de servicios de inversión respecto de sus clientes. Tras prever en su art. 11 que los Estados debían establecer normas de conducta que obligaran a las empresas de inversión, entre otras cuestiones, a « informarse de la situación financiera de sus clientes, su experiencia en materia de inversiones y sus objetivos en lo que se refiere a los servicios solicitados [...] ; a transmitir de forma adecuada la información que proceda en el marco de las negociaciones con sus clientes », establece en su art. 12:

« La empresa deberá indicar a los inversores, antes de entablar con ellos relaciones de negocios,

qué fondo de garantía o qué protección equivalente será aplicable, en lo que se refiere a la operación o las operaciones que se contemplen, la cobertura garantizada por uno u otro sistema, o bien que no existe fondo ni indemnización de ningún tipo. [...] »

El alcance de las obligaciones del profesional respecto del inversor es detallado en las normas

reglamentarias de desarrollo de la Ley del Mercado de Valores. El Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, aplicable por razones temporales, que establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Resumidamente, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, solicitando de sus clientes información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión. Especial rigor se preveía en lo relativo a la información que las empresas

debían facilitar a sus clientes (art. 5 del anexo): « 1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos [...]. 3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa,¹⁶ suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los

efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos .»

La Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 25 de octubre de 1995, que desarrollaba

parcialmente el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo de 1993, establecía en su art. 9 : « Las entidades deberán informar a sus clientes con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones.

Dicha información deberá ser clara, concreta y de fácil comprensión para los mismos».

El incumplimiento por la demandada del estándar de información sobre las características de la inversión que ofrecía a sus clientes, y en concreto sobre las circunstancias determinantes del riesgo, comporta que el error de la demandante sea excusable.

Quien ha sufrido el error merece en este caso la protección del ordenamiento jurídico puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba y asesoraba. Como declaramos en la sentencia de pleno núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014 , «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 ».

Cuando no existe la obligación de informar, la conducta omisiva de una de las partes en la facilitación de información a la contraria no genera el error de la contraparte, simplemente no contribuye a remediarlo, por lo que no tiene consecuencias jurídicas (siempre que actúe conforme a las exigencias de la buena fe, lo que excluye por ejemplo permitir, a sabiendas, que la contraparte permanezca en el error). Pero cuando, como ocurre en la contratación en el mercado de valores, el ordenamiento jurídico impone a una de las partes un deber de informar detallada y claramente a la contraparte sobre las presuposiciones que constituyen la causa del contrato, como es el caso de los riesgos en la contratación de productos y servicios de inversión, y le impone esa obligación con carácter previo a la celebración del contrato y con suficiente antelación, lo que implica que debe facilitar la información correcta en la promoción y oferta de sus productos y servicios y no solamente en la documentación de formalización del contrato mediante condiciones generales, para que el potencial cliente pueda adoptar una decisión inversora reflexiva y fundada (art. 12 Directiva y 5 del anexo al Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo), en tal caso, la omisión de esa información, o la facilitación de una información inexacta, incompleta, poco clara o sin la antelación suficiente, determina que el error de la contraparte haya de considerarse excusable, porque es dicha parte la que merece la protección del ordenamiento jurídico frente al incumplimiento por la contraparte de la obligación de informar de forma veraz, completa, exacta, comprensible y con la necesaria antelación que le impone el ordenamiento jurídico.

Tampoco puede acogerse el argumento de que los empleados de Banco Santander estuvieron dispuestos a responder cuantas preguntas se les formularon. Como ya

declaramos en la sentencia núm. 244/2013, de 18 de abril, la obligación de información que establece la normativa legal del mercado de valores es una obligación activa, no de mera disponibilidad. Es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, no sus clientes, inversores no profesionales, quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional. El cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante.

En este caso además de que no debió ofrecerse tal producto al actor siendo que no se ajustaba a su perfil inversor, debió advertirse previa y suficientemente al Sr. [redacted]; de que al adquirir el BONO asumía un riesgo superior al del producto que ya tenía, poniendo en su conocimiento ya en ese momento el comportamiento de las variables que incluía el bono; y debió indicarse por la entidad que tal producto no era idóneo para su perfil y objetivos de inversión, no recomendando su contratación al actor ni a su hermana.

Podría, por último, cuestionarse la excusabilidad del error en cuanto que el actor no leyó la orden de compra según reconocía en su interrogatorio, de modo que aun cuando en este documento se añadiera alguna advertencia nada le habría aportado, pero lo determinante no es ese momento que se producía como mero trámite tras la información ya dada, según indicaba el Sr. [redacted] en su interrogatorio sin que la entidad bancaria acreditara otra cosa, sino la fase previa de información y análisis del perfil del cliente. E igualmente podría objetarse que el actor, al firmar la orden para adquirir un producto de riesgo pudo preguntar al empleado de la sucursal que intervenía en la operación de la firma si le era o no conveniente, pero lo determinante vuelve a ser, a juicio de este tribunal, la información previa facilitada por parte del que se presentaba como gestor de banca privada ofreciendo un producto, más ventajoso para disminuir el riesgo de divisas del que ya tenía.

QUINTO.-Elvicio en el consentimiento del actor arrastra al prestado por su hermana a la que por parte de la entidad tampoco se cuidaba de dar información alguna, pese a que solicitara ella directamente el producto y la declaración de nulidad que lleva consigo impone la restitución de los títulos, con la condena de BANKINTER a devolver el dinero invertido en su adquisición, con los intereses legales desde que se invirtió el dinero, deduciendo lo cobrado por el cupón recibido, según lo solicitado en la demanda en aplicación del artículo 1303 del C.c que impone que deban restituirse recíprocamente las cosas del contrato con sus intereses, con la consiguiente retroacción ex tunc para que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al contrato que se anula, siendo de aplicación, en su caso, el artículo 577 de la LEC.

SEXTO.-Se imponen costas a la parte demandada conforme al artículo 394 de la L.E.C.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación

FALLO

Que **ESTIMANDO** como estimo íntegramente la demanda interpuesta por la representación procesal de

[contra **BANKINTER S.A** debo declarar y declaro la nulidad de las contrataciones de **BONO WELCOM USD**, objeto de esta litis por importe total de **CIEN MIL DOLARES (100.000\$)**, condenándose a la demandada al pago de dicha cantidad con la recíproca restitución de las prestaciones, de forma que por parte de la demandada se abonará a los actores los 100.000 dólares invertidos a los que habrán de añadirse los intereses legales desde la fecha de la referida suscripción de dicho producto y los actores restituirán el producto recibido, así como los intereses o cupones provenientes de dicho producto a la demandada y que se determinen en ejecución de sentencia, y todo ello, con expresa condena en costas a la demandada.

Notifíquese la presente a las partes haciéndoles saber que la misma no es firme, al ser susceptible de ser recurrida en apelación. Tal recurso, del que conocerá la Audiencia Provincial, habrá de ser interpuesto ante este Juzgado dentro del plazo de los veinte días siguientes al de la notificación de la presente resolución, previa consignación de 50 € en la cuenta 4442 0000 040038 14.

Expídase **testimoni**o de la presente resolución por el Sr. Secretario, el cual se unirá a los autos en los que se dictó, llevando su original al libro de sentencias (conforme lo establecido en el artículo 265 de la L.O.P.J.).

Así por esta mi sentencia, Juzgando en primera instancia, que pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el/la Sr/a. Juez 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 VALENCIA , a veintitrés de febrero de dos mil quince .

