

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.º 16 DE VALENCIA
Av. Autopista del Saler, 14 - 4ª Planta (Zona Azul)
(Edificio Ciudad de la Justicia) VALENCIA
TEL: 96-192-90-25 FAX n.º 961929325
N.I.G.: 46250-42-1-2017-0011026

Asunto Civil 000323/2017

S E N T E N C I A n.º 000041/2018

En Valencia, a 30 de enero de 2018.

Vistos por mí, D. VICENTE DAMIÁ ALVAREZ, Magistrado-Juez de refuerzo del Juzgado de Primera Instancia número 16 de los de esta ciudad, los autos de juicio ordinario seguidos ante este Juzgado y registrados bajo el número 323 del año 2017, promovidos a instancia de [REDACTED] representado por el Procurador de los Tribunales D. Manuel Ángel Hernández Sanchis y asistido por la Letrada Dña. María Dolores Arlandis Almenar contra la entidad Santander, S. A. representada por la Procuradora Dña. Isabel Domingo Boluda y defendida por el Letrado D. Francisco Boldrés Ramos, cuyos autos versan sobre los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por el Procurador Sr. Hernández Sanchis obrando en la indicada representación y mediante escrito que correspondió por turno de reparto, se formuló demanda de juicio ordinario contra la entidad Santander, S. A., en la que tras exponer los hechos y fundamentos derecho

estimaba eran de aplicación, terminaba solicitando que siguiendo los trámites legales previstos en la Ley, incluido el recibimiento del pleito a prueba, se dictara sentencia por la que se estime la demanda, y se declare la anulabilidad de la orden de compra de los valores del denominado certificado cancelable emitido por BNP PARIBAS ARBITRAGE ISSUANCE B. V. ligado a las acciones Fortis y Total de 11 de marzo de 2008 por importe nominal de 70.000 euros, con las consecuencias legales inherentes a esta declaración con restitución recíproca de las prestaciones, condenando a la entidad demandada al pago de los intereses legales desde la fecha de inversión, e intereses procesales, con imposición de las costas a la demandada.

Y de forma subsidiaria, que se declare que la entidad demandada ha incumplido las obligaciones de información, diligencia y transparencia, y en consecuencia se le condene en concepto de daños y perjuicios con el importe de la pérdida sufrida de 58.317,19 euros más los intereses legales, con imposición de las costas a la demandada.

SEGUNDO: Siendo competente este Juzgado, y cumpliendo la demanda los requisitos legales, se admitió a trámite, y se dio traslado de la misma y documentos que la acompañaban a la entidad demandada, emplazándole para que la contestara en el plazo de veinte días.

TERCERO: Dentro del plazo referido se personó la entidad demandada por medio de la Procuradora Dña. Isabel Domingo Boluda que contestó a la demanda con base a los hechos y fundamentos que estimó aplicables, solicitando que se dicte sentencia desestimando la demanda con imposición de las costas a la parte actora.

CUARTO: Se convocó a las partes para la celebración de la audiencia previa con el resultado que consta en las

actuaciones, proponiendo las partes las pruebas que tuvieron por conveniente, admitiéndose las consideradas como pertinentes, y señaló día para la celebración de juicio.

QUINTO: El día de juicio se practicaron las pruebas admitidas con el resultado que consta en las actuaciones, y tras el informe final de cada una de las partes quedaron los autos conclusos para dictar sentencia.

SEXTO: En el presente procedimiento se han observado todas las prescripciones legales, salvo el plazo para dictar sentencia dado el excesivo número de asuntos que pesan sobre este Juzgador.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: La parte actora ejercita, en primer lugar, una acción de nulidad y anulabilidad de forma conjunta, basada en la vulneración de normas imperativas, dolo omisivo o error como vicio del consentimiento sin mucha claridad porque una y otra son totalmente diferentes. Y de forma subsidiaria una acción de responsabilidad contractual con indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de sus obligaciones de información, diligencia y transparencia.

Acciones que recaen sobre una orden de compra de valores, documento número 11 de la demanda, consistente en un certificado cancelable ligado a las acciones Fortis y Total, cuyo emisor es BNP PARIBAS ARBITRAGE ISSUANCE B. V., cuyo importe nominal suscrito es de 70.000 euros con fecha de 11 de marzo de 2008.

Y estos bonos u obligaciones son títulos representativos del préstamo que concede la inversión al emisor, que justamente los emite con el fin de captar fondos directamente de los

mercados financieros. De esta manera el emisor se obliga frente al tenedor, el bonista y obligacionista a devolverle al vencimiento el capital principal con unos intereses o rendimientos, que puede ser fijo anual o bien, como sucede en el de este proceso, un rendimiento cuya determinación se realiza por referencia al valor de un activo subyacente, de ahí que se le denominan como estructurados, porque la obligación de reembolso y de pago del rendimiento está estructurado en función del comportamiento de otros activos.

Y el riesgo de estos productos radica tanto en una posible insolvencia del emisor del bono, cuanto en el riesgo de mercado derivado de la evolución del subyacente, que en este caso son acciones cotizadas en bolsa. Y el propio funcionamiento del bono condiciona la obtención de beneficios a que el comportamiento de todos los títulos que conforman la cesta de valores sea igual o superior a su valor inicial en alguna de las fechas de observación, en este caso anuales. Y si el bono llega a la fecha de vencimiento por no haberse podido cancelar en la fecha de observación, el cliente sufrirá pérdidas relevantes si alguna de las acciones termina por debajo de su nivel inicial.

Se debe traer a colación que los productos estructurados son combinaciones de instrumentos financieros tradicionales y derivados que permiten diseñar operaciones de inversión, financiación o coberturas. Teniendo en cuenta que son emisiones de renta fija privada cuya rentabilidad está ligada a la evolución índices, acciones o cualquier otro activo de referencia o subyacente. De manera que es un producto financiero que puede generar rentabilidad al cliente adquirente en función de la evolución de un índice de referencia, el llamado activo subyacente. Presentando como características más llamativas, que es híbrido en el sentido de que se construye a través de varios instrumentos, pero siempre con la existencia de un activo subyacente cuya evolución marca el destino de la inversión, teniendo en cuenta que este activo

puede estar vinculado a cualquier tipo índice de referencia bursátil, bien acciones, materias primas, IPC, o cualquier otro. Y por último, puede que el capital no esté garantizado al vencimiento del producto.

Por ello, estamos ante un producto complejo y de alto riesgo, principalmente por la capacidad del suscriptor de conocimiento de la existencia de los activos subyacentes de referencia, que van a marcar el destino de la propia inversión.

Como dice la sentencia de 20 de noviembre de 2015 de la Audiencia Provincial de Madrid, el bono es complejo y de elevado riesgo. Su seguridad no depende de la solvencia, potencia, preeminencia y rating de la emisora y de los subyacentes, sino del comportamiento de éstos en el mercado bursátil, de manera que es suficiente que las cotizaciones de los valores descendan el primer año un determinado porcentaje de su precio a una fecha determinada. Y que esa baja se mantenga en las cinco fechas de observación para que dé una inversión a cinco años en donde no se obtenga rendimiento.

Hechas estas precisiones, la parte demandada alega la falta de legitimación pasiva porque dicha entidad actuó como mediadora.

Se debe recordar que la legitimación es un concepto jurídico harto discutido, habiéndose confundido con la cuestión de fondo. Pero a pesar de ello, se debe distinguir entre: la titularidad activa y pasiva de la relación jurídica material deducida del proceso, que se regula por normas de derecho sustantivo. Y la posición habilitante para formular pretensión (legitimación activa) o para que contra una persona se formule (legitimación pasiva) en condiciones de ser examinada por el Juez en cuanto al fondo y pueda procederse a la estimación o desestimación de la pretensión misma, que se regula por normas procesales.

Y en el proceso civil esas posiciones habilitantes no son únicas sino que ha de referirse a varios supuestos, y de ahí que haya diferentes clases de legitimaciones: la ordinaria que puede surgir de las propias relaciones jurídicas, o bien de situaciones jurídicas, y la extraordinaria que puede tener como base un interés privado, interés social o bien público, sin olvidar por último las denominadas legitimaciones por sustitución.

La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2006 dice que: "..... Como tiene declarado la Jurisprudencia, entre las sentencias más recientes la de fecha 23 de diciembre de 2005, la legitimación es una condición jurídica de orden público procesal (por tanto, apreciable de oficio), cuyo cumplimiento se exige al titular del derecho a la jurisdicción para vincular, en un proceso concreto donde ejercite este derecho, al órgano jurisdiccional competente a dictar una sentencia de fondo, sea ésta favorable o desfavorable al sujeto legitimado".

Y sigue diciendo la misma sentencia de 21 de mayo de 2006 que: "..... Como ya explicaba la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1993, antes de la regulación positiva que acerca de la legitimación, contiene la actual Ley de Enjuiciamiento Civil, sin entrar en precisiones doctrinales que están fuera del ámbito propio de esta sentencia, ni con ánimo de solucionar problemas que pueden ser controvertidos, pero con el designio de contribuir al esclarecimiento de las cuestiones que se ventilan debe señalarse: a) que el término legitimación y sus aspectos conceptuales y clases son de elaboración doctrinal y no figuran reconocidos expresa o directamente en la Ley de Enjuiciamiento Civil aunque se refiere a la precedente). b) que en lo que concierne a las especies de "legitimatio ad processum" y "legitimatio ad

causam", se suele hacer coincidir con la primera los conceptos de capacidad procesal o capacidad de obrar procesal, mientras que la segunda, que consiste en la adecuación normativa entre la posición jurídica que se atribuye el sujeto y el objeto que demanda, en términos que, al menos en abstracto, justifican preliminarmente el conocimiento de la petición de fondo que se formula, no porque ello conlleve que se le va a otorgar lo pedido, sino simplemente, porque el juez competente, cumplidos los requisitos procesales está obligado a examinar dicho fondo y resolver sobre el mismo por imperativo del ordenamiento jurídico material, aunque la estimación previa de la excepción sólo se limita a aquellos casos en que sea manifiesta su falta, debiéndose en los otros resolverse con el fondo, d) que, en puridad, no deben confundirse las cuestiones de legitimación con las de representación, ya que en el orden práctico así como la carencia de legitimación es de suyo insanable y por ello no puede ser subsanada, los defectos de representación, en cambio, pueden y deben subsanarse de acuerdo con la doctrina general sobre la subsanación en materia procesal, elaborada por el Tribunal Constitucional, y seguida por esta Sala, en relación, además, con las disposiciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial que invitan a la subsanación (artículo 240-2) o la imponen, de manera general, pues "los Juzgados y Tribunales, de conformidad con el principio de tutela efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española, deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se formulen, y sólo podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuere insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido en las leyes" (artículo 11-3)".

En el presente caso dicha cuestión procesal debe ser denegada, en cuanto que la relación que une al actor con la entidad demandada es de asesoramiento, en cuanto que

consta que se le practicó un test de idoneidad con el fin de realizar recomendaciones personalizadas de inversión, sin que tenga sustento las manifestaciones de la testigo Sra. Irazo, antigua empleada del banco, en cuanto que se hizo dicho test porque era más completo. Evidentemente es la entidad demandada la que interviene como entidad de inversión poniendo a disposición del cliente el producto, que tiene en cartera, y dicho test se realizó para efectuar una recomendación al mismo conllevando un claro asesoramiento respecto al producto contratado, no pudiendo considerarse como mera intermediaria, de manera que la demandada tiene legitimación para ocupar la parte pasiva del procedimiento.

SEGUNDO: Respecto a la primera acción ejercitada, nulidad radical, se debe poner de manifiesto, que independientemente no se ha vertido prueba alguna sobre la vulneración de esa normativa imperativa, en cuanto que la parte actora cita algunas de las normas vulneradas a su entender, este Juzgador entiende que no basta con citar la normas que son aplicables, sino que es necesario desarrollar y concretar que actos u omisiones de la demandada han vulnerado normas imperativas o prohibitivas, la nulidad radical, como absoluta ineficacia, requiere algo más que citar normas, requiere que se despliegue por la actora una cierta actividad probatoria en ese sentido. Y desde ese punto de vista dicha acción de nulidad debe ser desestimada.

En segundo lugar, se ejercita por la actora una acción de anulabilidad basada en el error como vicio en el consentimiento.

Ante esta acción, la entidad demandada se opone alegando que se encuentra caducada al amparo del artículo 1301 del Código Civil, por haber transcurrido con exceso el plazo de cuatro años, invocando la doctrina de la sentencia de 12 de enero de 2015 del Tribunal Supremo, alegando que el cliente

tuvo conocimiento del error mucho antes de la propia presentación de la demanda. Ya que se le explicó el producto y como funcionaba con el documento número cuatro.

Mientras que la parte actora manifiesta que el día inicial para computar la caducidad invocada debe fijarse en la fecha del vencimiento, 11 de mayo de 2013. Este Juzgador entiende que no basta que la demandada alegue el momento en que pudo tener conocimiento cabal del producto, sino que es necesario probarlo, y no consta objetivamente que se entregara al cliente dicha presentación comercial, ni que fuera explicado su funcionamiento de tal manera que tuviera conocimiento erróneo de lo que contrataba en el mismo momento de la suscripción, y es más, si se examina dicho documento es necesario tener conocimientos especiales para poder llegar a comprender lo que verdaderamente se estaba contratando. Por lo que el momento del vencimiento es cuando el cliente se da cuenta de la pérdida sufrida, que es lo que justifica su reclamación, hasta ese momento no se puede saber, por lo que interpuesta la demanda con fecha de nueve de marzo de 2017 la acción de anulabilidad no está caducada, habiéndose interpuesto dentro del plazo de cuatro años del artículo 1301 del Código Civil.

Dicha acción de anulabilidad se sustenta en el error como vicio en el consentimiento, y tradicionalmente se ha venido exigiendo tres requisitos para que el error tenga trascendencia anulatoria:

1-Esencialidad, ello viene exigido de forma expresa y clara en el artículo 1266 del Código Civil, y se ha entendido el Tribunal Supremo en sus sentencias de 4 de enero de 1982 y 12 de febrero de 1985, entre otras, como la existencia de un nexos causal entre el error la finalidad pretendida a través del contrato.

2-Excusabilidad, es decir, que el error no pueda ser salvado con un nivel de diligencia normal, como consecuencia de los

principios de autorresponsabilidad y buena fe de las partes del contrato, sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1996

3-Recognoscibilidad, ello determina que el error pueda ser apreciado de contrario con un nivel de diligencia normal. El Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1960 y 30 de septiembre de 1963, si el error de uno de los contratantes puede ser advertido por el otro, éste tiene que soportar eventualmente la impugnación del contrato por parte del que yerra.

Además, el Tribunal Supremo, sentencia de 21 de noviembre de 2012, dictada en un proceso de productos de inversión, dice que: " que hay error como vicio, cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta, sentencias de 18 de febrero de 1985, 29 de marzo de 1994, 21 de mayo de 1997, entre otras muchas, es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocado o errónea.

Y como complemento de todo ello, las sentencias de 20 de octubre de 2013 y 20 de enero de 2014, ya que como dispone el artículo 1266 del Código Civil para que error invalide el consentimiento debe recaer, además de sobre la persona, en determinados casos sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo para celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato, artículo 1261.2 del Código Civil. Además, el error ha de ser 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 ser la causa concreta o de motivos incorporadas a la causa. Por otro lado, el error ha de ser relevante, excusable. La

jurisprudencia valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que el contrato ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida.

Este vicio del consentimiento se relaciona con la falta de información por parte de la demanda en su función de asesoramiento, que debe entenderse como la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la propia empresa de servicios con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros, teniendo en cuenta que no se considera asesoramiento las recomendaciones genéricas y no personalizadas. Y es el banco el que tiene la carga de acreditar que proporcionó al cliente la información necesaria, pertinente y leal, es decir, por una elemental aplicación del principio de facilidad probatoria, ex artículo 217 de la Ley 1/2000, la carga de la prueba de la información facilitada al cliente corresponde a quién se ampara en la realidad de dicha información. Porque, como ya se ha relatado anteriormente, la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2005, y que reitera las sentencias de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 16 de febrero de 2012 y de Valencia de 26 de abril de 2006, en relación con el "onus probandi" con respecto al correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros la carga probatoria debe recaer sobre el profesional financiero, respecto del cual la diligencia exigible 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, lo que cual por otra parte es lógico por cuando desde la

perspectiva de éstos últimos se trataría de probar un hecho negativo como es la ausencia de información.

Sin olvidar que la sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2013 dice que la entidad bancaria debe comportarse con diligencia y transparencia en el interés de sus clientes, como si fueren los propios, y asegurándose de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados. Y todo ello motivado por la transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 1993/22/CEE de 10 de mayo, sobre Servicios de Inversión en el ámbito de los valores negociables.

Así la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2012, ya puso de manifiesto que en la práctica se suele hacer constar en los contratos que suscriben los consumidores, clientes bancarios o inversores minoristas, manifestaciones formales de haber sido, efectivamente, informados, con lo que se pretende que quede acreditado documentalmente el cumplimiento de las obligaciones legales de información a cargo de las entidades, todo ello en consideración a que, como se expuso en la sentencia de este Tribunal de 16 de febrero de 2010, la carga de la prueba de la correcta información y, sobre todo, en el caso de productos de inversión complejos, corresponde a la entidad financiera, por ser ella quien tiene la obligación legal de informar y por no poderse imponer al inversionista la carga de probar un hecho negativo, la no información.

La inclusión en el contrato de una declaración de ciencia por parte del inversor, y que básicamente, se dice que conoce los riesgos de la operación, no implica siempre que se haya prestado al consumidor, cliente o inversor minorista la

preceptiva información, y no constituye una presunción "iuris et de iure" de haberse cumplido dicha obligación, ni de que el inversor efectivamente conozca los riesgos, último designio de toda la legislación sobre transparencia e información que se ha venido publicando.

Y dentro de los contratos se deben distinguir entre las manifestaciones de voluntad de las declaraciones de ciencia.

La manifestación de voluntad es la exteriorización de un hecho psíquico interno destinado a producir efectos jurídicos de manera que cuando éstos son los queridos por el agente nos hallamos ante una declaración de voluntad. La declaración de ciencia está dirigida a dejar constancia de una serie de hechos, situaciones o características que han de acompañar a la declaración de voluntad para que ésta produzca efectos.

En un contrato suelen incluirse declaraciones de voluntad, como de ciencia, y la vinculación entre unas y otras es normalmente estrecha, puesto que las declaraciones de ciencia iluminan el curso del proceso mental que concluye con la formación de voluntad interna expresada en la correspondiente declaración.

La diferencia entre uno y otro tipo de declaración no radica en que una produzca efectos jurídicos directos y la otra no, puesto que tanto uno como otro tipo de declaración configuran las relaciones jurídicas contractuales e instauran la reglamentación jurídica que ha de regir la conducta de las partes.

Lo que distingue la declaración de voluntad de la de ciencia es que ésta última contiene una referencia a la realidad que la declaración de voluntad no precisa. Una declaración de ciencia es una expresión de que el negocio se ha realizado en un determinado contexto, bajo una determinación situación, o tomando en consideración ciertos hechos.

Esta diferencia entre declaración de voluntad y declaración de ciencia tiene una repercusión en cuanto a los vicios que pueden afectar a una u otra. Así, la declaración de voluntad puede verse afectada por el error vicio de la voluntad que da lugar a la anulabilidad del contrato. En cambio, las declaraciones de ciencia pueden perder eficacia, además de por vicios en el consentimiento, si se demuestra que la correspondencia con la realidad que contienen es inexistente, si el hecho al que se refieren no se dio, si el dato influyente en la conclusión del contrato no existía o era distinto del que se tuvo en cuenta en el momento de celebrarlo.

Y una expresión de lo que se está exponiendo se encuentra en el artículo 89.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los consumidores y Usuarios, que considera como cláusulas abusivas "las declaraciones de recepción o de conformidad sobre hechos ficticios, precepto del que se puede inferir que son nulas las declaraciones de ciencia si se acredita que los hechos a los que se refieren son inexistentes o "ficticios", como expresa literalmente el Texto Legal.

Por ello se debe entender que las declaraciones de ciencia o de "saber" generan una presunción de que la correspondencia con la realidad que indican es cierta, pero que ello no impide que dicha presunción quede desvirtuada si, mediante la

pertinente actividad probatoria desplegada en el proceso, se demuestra que la correspondencia con la realidad es inexistente.

En el ámbito de la protección del consumidor, del cliente bancario o del inversor, la información es considerada por la Ley como un bien jurídico y el desequilibrio entre la información poseída por una parte y la riqueza de datos a disposición de la otra es considerado como una fuente de injusticia contractual. Por ello el legislador obliga al empresario, el banco o la entidad financiera a desarrollar una determinada actividad informativa.

La acreditación de haber desarrollado la actividad informativa legalmente exigida se consigue, en principio, mediante las declaraciones de ciencia que se incluyen en el contrato. Por ello se genera una presunción "iuris tantum" de que se ha desplegado la actividad informativa exigible relativa a la naturaleza de los productos y a los riesgos que supone, pero ello no supone per se que no se pueda desvirtuar con prueba en contrario.

La sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2013 dice que la entidad bancaria debe comportarse con diligencia y transparencia en el interés de sus clientes, como si fueren los propios, y asegurándose de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados. Y todo ello motivado por la transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 1993/22/CEE de 10 de mayo, sobre Servicios de Inversión en el ámbito de los valores negociables.

Y siguiendo diciendo el Alto Tribunal que el régimen jurídico resultante de la Ley del Mercado de Valores y de la normativa reglamentaria que la desarrolla, interpretadas a la luz de la letra y de la finalidad de la citada Directiva, de la que son desarrollo, impone a las empresas que actúan en el mercado de valores, y en concreto a las que prestan servicios de gestión discrecional de carteras de inversión, la obligación de recabar información a sus clientes sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de la inversión, y la de suministrar con la debida diligencia a los clientes cuyas carteras de inversión gestionan una información clara y transparente, completa, concreta y de fácil comprensión para los mismos, que evite su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Deben observar criterios de conducta basados en la imparcialidad, la buena fe, la diligencia, el orden, la prudencia y, en definitiva, cuaiadar de los intereses de los clientes como si fueren propios, dedicando a cada cliente el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos, respondiende de este modo a la confianza que el inversor deposita en el profesional en un campo tan complejo como es el de la inversión en valores mobiliarios.

Las indicaciones del cliente sobre su perfil de riesgo y sus preferencias de inversión desempeñan una función integradora del contenido del contrato, por eso es fundamental que al concertar el contrato las preguntas formuladas al cliente para que defina su perfil de riesgo y los valores de inversión que pueden ser adquiridos sean claras, y que el profesional informe al cliente sobre la exacta significación de los términos de las condiciones generales referidas a dicho extremo y le advierta sobre la existencia de posibles contradicciones que

conlleva el bono suscrito con una pérdida consistente teniendo en cuenta el importe nominal de la misma suscripción.

La testigo dice no estaba garantizado porque dependía de un subyacente, era autocancelable y podía cotizarse en el mercado secundario. Y el perito Sr. Álvarez Herrández manifiesta que el producto no estaba garantizado, y también habla un riesgo de crédito del mismo emisor. Manifiesta este perito, como la testigo que había una presentación comercial o folleto informativo, documento 4 de la contestación de la demanda, que le fue explicado al cliente, sin embargo, no consta objetivamente su entrega al mismo no está firmada, ni fechada, independientemente de que requiere ciertos conocimientos para entender el producto, sobre todo los diversos escenarios. Respecto a la orden de suscripción, documento número once de la demanda, dice el testigo que fue firmado por el cliente, hecho que no es negado por la actora, pero desde luego, es un documento repleto de términos y conceptos difíciles de entender si no se tienen conocimientos especializados, y en el mismo documento se reconoce expresamente por la entidad bancaria que es un producto de elevado riesgo, que puede producir pérdidas y no generar rentabilidad.

De las pruebas practicadas no queda acreditado que información precontractual y contractual se proporcionó a la cliente, porque como la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2016, no vale una simple información verbal ofrecida en el momento de la suscripción de la orden, sino que era exigible una obligación previa sobre la naturaleza del producto adquirido y sobre sus riesgos. Porque no es admisible ofrecer un producto complejo y arriesgado a personas sin formación financiera, sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2016, sin unas mínimas

cautelias sobre el perfil inversor, ni las necesarias advertencias sobre los riesgos asumidos al contratar.

No olvidando que la legislación impone a la empresa de servicios de inversión, que la demandada lo es, la de informar a sus clientes con suficiente antelación, y en términos comprensibles, del riesgo de la inversión que éstos llevan a cabo. Es preciso conocer cuáles son sus riesgos, y la empresa de servicios de inversión está obligada a proporcionar una información correcta sobre los mismos, no solo porque se trate de una exigencia derivada de la buena fe de la contratación, sino porque lo impone la normativa sobre el mercado de valores, que considera esos extremos esenciales, y que es necesario que la empresa de inversión informe adecuadamente sobre ellos al cliente.

Trayendo a colación que la normativa del mercado de valores, incluso la vigente antes de la transposición de la Directiva MIFID, 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 estos extremos han de darse a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a que riesgo se asume, de que circunstancias depende y a que operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones accesorias, sino que tienen el carácter 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.

pongan de manifiesto que la información facilitada al cliente no ha sido debidamente comprendida.

Por otro lado, la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2015 dice textualmente que: el que se imponga a una entidad financiera, que comercializa productos financieros complejos, como ocurre en el presente caso, el deber de suministrar al cliente inversor no profesional, supuesto que concurre en este caso, nada se ha demostrado en contrario, una información comprensible y adecuada de tal producto financiero, que necesariamente ha de incluir "orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos", determina y es buena muestra que esta información es imprescindible para que el inversor no profesional pueda prestar válidamente su consentimiento. De tal manera que el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero. La sentencia de 13 de noviembre de 2015 del Tribunal Supremo determina ".... que en los contratos sobre productos financieros complejos y de riesgo, la normativa reguladora del mercado de valores es fundamental para determinar si el error es sustancial y excusable, puesto que se establece para las empresas que operan en el mercado financiero una obligación de información a los clientes con estándares de claridad e imparcialidad muy elevados, y determina que los extremos sobre los que ha de versar tal información, fundamentalmente la naturaleza y riesgos del producto, y posibles conflictos de interés. Por lo tanto, si no se dio dicha información y el cliente incurrió en error sobre estos extremos sobre los que debe ser informado, el error puede considerarse sustancial, pues recae sobre los

elementos esenciales que determinaron la prestación de su consentimiento...

TERCERO: Y en el caso de autos, de las pruebas practicadas, valoradas en su conjunto, se concluye que la entidad demandada no proporcionó a la actora la información suficiente y legible sobre el producto vendido, que debe calificarse como complejo y de riesgo.

Así la testigo Sra. [REDACTED] antigua empleada del Santander, conoce al cliente, y declara que tiene conocimientos financieros porque ha tenido acciones, producto que desde luego no se puede equiparar al bono en cuestión. Llegando a la conclusión que el producto era adecuado al perfil del cliente porque el programa del ordenador lo permitía, conclusión que desde luego no tiene explicación alguna. Reconoce que el producto fue ofrecido a varios clientes, y uno de ellos fue el actor, además dicho producto es para personas con capacidad de riesgo, y es difícil de entender, de manera que es un producto de riesgo con pérdida en la inversión.

El test de idoneidad, documento número nueve de la demanda, no demuestra de ninguna manera que fuera un experto financiero, se debe poner de manifiesto, como ha ocurrido en otros procedimientos sobre bonos y contra la misma entidad, que el test se realiza conjuntamente con el empleado del banco, lo cual puede generar dudas acerca del valor que se le puede dar a un documento relleno, no de forma personal por el cliente, sino junto con el empleado, sin saber las directrices que pueda dar el mismo. Sin olvidar, que el resultado de equilibrado debe ser entendido como que puede asumir un cierto riesgo, no tal alto como el dinámico, pero no dentro de la complejidad y del riesgo tan evidente que

No se trata de cuestiones relacionadas con los móviles subjetivos de los inversores, obtención de beneficios si se dan ciertas circunstancias en el mercado, irrelevantes como tales para la apreciación del error como 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 concreta 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.

En el presente caso, se alega por la demandada que se le informó del producto vendido y de sus riesgos, remitiéndose a la ficha comercial de presentación que no consta que se le entregara, y a la orden de suscripción repleta de términos y conceptos difíciles de entender para personas no profesionales en la inversión de productos complejos. E incluso, aunque se recogieron escenarios lo cierto es que no basta con ello, sino se le explicó al cliente cómo funcionaba el producto y cuáles eran los verdaderos riesgos que encerraba, porque no era un producto garantizado, tampoco era líquido, en el sentido de que había que esperar a su propio vencimiento, y por ello era difícil obtener información fiable sobre el valor de la estructura en el mercado o sobre la magnitud de los riesgos a los que estaba expuesto. Por lo que está claro que estamos ante un producto complejo con evidentes riesgos, y no apto o idóneo para cualquier inversor, y mucho más cuando la actuación del banco entraba dentro de un auténtico asesoramiento, porque aunque es negado por el testigo que ha depuesto diciendo que era un mero intermediario, lo cierto es que se le practicó un test de idoneidad para efectuar recomendaciones personalizadas, como verdaderamente ocurrió, ya que dicho testigo sí que reconoce que dicho producto fue ofrecido a ciertos clientes, de manera que el banco estaba obligado a preocuparse de su

cliente como si el patrimonio de éste fuera suyo, es decir, gestionar los intereses del cliente como si fueran suyos.

En conclusión, dado la complejidad y riesgos del bono no se llevó a cabo una actividad de información clara, legible y personalizada a las características de la cliente, y no se gestionó los intereses de la misma como si fueran propios, solo se buscó el interés del banco en vender dicho producto, que era complejo y con unos evidentes riesgos difíciles de entender para un cliente minorista, y ante esta situación se desprende que hubo error en el momento de la suscripción del producto motivado por una falta de información sobre el mismo, que determinó que la actora comprara dicho producto sin tener un conocimiento real y cabal de lo que suscribía.

CUARTO: La estimación de esta acción de anulabilidad conlleva la aplicación directa del artículo 1303 del Código Civil, en cuanto que las partes deben recíprocamente las cosas que hubieren sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con los intereses, teniendo en cuenta que no se necesita petición de parte para que el Juez declare estas consecuencias, sin que ello suponga una alteración de lo pedido, así lo determina el Tribunal Supremo en las sentencias de 22 de noviembre de 1983, de 24 de febrero de 1992, y de 6 de octubre de 1994, entre otras.

Por lo que la parte demandante deberá devolver el bono adquirido, y la suma en concepto de beneficios generados por dicho bono, en el caso de haberse percibido alguno, y la entidad demandada debe devolver la cantidad de 70.000 euros, importe nominal al que asciende la inversión, más los intereses, que en defecto de pacto deberán ser los legales devengados desde la fecha de la suscripción, 11 de marzo de 2008, hasta su efectivo pago, procediendo si es posible a la

compensación de dichas cantidades, y sin perjuicio, de la aplicación de los intereses procesales previstos en el artículo 576 de la Ley 1/2000, sobre los cuales no hay que hacer pronunciamiento judicial explícito puesto que dicho precepto es de aplicación automática.

QUINTO: Dada la estimación de la demanda, conforme a los criterios del artículo 394 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, las costas se deben imponer a la parte demandada.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Que DESESTIMANDO la demanda interpuesta por el Procurador D. Manuel Ángel Hernández Sanchis en nombre y representación de [REDACTED] contra la entidad Santander, S. A. respecto a la acción de nulidad radical, y ESTIMANDO la acción de anulabilidad por error en el consentimiento, debo DECLARAR Y DECLARO la anulabilidad de la orden de compra de valores con la denominación certificado cancelable ligado a las acciones de Fortis y Total, concretamente un número de 7 certificados por valor unitario de 10.000 euros, por importe nominal total de 70.000 euros con fecha de 11 de marzo de 2008 por la existencia de error en el consentimiento, y debo CONDENAR Y CONDENO a la entidad demandada a restituir a la parte actora la cantidad de 70.000 euros, más los intereses legales desde la fecha de la suscripción hasta su devolución efectiva, más los intereses procesales del artículo 576 de la Ley 1/2000, con

deducción de los rendimientos recibidos por la actora del bono, si se hubiere recibido alguno, más los intereses legales desde su abono en cuenta hasta su efectivo pago, imponiendo las costas de este proceso a la parte demandada.

Notifíquese en legal forma esta resolución a las partes, e indicándoles que no es firme, y que contra ella cabe recurso de apelación, que en su caso, deberá interponerse ante este Juzgado dentro del plazo de 20 días contados desde el día siguiente a la notificación de aquélla, exponiendo las alegaciones en que se basa la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna, de conformidad con el artículo 458, en su redacción efectuada por la reforma de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal.

Para interponer dicho recurso de apelación, de acuerdo con la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre, debe constituirse con carácter previo un depósito de 50 euros ingresándose en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado, debiendo ser acreditado dicho extremo, ya que si no se realiza dicho depósito no se admitirá ningún recurso, sin perjuicio del plazo de dos días que tiene el recurrente para subsanar cualquier defecto, omisión o error en la constitución del referido depósito, y en el caso de no efectuarse la subsanación se dictará auto que ponga fin al trámite del recurso.

Así por esta mi sentencia, de la que se expedirá testimonio para su incorporación a los autos, lo 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 Letrado A. Justicia doy fe, en VALENCIA, a cinco de febrero de dos mil dieciocho .

