

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 25
VALENCIA**

Avenida DEL SALER (CIUDAD DE LA JUSTICIA), 14º - 5º

N.I.G.: 46250-42-2-2012-0018896

Procedimiento: Asunto Civil 000 538/2012 JUICIO ORDINARIO

SENTENCIA Nº 167/13

JUEZ QUE LA DICTA: D/Dª ANA MARIA MESTRE SORO

Lugar: VALENCIA

Fecha: treinta de septiembre de dos mil trece

PARTE DEMANDANTE: () y ()

Abogado:

Procurador: ()

PARTE DEMANDADA BANCO SANTANDER S.A. (BANIF BANCA PRIVADA)

Abogado:

Procurador: ()

OBJETO DEL JUICIO: nulidad contractual y otros

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que por la Procuradora de la parte actora, en la representación que acreditó de la misma, se presentó escrito de demanda en fecha 3 de abril de 2012 que por turno de reparto correspondió a este Juzgado, aduciendo los hechos que constan en autos, y tras alegar los fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, terminó suplicando al Juzgado se dictase sentencia de acuerdo con sus peticiones.

SEGUNDO.- Que admitida a trámite la demanda en fecha 17 de abril de 2012, se acordó el emplazamiento de la parte demandada. Mediante decreto de fecha dos de julio de 2012 ante el fallecimiento acreditado de la codemandante Sraª se tuvo por personada a la Sraª en nombre de la fallecida. Emplazada la demandada, compareció y contestó a la demanda en fecha 11 de julio de 2012, señalándose para la celebración de la audiencia previa el día 13 de noviembre de 2012, que se celebró admitiéndose la prueba propuesta y se fijó el juicio para el día 25 de marzo de 2013, que se suspendió por imposibilidad de la letrada actora, señalándose nuevamente para

el 12 de septiembre de 2013 . Por diligencia de ordenación de fecha 4 de septiembre de 2013 se acordó tener como demandada a la entidad BANCO DE SANTANDER SA en sustitución de BANIF BANCA PRIVADA . El juicio se celebró con el resultado que obra en grabación en soporte informático .

TERCERO.- En la tramitación de estos autos se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente procedimiento se formula por [redacted] en su propio nombre y en el de su madre fallecida [redacted], demanda de Juicio Ordinario contra BANIF BANCA PRIVADA hoy BANCO DE SANTANDER SA, solicitando que se dicte en su día sentencia declarando con carácter principal la nulidad de pleno derecho por vicio del consentimiento de los contratos de compra de julio de 2007, del producto financiero denominado "Bono estructurado autocancelable BNP referido a BBVA y Banco Popular" y ello con las consecuencias legales inherentes a tal declaración; subsidiariamente se declare el incumplimiento por parte de la demandada de la obligación contractual de información, diligencia y lealtad asumida en su día frente a las actoras con ocasión de la inversión por parte de estas en el referido Bono y se declare la resolución de los contratos suscritos por las actoras de dichos productos financieros por incumplimiento por parte de la entidad demandada de las obligaciones de información, diligencia y transparencia, y gestión o administración leal impuestas legalmente y en consecuencia se condene a la entidad demandada al resarcimiento a la parte actora, en concepto de daños y perjuicios, de la cantidad de: [redacted] 227.490€ y [redacted] 113.745€ (extremo aclarado en la audiencia previa), más intereses legales calculados de conformidad con el art 576 de la lec; y en cualquier caso al pago de las costas.

Y ello porque siendo hija y madre respectivamente y de profesión amas de casa, sin específicos conocimientos financieros y sin haber tenido con anterioridad inversiones en productos estructurados ni derivados, en julio de 2007 habiendo percibido una gran cantidad de dinero fruto de una venta acuden a Banif en su condición de profesional experto a fin de invertir en algo seguro y que les diera rentabilidad, y se les entrega una propuesta de inversión (doc 1 demanda), e invierten en el bono litigioso, un pagare del Sabadell y en cartera gestionada de fondos de inversión; que en las ordenes de compra del bono (docs 5 y 6 demanda) no consta fecha, carecen de cualquier requisito exigido conforme a la normativa vigente en ese momento (emisor, denominación, emisión, código isin, tipo de producto, ni precio, extremos que no constan en la propuesta), y se realizó el 26 de julio de 2007, manifestandoles en la entidad financiera que el producto era seguro y diseñado por la propia Banif, no teniendo información relevante sobre el riesgo del crédito ligado al riesgo del emisor, ni del producto contratado; que se les vendió un bono complejo y de alto riesgo en la creencia de

que estaban suscribiendo unos productos similares a los del resto de su cartera conservadora y adecuado a sus necesidades , no considerándola condición suficiente para acreditar experiencia la inversión en acciones o fondos de renta variable ; que se les vendió en el marco de una relación de asesoramiento, se les asignaron asesores y existió una recomendación personalizada , lo que les ha causado un daño, que ha sido el riesgo de mercado , riesgo que nunca fue advertido , que les ha provocado una pérdida económica , cifrada por el perito Sr _____ (informe doc 13 demanda) en un menos 75,83€, lo que corrobora su alto nivel de riesgo .

SEGUNDO.- Pretensión respecto a la cual la entidad bancaria demandada se opone alegando la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda , que previa aclaración por la demandante , se desestimo en la audiencia previa al juicio ; y asimismo la excepción de caducidad de la acción de nulidad ; y en cuanto al fondo se señala que las demandantes pretenden trasladar a Banif mero intermediario de la operación de compra de valores financieros y depositario de los valores adquiridos las pérdidas que creen sufrirán en el momento del vencimiento del producto , de un modo absolutamente inaceptable , tergiversando los hechos , ocultando documentación y tratando de que la demandada afronte las consecuencias eventualmente negativas de sus inversiones especulativas por la sola razón de que parece que no resultarían ser las que esperaban ; que conocían y asumieron libremente las características y riesgos de la inversión que realizaron sin que quepa considerar que sufrieran error alguno y menos esencial y excusable ; que la Sra _____ actuaba tanto en nombre propio como en el de su madre como apoderada , tenía amplia experiencia mercantil como administradora societaria, siendo su esposo Sr _____ abogado en ejercicio especializado en derecho financieros teniendo la posibilidad de consultarle , y ambas tenían declarado en el test de idoneidad realizado con posterioridad a la entrada en vigor de la MIFID (docs 6 y 7 contestación) un perfil inversor equilibrado , dispuesto a asumir un riesgo medio, y que ambas habían suscrito con anterioridad productos estructurados, siendo el bono contratado adecuado a su perfil ; que tras estos test se les informo que el nivel de renta variable que tenían contratado era superior al que correspondía a su perfil (docs 11 y 12 demanda) y mantuvieron su inversión ; que ofrecieron total información a las demandantes antes , durante y después de la compra , que las eventuales pérdidas que puedan sufrir corresponden al comportamiento del mercado , sin que exista nexo causal entre su actuación y la situación actual de la inversión ; que si bien tenían con Banif varios contratos , la inversión litigiosa se realiza en una relación de intermediación y de deposito y administración, limitándose a ejecutar las ordenes de compra y venta que dan los clientes y a suministrarles información periódica de la evolución de las inversiones , ofertándoles los productos que se amoldaban al estilo de inversión de sus clientes , informándoles, siendo el cliente el que decide ; que la propuesta contenía tres posiciones distintas de inversión , optando por una combinación de productos propia , distinta a la inicialmente planteada por el banco ; que informaron verbalmente , que la Sra _____ es la que se intereso en comprar bonos , que se trataba de un bono cancelable (30 y 15) ligado a las acciones de Banco Popolar y BBVA emitido por BNP Paribas Arbitrage Issuance BV , domiciliada en Amsterdam y filial al 100% del banco francés BNP Paribas SA código isin XS 0310174163 con fecha inicial 26 de julio de 2007 y con vencimiento en julio de 2012 ; que las supuestas ordenes de compra aportadas de contrario no son mas que boletas que contienen una identificación de los productos

previa a la adquisición para que Banif acuda al mercado en busca del valor interesado por el cliente por un importe concreto, y cuando se confirma que es posible conseguirlo es cuando se firma la orden de compra que da lugar a la adquisición del producto (docs 18 y 19 demanda, ordenes de compra donde figuran todos los elementos necesarios para identificar el producto, haciendo el cliente suyas manifestaciones sobre el conocimiento del riesgo, no pudiendo no darse por enterado de lo que ha leído o debió leer), siendo el funcionamiento del producto muy sencillo, y llegada la fecha de vencimiento había dos escenarios posibles si el valor de las acciones era igual o superior al 80% de sus respectivas referencias iniciales el bonista recibía el capital invertido mas un 45 % de rentabilidad y si el valor de las acciones había caído en mas de un 20% el bonista perdería una cantidad de dinero según una formula; que buscaban una rentabilidad atractiva, se les dio explicación verbal en varias reuniones y en el documento de presentación consta la expresión " sin garantía de principal " con diferentes escenarios y gráficos; que el riesgo del emisor no se ha producido ni se ha acreditado el riesgo de liquidez; se les remitieron extractos trimestralmente sin queja alguna, no extiendo nulidad, ni incumplimiento alguno, no procede la indemnización pretendida. Mediante escrito presentado en fecha 5 de noviembre de 2012 se aporta pericial realizada entre otros, por el perito Sr

En el acto de la audiencia previa la parte demandada manifiesta que el producto ha vencido y se ha liquidado por un total de 18.573,24€ a la Sra y de 37.146,48 € a la Sra, extremos reconocidos de contrario.

TERCERO.-Sehace necesario abordar cada caso concreto de contratación de productos financieros desde la particularidad de la relación contractual que se enjuicia y sus circunstancias concurrentes, a los efectos de determinar en cada situación examinada las consecuencias jurídicas correspondientes, por lo que será procedente examinar los caracteres o perfil del inversor, la naturaleza jurídica de la relación que une a los litigantes, la fecha en que tuvo lugar la celebración del contrato (a los efectos de determinación de la normativa aplicable), la naturaleza y características del producto objeto de litigio, la información ofrecida y los términos en que se desarrolló la relación contractual, con el fin de determinar si medió o no vicio de consentimiento, determinante de la nulidad que se invoca, en este caso, con carácter principal en la demanda.

Las actoras y su perfil. Del hecho acreditado documentalmente (docs 3 a 5 contestación) de que la Sra (interlocutora con el banco) hubiera sido administradora de varias empresas no pertenecientes al sector de los productos financieros, y de que su marido Sr sea profesor en materia tributaria y de asesoría fiscal, que no financiera, y letrado en ejercicio (doc 14 audiencia previa), al que seguramente consultó antes de realizar la inversión dada su embergadura, y si bien la parte demandada nos ha privado del interrogatorio de la Sra quien hubiera podido esclarecer este y otros extremos, de todo ello no puede entenderse que tuviera esta especiales y avanzados conocimientos financieros referidos al tema de inversión en productos como se vera complejos y de riesgo (bono litigioso). De ser cierto que el Sr era experto hubiera sido el mismo el interlocutor o las actoras hubieran invertido sin necesidad de acudir a la banca privada (Banif) que se publicitaba

como especialista en asesoramiento global y gestión integral de patrimonios del grupo Santander .

En la demanda se dice que no habían invertido con anterioridad en este concreto tipo de producto , pero no se negó que no hubieran tenido otras inversiones . La testigo Sra . _____ (asesora personal designada por la entidad) manifestó que la clienta Sra ! _____ le dijo que había invertido antes en fondos en Barclays y que no quedó contenta , sin darnos mas detalle del tipo de fondos ni de porque no quedo contenta .De la declaración testifical contundente del director de la oficina bancaria Sr _____ quien ha tenido en cuenta que los tests de idoneidad obrantes en autos se realizaron en fecha 13-9-2007 (docs 6 y 7 contestación) , esto es , solo casi dos meses después de la contratación de los bonos litigiosos y de la cartera , al detenerse en el análisis de las respuestas dadas en los mismos por las demandantes a la pregunta numero tres , discrimina entre productos Banif y no Banif , resultando por tanto que tenían inversiones previas a las de Banif y a lo adquirido por medido de la cartera de gestión discrecional de Banif , pero para que pueda considerarse que tenían “ experiencia previa “ en el sentido de saber por tanto que lo que contrataban era adecuado a su objetivo inversor tendría que haberse acreditado de forma fehaciente que tenían un producto similar al bono que es objeto de autos (la fecha de su contratación , sus características concretas, su evolución , los rendimientos y la recuperación o no total o parcial de la inversión , ademas de la información que las actoras hubieran recibido al contratarlo) , no habiendo solicitado la demandada, a la que incumbe la carga de probar que para el perfil de sus clientas era adecuado el producto litigioso (art 217 de la lec) , que se requiriera a la parte actora para aportar histórico de todas sus inversiones en todas las entidades bancarias donde han depositado su dinero , o que se realizara una averiguación de patrimonio mobiliario por el juzgado . Si a ello unimos que no se ha aportado por la demandada el contrato de cartera discrecional firmado al mismo tiempo que la compra de los bonos (hecho no discutido) , que necesariamente obra en sus archivos , cuestión que no resulta baladí , pues estamos ante una operación global y en ese documento es preceptivo que se refleje el perfil que inicialmente se estableció para las demandantes , se considera que el perfil equilibrado que aparece en el test realizado dos meses después de haber contratado muchos productos en global con Banif , no es el perfil del momento de la contratación litigiosa teniendo exclusivamente en cuenta los productos anteriores cuyo detalle y concreción desconocemos . El perito de la propia entidad bancaria mantiene que no sabe cual era su perfil, haciéndoles el banco ademas propuestas para todo tipo de perfil . Añadir que en los tests las demandantes expresan claramente en la respuesta a la pregunta 10 su apetito de riesgo , pregunta a la que se responde que la pérdida máxima que están dispuestas a asumir en tres años es el 0% , siendo esa su voluntad en ese momento, si bien estarían confirmando su apetito de riesgo en el momento de la contratación litigiosa .

Naturaleza jurídica de la relación entre los litigantes y normativa aplicable . Si bien tenemos las propuestas de inversión que incluyen la presentación del bono litigioso (doc 1 demanda) , las ordenes de compra (docs 5 y 6 demanda) , las ratificaciones de esas ordenes (docs 18 y 19 contestación) , contratos de cuenta corriente , contratos global y contratos de deposito y administración de valores (docs

10 y ss contestación) , no se han aportado los contratos de gestión de cartera , y están los extractos de composición de valores trimestrales .

El contrato , además de la orden de compra y su ratificación , es el de depósito y administración de valores , en virtud del cual el banco se obliga a depositar los valores y a su administración , a cambio de unas comisiones , pudiendo actuar en nombre y por cuenta del cliente , en su interés y siguiendo sus instrucciones respecto a determinados servicios en especial la compra y venta de valores .

Siguiendo el criterio que mantiene la sección novena de la Audiencia Provincial de Valencia , entre otras, en sentencia de fecha 1 de julio de 2011, dicho contrato por si solo considerado supone la mera obligación por parte de la entidad bancaria de gestionar y administrar -en sentido amplio- los valores que el cliente encarga a ésta su adquisición, con lo que su obligación queda limitada en principio a la información, no abarcando el asesoramiento y ello aunque el banco comercialice el producto y lo ofrezca a sus clientes , pues diverso a esa comercialización, es la recomendación o asesoramiento para efectuar una determinada operación inversora , y bajo su amparo el cliente decide comprar los productos que le presenta el banco , pero éste no asume ni la decisión de compra , ni de venta , ni de recomendación , ni de asesoramiento , salvo que el actor acredite que el banco realizaba de hecho , en el caso concreto labores de asesoramiento , incumbiéndole al demandante la carga de la prueba de conformidad con el art 217 de la ley .

En el presente caso , las clientes han acreditado mediante la prueba documental y testifical que hubo de hecho recomendación y asesoramiento , pues al hilo de cobrar por una venta , acudieron a la oficina de la banca privada (Banif) recomendadas por unos amigos , se les asignaron dos asesoras que ejercen de tales , y fueron en busca de un asesoramiento global de inversión que encontraron , no limitado a lo que es objeto del contrato de gestión de cartera , de ahí que la propuesta personalizada sea global , incluyendo siempre en todas las opciones el bono litigioso , no estamos ante una simple venta de un producto por el banco y su depósito , se les ofrece el bono en ese marco (doc 1 demanda) , no se trata de compartimentos estancos como pretende hacer ver la parte demandada .

Así tras la oferta personalizada que se acabo de concretar verbalmente , con variaciones al menos no desaconsejadas expresamente , la recomendación realizada por la entidad bancaria fue aceptada por las demandantes .

El régimen aplicable a dicha relación jurídica es el art. 79 de la Ley 24/88 del Mercado de Valores en la redacción vigente cuando se concertó el contrato (actualmente, de modo más detallado, en el art. 79.bis de dicha ley, que incorpora la Directiva MIFID) así como en la normativa reglamentaria que lo desarrolla (en el momento en que se concertó el contrato entre las partes y se propuso la compra de los bonos , código general de conducta Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, Orden Ministerial de 25 de octubre de 1995, y Orden Ministerial de 7 de octubre de 1999), normas que han de ser interpretadas a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva 1993/22/CEE de la que son desarrollo, que 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 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 financieros 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, cuidar de los intereses de los clientes como si fuesen propios, dedicando a cada cliente el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos, respondiendo 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.

Naturaleza y características del producto objeto de litigio. De la documental obrante en autos y en especial de los dictámenes periciales valorados en su conjunto resulta que los bonos litigiosos, son bonos cancelables (30 por importe de total de 300.000€ Sra/ y 15 por importe total 150.000€ Sra/ ligados a las acciones de Banco Popoular y BBVA emitidos por BNP Paribas Arbitrage Issuance BV, domiciliada en Amsterdam y filial al 100% del banco francés BNP Paribas SA código isin XS 0310174163 con fecha inicial 26 de julio de 2007 y con vencimiento julio de 2012, son productos de alto riesgo, complejos, no estando garantizada la rentabilidad, ni la devolución del capital invertido, si bien su rentabilidad era superior a la de otros productos y menos arriesgados que las acciones a los que se encuentran referenciados, pero con vigencia temporal.

CUARTO.- A pesar de solicitarse con carácter principal la nulidad radical del contrato (entendemos para que la acción no estuviera sometida a plazo alguno), y basándose como es el caso la parte demandante en el error, al no tener consciencia del negocio y no ser adecuado a su perfil, estamos ante un supuesto de anulabilidad del art 1265 del Cc, y por ello se opone por la demandada la excepción de caducidad de la acción de conformidad con el art 1301 del Cc, al considerar que al firmarse las ordenes de compra el 26 de julio de 2007 e interponerse la demanda el 3 de abril de 2012 han transcurrido mas de cuatro años, plazo que señala dicho precepto, entendiendo que el contrato se consuma con la ejecución de la orden de compra. Se alega por otra parte por la entidad demandada que en cualquier caso han sido subsanados los supuestos vicios del consentimiento por actos confirmatorios del contrato.

El *artículo 1301 del Código Civil* dispone que: "La acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr : En los casos... de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato.". En relación con el cómputo del plazo del *artículo 1301*, señala asimismo la doctrina que el momento inicial no es nunca anterior al cumplimiento del contrato, por lo que la acción de restitución no puede empezar a prescribir conforme al *artículo 1969 del Código Civil*, sino desde la consumación, destacando la *Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2008-* en relación a un contrato de préstamo - que no puede entenderse cumplido ni consumado el contrato hasta la realización de todas las obligaciones. La *Sentencia del 11 de junio de 2003* 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* 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, 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...". 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". Tal doctrina jurisprudencial ha de entenderse en el sentido, no que la acción nazca a partir del momento de la consumación del contrato, sino que la misma podrá ejercitarse hasta que no transcurra el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato que establece el *art. 1301 del Código Civil*. Entender que la acción solo podría ejercitarse "desde" la consumación del contrato, llevaría a la conclusión jurídicamente ilógica de que hasta ese momento no pudiera ejercitarse por error, dolo o falsedad en la causa, en los contratos de tracto sucesivo, con prestaciones periódicas, durante la vigencia del contrato".

En el caso de autos, una de las acciones que se ejercita (nulidad) se sustenta en la afirmación de la existencia de vicio del consentimiento - error - por lo que a los efectos de la excepción alegada se ha de estar al contenido del *artículo 1301 del Código Civil* y a la interpretación que de la norma hace el Tribunal Supremo en los términos señalados, por lo que la acción no habría caducado en el momento de interposición de la demanda, al entender que el contrato objeto de litigio es de tracto sucesivo, no acaba con la firma de la orden de compra sino que se prolonga en el tiempo, desplegando efectos hacia el futuro hasta julio de 2012, no estaban por tanto realizadas todas las obligaciones de las partes en la fecha de interposición de la demanda, considerando que la función del banco no era de simple mediación sino de custodia, administración, y asesoramiento en este caso, existiendo obligaciones de tracto sucesivo, como por ejemplo informar y liquidar hasta el vencimiento, siguiendo el criterio de la sentencia dictada en fecha 5 de marzo de 2013 por la sección novena de la Audiencia Provincial de Valencia. Por ello procede desestimar la excepción opuesta, pues la acción podría ejercitarse hasta que no transcurra el plazo de cuatro años desde la consumación, esto es, desde que estén completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes, y en este caso se cumplían en julio de 2012 (fecha

vencimiento del contrato), caducando por tanto la acción en julio de 2016 .

QUINTO.- Entrando en el error en el consentimiento , la parte demandante mantiene que existió error , que en las ordenes de compra del bono (docs 5 y 6 demanda) no consta fecha , carecen de cualquier requisito exigido conforme a la normativa vigente en ese momento (emisor , denominación , emisión , código isin , tipo de producto , ni precio , extremos que no constan en la propuesta), y se realizó el 26 de julio de 2007 , manifestandoles en la entidad financiera que el producto era seguro y diseñado por la propia Banif , no teniendo información relevante sobre el riesgo del crédito ligado al riesgo del emisor , ni del producto contratado ; que se les vendió un bono complejo y de alto riesgo en la creencia de que estaban suscribiendo unos productos similares a los del resto de su cartera conservadora y adecuado a sus necesidades .

La STS de 26 de julio de 2000 en orden a la declaración de nulidad del contrato por error en el consentimiento, afirma que han de concurrir los requisitos que la Jurisprudencia (entre otras Sentencias 18 febrero 1994, 14 julio 1995, 28 septiembre 1996 y 6 febrero 1998) exige al respecto, es decir, que recaiga "sobre la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración, de modo que se revele paladinamente su esencialidad ; que no sea imputable a quien lo padece; un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado, y que sea excusable, en el sentido de que sea inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular (Sentencias 14 y 18 febrero 1994, y 11 mayo 1998). Según la doctrina del propio Tribunal Supremo la excusabilidad ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, tanto del que ha padecido el error, como las del otro contratante, pues la función básica del requisito es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente (Ss. 4 enero 1982 y 28 septiembre 1986).

La obligación de información que establece la normativa legal es una obligación activa, no de mera disponibilidad. El contrato de gestión discrecional de cartera de inversión en cuyos aledaños nos movemos , es un contrato basado en la confianza del inversor en el profesional experto en el mercado de valores. En este sentido, la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 28/2003, de 20 de enero, hacía referencia a «[...] la complejidad de los mercados de valores que, prácticamente, obliga a los inversores a buscar personas especializadas en los referidos mercados que les asesoren y gestionen lo mejor posible sus ahorros; de ahí, el nacimiento y reconocimiento legal, de empresas inversoras, cuya actividad básica, consiste en prestar, con carácter profesional y exclusivo, servicios de inversión a terceros.». La confianza que caracteriza este tipo de relaciones negociales justifica que el cliente confíe, valga la redundancia, en que el profesional al que ha hecho el encargo de asesorarle y gestionar su cartera le ha facilitado la información completa, clara y precisa. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional. Al cliente que ha comunicado al profesional que desea inversiones sin pérdidas en tres años, como es el caso , no puede perjudicar que no haya indagado sobre el porcentaje de riesgo concreto que suponían los valores litigiosos cuya adquisición le propone dicho profesional, porque no le es jurídicamente exigible.

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

Ello conlleva una inversión de la carga probatoria, de forma que la entidad financiera sujeta al cumplimiento de las mencionadas obligaciones es la parte que habrá de demostrar su diligente actuación en las operaciones realizadas, más aún cuando estamos ante productos adquiridos por consumidores. Así lo indica la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de la sección 6ª de fecha 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. Por tanto, el eje básico de los contratos, cualesquiera que sean sus partes, es el consentimiento de las mismas sobre su esencia, que no debe ser prestado, para surtir eficacia, de forma errónea, con violencia, intimidación o dolo, y esta voluntad de consentimiento para ser válida y eficaz exige por su propia naturaleza que los contratantes tengan plena conciencia y conocimiento claro y exacto de aquello sobre lo que prestan su aceptación y de las consecuencias que ello supone. Esta igualdad esencial que respecto de las partes debe presidir la formación del contrato, ha de desplegar su eficacia en las diferentes fases del mismo. En la fase precontractual debe procurarse al contratante por la propia entidad una información lo suficientemente clara y precisa para que aquel entienda el producto o servicio que pudiera llegar a contratar y si se encuentra dentro de sus necesidades y de las ventajas que espera obtener al reclamar un servicio o al aceptar un producto que se le ofrece. En la fase contractual basta como ejemplo la existencia de la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de Contratación, en cuyo artículo 8 se mencionan expresamente las exigencias de claridad, sencillez, buena fe y justo equilibrio de las prestaciones en el contrato suscrito entre las partes, que por la propia naturaleza del contrato van a ser fijadas por el Banco en este caso. Posteriormente, ya firmado el contrato, se exige igualmente arbitrar unos mecanismos de protección y reclamación que sean claros y eficaces en su utilización y que vayan destinados a la parte que pudiera verse perjudicada por la firma del contrato, en defensa de los posibles daños a sus intereses".

Tenemos en autos la presentación del producto (doc 1 demanda) que resulta sencilla para lo que es habitual en estos casos , con una información del riesgo de mercado (único que se ha producido) , la posibilidad de pérdida , de pérdida total , pero la entidad que les asesora representa gráficamente su probabilidad y el peor escenario de pérdida se cifra en casi un menos 19% ; la llamada preorden (docs 5 y 6 demanda) que consideramos la orden de compra de valores como resulta de su tenor literal claro y rotundo (art 1281 Cc) pues identifica el valor aun minimamente , un bono referenciado a dos acciones BBVA y Popular , el importe de la operación ,

autorizando el que la firma que con cargo a su cuenta corriente se liquide la transacción descrita, así la testigo Sra (asesora personal) que no mantiene vinculación hoy con el banco, corrobora que los clientes compran con la precompra, aunque el cargo es posterior; y lo que llamamos la ratificación de la compra asesorada (docs 18 y 19 contestación), formalmente un trámite, que se firman simplemente, con formulas predisuestas, donde si bien se reitera el riesgo elevado de perdidas, que no se garantiza la rentabilidad ni por Banif ni por el emisor, señalando que no hacen recomendación alguna, asumiendo el cliente la perdida total o parcial, manifestando que ha tomado su propia decisión libre sobre la conveniencia de contratar el producto y que comprende y conoce los riesgos tras recibir las oportunas advertencias por el banco sobre la posibilidad de perdidas del importe invertido, entendemos sin embargo que no son estas, declaraciones de voluntad, sino de conocimiento, que se revelan como fórmulas predisuestas por el profesional vacías de contenido real, al resultar contradichas por los hechos(decisión asesorada previa de contratar por ser acorde a su perfil), que no pueden vincular en el seno de un asesoramiento, no están puestas de su puño y letra, que pudieron no leer en ese marco de asesoramiento, en la confianza en sus asesores de que era lo que les convenía para su perfil de riesgo evaluado previamente por la entidad.

Entendemos por lo que aquí interesa que las demandantes tenían la información sobre el riesgo de mercado (que es el único que se ha producido; sobre el del emisor o el de liquidez no entraremos a valorar la información por tanto), en la propuesta o presentación que se les entrego y se llevaron a casa, de hecho la han aportado con la demanda y que en las reuniones examinaron de forma conjunta con sus asesoras del banco, y se concluyo una variación de una de las propuestas, no de la mas dinámica o arriesgada, siempre asesorada y recomendada por la entidad como adecuada para ellas y su perfil (aunque se mostrara por la clienta alguna preferencia por el popular), variación además no desaconsejada expresamente, firmando todos los documentos que la entidad les presento (cuestión formal) de toda la operación, que fue una materialización de lo convenido en ese marco de asesoramiento y confianza.

Dicha información podría ser suficiente, pero no en el marco del asesoramiento, cuando hay una contradicción entre el perfil y el valor contratado, una contradicción entre el perfil anterior al contrato con la selección del bono litigioso.

Así en el test manifiestan ambas demandantes que ante descensos fuertes y generalizados de los mercados mantendrían su inversión aun a costa de posibles perdidas adicionales, pero la pérdida máxima que estarían dispuestas a asumir en un año sería de hasta el 5%, y 0% en tres años.

El propio perito de la demandada mantiene en el juicio que el producto a priori era adecuado para un perfil equilibrado que sale del test post contractual, pero no era adecuado sino querían perdidas a tres años, aunque luego matiza que el test es contradictorio y que lo manifestado en septiembre no es referencia para lo ordenado en julio.

Consideramos que el test sirve para ver su voluntad en septiembre, momento del test, y para confirmar cual era su preferencia al contratar en julio, dado el escaso periodo de tiempo transcurrido, cliente que perseguía una rentabilidad mas alta que un plazo fijo tradicional, aconsejado y asesorado por sus asesores, no estando dispuesto a sabiendas a tener perdidas en tres años, no quería riesgos a tres años, lo cual no es contradictorio con asumir perdidas pero solo referidas a un periodo de tiempo, asi una pregunta se complementa con otra, pues una no va referida a plazo alguno.

El plus de buena fe y diligencia a observar por la empresa que actúa en el mercado de valores, exige que ésta ponga de manifiesto al cliente la incoherencia existente entre el perfil de riesgo elegido (no perdidas en tres años) y los productos de inversión aceptados por el cliente (productos cuya comprensión cabal exige conocimientos expertos en el mercado de valores) y de este modo asegurarse que la información facilitada al cliente es clara y ha sido entendida.

Téngase en cuenta como se ha señalado que la obligación de informar, en el supuesto de autos, es activa y por tanto se ha de alertar por el banco al cliente sobre el riesgo del producto y si es adecuado a su perfil, conocer su situación económica, su experiencia financiera, sus objetivos, para poderle recomendar el producto adecuado, estando ante un producto complejo que no encajaba en su perfil, no querían asumir perdidas en tres años, lo que no se le transmitió claramente al recomendarles el producto que no le convenía, que no era adecuado para ellas, además en todas las opciones propuestas.

Añadir que el hecho de que se les remitiera informaciones periódicas sobre la evolución de la inversión tampoco supone el cumplimiento del estándar de información exigible, pues tal información no contiene los datos necesarios para que los demandantes pudieran saber que los productos no se ajustaban al perfil de riesgo resultante en el asesoramiento.

Además solo consta de forma fehaciente que el banco el 7 de diciembre de 2011 (docs 11 y 12 demanda) teniendo en cuenta el perfil equilibrado del test (que no el del momento de la contratación) les advierte de la discrepancia en ese momento entre el nivel de riesgo de sus posiciones en banif y el perfil puesto de manifiesto en el test y que de acuerdo con ello el conjunto de sus posiciones no debe superar el 60% en renta variable o activos con riesgo equivalente y su riesgo actual es del 89,995% y como opción se les dice que si han variado sus circunstancias han de hacer otro test y sino tomar acciones oportunas en sus inversiones dirigidas a corregir la discrepancia de riesgo puesta de manifiesto en el aviso, y eso no fue como se argumenta en la contestación a la demanda de forma inmediata a la realización de los tests, sino dos años después, y la respuesta de las actoras no fue mantener los bonos, sino la interposición de la demanda.

En conclusión, el banco no cumplió el estándar de diligencia, buena fe e información completa, clara y precisa que le era exigible al proponer a los demandantes la

adquisición de determinados valores que resultaron ser valores complejos y de alto riesgo sin explicarles que los mismos no eran coherentes con el perfil de riesgo que tenían al concertar el contrato (no pérdidas a tres años). Este incumplimiento grave de los deberes exigibles al profesional que opera en el mercado de valores en su relación con los clientes les llevo al error en el consentimiento .

Así , por lo expuesto concurrió en el consentimiento prestado por las demandantes error esencial y excusable , imputable a la entidad demandada , al vulnerarse el deber de calibrar la adecuación del producto para el perfil del cliente , error que solo seria inexcusable si la demandada hubiera cumplido con sus obligaciones de información , existiendo relación causal entre el error y la finalidad del negocio , que era además de la rentabilidad , no tener pérdidas a los tres años , no convalidándose el negocio por la actuación del demandante de ratificación de la orden de compra sin protesta alguna hasta la demanda , pues aquel comportamiento es lógico en tanto el cliente no alcanza a percibir el error en que ha incurrido hasta las misivas , error que sólo constata al advertir la inadecuación del producto .

Añadir que es clara la legitimación pasiva de la demandada en relación a la acción de nulidad planteada , pues negoció y celebró los contratos sin actuar en nombre de otros , se obligó a informar y a asesorar a su cliente , lo cual resulta de la abundante prueba documental practicada.

Por todo ello procede estimar la demanda , y declarar la nulidad interesada con las consecuencias del artículo 1.303 del Código Civil, según el cual *“declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubieran sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con sus intereses”*.

SEXTO .- Las costas han de ser impuestas a la parte demandada de conformidad con el art 394 de la Lec, habida cuenta que este precepto establece que, *“En procesos declarativos las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones”*.

FALLO

Que estimando la demanda interpuesta por _____ , cuando en su propio nombre y como sucesora de su fallecida madre _____ contra BANCO DE SANTANDER SA (antes BANIF BANCA PRIVADA) debo declarar y declaro la nulidad de los contratos de compra de julio de 2007 , del producto financiero denominado “ Bono estructurado autocancelable BNP referido a BBVA y Banco Popular “ , con los efectos restitutorios legalmente establecidos en el art 1303 del Cc , así como el abono de los intereses desde la fecha de la compraventa del producto litigioso , con imposición de costas a la parte demandada .

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de APELACIÓN ante la Audiencia Provincial de VALENCIA (artículo 455 LECn).

El recurso se interpondrá ante el tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de **VEINTE DIAS** hábiles contados desde el día siguiente a la notificación de aquella (art 458 de la lec en su redacción dada por la ley 37/2011 de 10 de octubre de medidas de agilización procesal). Asimismo para su interposición será precisa la consignación como depósito de 50 €, que deberán consignarse en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Juzgado, con advertencia de que no se admitirá a trámite ningún recurso cuyo depósito no esté constituido, y todo ello de conformidad con la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre.

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

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el/la Sr/a. Magistrado-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 treinta de septiembre de dos mil trece .