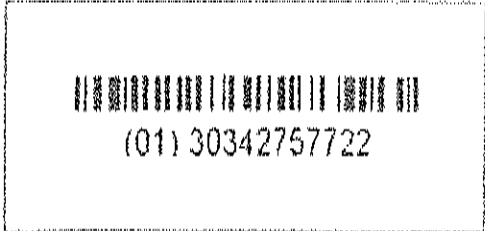




JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 05 DE MADRID

C/ Capitán Haya, 66 , Planta 1 - 28020
Tfno: 914932692
Fax: 914932694
42020310



NIG: 28.079.00.2-2014/0093036

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 894/2014

Materia: Contratos en general

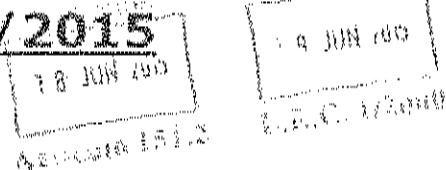
Demandante: D./Dña. _____ y D./Dña. _____

PROCURADOR D./Dña. ERNESTO GARCIA-LOZANO MARTIN

Demandado: BANCO SANTANDER SA

PROCURADOR D./Dña. MARIA LUISA MONTERO CORREAL

SENTENCIA Nº 131/2015



En Madrid, a doce de Junio de dos mil quince.

La Ilma. Sra. Dña. MARIA CONSOLACION GONZALEZ SANCHEZ, MAGISTRADA-JUEZ Titular del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Madrid, habiendo visto los presentes autos número 894/14, de JUICIO ORDINARIO, seguidos ante este Juzgado, entre partes, de una, como demandante,

_____, representados por el Procurador de los Tribunales don Ernesto García-Lozano Martín y dirigidos por el Letrado don Fernando Zunzunegui Pastor, contra **BANCO SANTANDER S.A.** representado por el Procurador doña Marisa Montero Correal y asistida del Letrado don Agustín Capilla Casco, sobre DECLARACION DE NULIDAD Y RECLAMACION DE CANTIDAD.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Por la parte actora se presentó ante este Juzgado Demanda de Juicio Ordinario, alegando los Hechos y Fundamentos de Derecho que constan en el correspondiente escrito, y que aquí se dan por reproducidos, suplicando se declarase el incumplimiento, por parte de BANIF, de sus obligaciones contractuales derivadas del Contrato Tipo de Administración y Gestión de Carteras de 27-11-2006, por exceder los límites del mandato en relación con el producto objeto de esta litis, y, al amparo de lo dispuesto en el artículo 1.714 y 1101 CC, se le condene a indemnizar a los demandantes en la cantidad entregada para adquirir el producto, esto es, 50.000 euros, previa compensación con las cantidades abonadas por la demandada en concepto de cupones, con puesta a disposición del producto a favor de BANIF, y todo ello junto con los



intereses legales que se hubieran devengado.

Subsidiariamente, se solicitaba se declarase que BANIF había sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones legales de adecuación de la oferta al perfil inversor, de informar de las características y los riesgos de la inversión y, al amparo del artículo 1101 CC, se le condenase a indemnizar a los demandantes en la cantidad entregada para adquirir el producto, esto es, 50.000 euros, previa compensación con las cantidades abonadas por la demandada en concepto de cupones, con puesta a disposición del producto a favor de BANIF, y todo ello junto con los intereses legales que se hubieran devengado.

Subsidiariamente, se solicitaba se declarase que BANIF ha sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones legales de mantener en todo momento adecuadamente informado al cliente como comisionista prestador de servicios de inversión, en concreto, por no informar del deterioro de la solvencia del emisor del instrumento objeto de la Demanda a 31-03-2008, fecha en la que BANIF debió informar del deterioro del emisor, y, al amparo del artículo 1101 CC, se le condenase a indemnizar a los demandantes con el valor del producto a fecha 31-03-2008, con puesta a disposición del producto a favor de BANIF, y todo ello junto con los intereses legales que se hubieran devengado, estando obligado BANIF a determinar y facilitar el valor del instrumento a dicha fecha, y todo ello con expresa imposición de las costas a la parte demandada.

SEGUNDO.- Mediante Resolución de fecha 11-09-14 se admitió a trámite la demanda, y se acordó dar traslado de la misma a la parte demandada a fin de que procediera a contestarla, extremo éste que fue verificado por BANCO SANTANDER S.A.

TERCERO.- El día 12-02-15 tuvo lugar la celebración de la audiencia previa, celebrándose la misma con arreglo a Derecho y proponiendo en ella las partes los medios de prueba de que intentaban valerse, los cuales fueron practicados, con el resultado que obra en Autos, el día del Juicio, celebrado el 26-05-15, y, una vez efectuado por las partes un resumen de los mismos, se acordó quedarán los Autos conclusos para dictar Sentencia.

CUARTO.- En la tramitación de las presentes actuaciones se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- En las presentes actuaciones se ejercita, por la representación de

una acción principal tendente a obtener la declaración de incumplimiento, por parte de BANIF, de sus obligaciones

contractuales derivadas del Contrato Tipo de Administración y Gestión de Carteras de 27-11-2006, por haberse excedido en los límites del mandato en relación con el producto objeto de esta litis, por lo que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 1.714 y 1101 CC, se interesa su condena a indemnizar a los demandantes en la cantidad entregada para adquirir el producto, esto es, 50.000 euros, previa compensación con las cantidades abonadas por la demandada en concepto de cupones, con puesta a disposición del producto a favor de BANIF, y todo ello junto con los intereses legales que se hubieran devengado.

En apoyo de sus pretensiones sostienen los actores que, en Agosto de 2005, el señor [redacted] sufrió un accidente de tráfico por el que estuvo un mes en estado de coma y que le causó gravísimas lesiones cerebrales, recibiendo la familia una serie de indemnizaciones por importe de 177.745,19 euros. En esta situación los actores, quienes carecían de conocimientos financieros, decidieron acudir a BANIF para que les asesorase sobre la mejor manera de gestionar las cantidades percibidas por la citada indemnización, firmando, para ello, un Contrato Tipo de Administración y Gestión de Carteras en relación con 200.000 euros en efectivo, servicio por el que BANIF cobraría un 10% sobre beneficios, dando los actores su autorización para que la demandada efectuase su gestión, única y exclusivamente, en valores de instituciones de inversión colectiva. A partir de dicho momento el contacto de los demandantes con el Banco consistió en aceptar los ofrecimientos de productos que les sugería su asesor, a quien la señora [redacted] le trasladó que confiaba en lo que el Banco considerase era un buen producto adecuado a sus expectativas y perfil.

Un mes y medio después de la firma del Contrato, BANIF ofreció a la señora [redacted] la contratación de un Bono denominado Landsbanki, informándole de que se trataba de un producto de renta fija, con un cupón trimestral y con vencimiento a 31-12-2008, fecha en la cual percibirían del emisor el 100% del importe invertido.

El 15-01-2007, BANIF solicitó a los actores la firma del documento de orden de compra de valores para la adquisición del producto, verificando aquéllos la compra de valores de unas obligaciones "landsbanki" de valor nominal 50.000 euros y con fecha de vencimiento de 31-12-2008, operación que realizaron en la creencia de que se trataba de un producto seguro, de renta fija, en el que el nominal invertido no sufriría ningún riesgo.

Llegada la fecha del vencimiento los actores no recibieron el capital invertido, recibiendo una carta de BANIF, el 28-01-2009, en la que se les informaba de que el Banco Islandés no había realizado el pago esperado porque había sido intervenido.

Se alega en la Demanda que, la nula información facilitada acerca de los riesgos del producto contratado y de la situación del Banco Islandés emisor, impidió a los demandantes reaccionar para salvaguardar su

inversión, lo que debe conducir a estimar que BANIF actuó de manera negligente en el cumplimiento de sus obligaciones, al no haber informado a sus clientes ni del riesgo que entrañaba la operación ni de que ésta se encontraba fuera del contrato de gestión de carteras que habían firmado un mes antes, recomendando un instrumento complejo de alto riesgo a unos clientes minoristas y que se alejaba del perfil recogido en el contrato suscrito con el Banco, lo que habrá de conllevar a reconocer la indemnización correspondiente por el daño causado.

La entidad demandada, por su parte, se opone a las pretensiones contenidas en el escrito de Demanda alegando, en primer lugar, que la administración concursal de Landsbanki ha reconocido a los señores un crédito por la totalidad del importe de su inversión por lo que sería altamente probable que recuperen todo o parte de la misma. A lo anterior se añade que no se recomendó por el Banco la adquisición del Bono, siendo los actores quienes decidían, en el marco del contrato de depósito y administración de valores por ellos suscrito, en qué producto invertir, por lo que BANIF les informó, de forma completa y veraz, tanto antes a la contratación del Bono Landsbanki, como de forma coetánea y posterior a la compra, sobre éste.

SEGUNDO.- Sostiene la parte actora que BANIF se excedió del mandato conferido al efectuar la operación en debate, (adquisición del Bono Landsbanki), ignorando el perfil moderado de sus clientes y colocándoles un producto complejo ajeno a las instituciones de Inversión colectiva a las que se había limitado la autorización concedida.

El contrato Tipo de Gestión de Cartera suscrito entre las partes en litigio, en fecha 27-11-06, aportado como documento nº 4 de la Demanda, en su Anexo II, autorizaba al Banco a realizar operaciones de gestión de una cartera de valores que estaba configurada, exclusivamente, por inversiones en instituciones de Inversión Colectiva.

Afirma la demandada que, pese a ello, el Bono Landsbanki se adquirió en el seno de la relación de intermediación que los clientes también tenían concertada con el Banco y, concretamente, con cargo a la cuenta de valores aperturada tras la suscripción del correspondiente contrato de intermediación financiera, (contrato de depósito y administración de valores), y a la cartera de valores generada como consecuencia de aquél y no con cargo a la cartera administrada ni en el marco de contrato de gestión alegado de adverso. De esta forma, se refiere en el escrito de Contestación que, bajo el contrato de depósito y administración de valores, quien decidía sobre las inversiones era el propio cliente, actuando BANIF como mero intermediario financiero. En el presente caso, se resalta por la demandada que los demandantes no estarían accionando contra uno de los fondos de inversión que se adquirieron en la gestión de su cartera administrada sino contra un producto en el que firmaron una orden de compra expresa para su adquisición, tal y como exige la relación de intermediación, por lo que su acción carecería de fundamento.

TERCERO.- Con carácter general ha declarado la Sentencia de la, SAP Asturias de 11 enero 2006 EDJ2006/22996 que: "...Al tratar de la calificación jurídica del contrato de gestión de carteras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1998 EDJ1998/17993 declaró: "El contrato de gestión de carteras de valores, al que se refiere el art. 71 j) Ley de Mercado de Valores 24/1988 de 28 julio al permitir a las Sociedades de Valores "gestionar carteras de valores de terceros", carente de regulación en cuanto a su aspecto jurídico-privado, sin perjuicio de que sean aplicables al gestor las normas reguladoras del mandato o de la comisión mercantil, se rige por los pactos cláusulas y condiciones establecidas por las partes (art. 1255 CC), reconociéndose por la doctrina y la práctica mercantil dos modalidades del mismo, el contrato de gestión "asesorada" de carteras de inversión en que la sociedad gestora propone al cliente inversor determinadas operaciones siendo éste quien decide su ejecución, y el contrato de gestión "discrecional" de cartera de inversión en que el gestor tiene un amplísimo margen de libertad en su actuación ya que puede efectuar las operaciones que considere convenientes sin previo aviso o consulta al propietario de la cartera, (en idéntico sentido, SAP Madrid de 15-07-11).

El Tít. VII Ley de Mercado de Valores contiene una serie de normas de conducta de las Sociedades y Agencias de Valores presididas por la obligación de dar absoluta prioridad al interés del cliente(art. 79), lo que se traduce, entre otras, en la obligación del gestor de Informar al cliente de las condiciones del mercado bursátil, especialmente cuando y no obstante la natural inseguridad en el comportamiento del mercado de valores, se prevean alteraciones en el mismo que puedan afectar considerablemente a la cartera administrada y así en el art. 255 C.Com . impone al comisionista la obligación de consultar lo no previsto y el art. 260 dispone que el comisionista comunicará frecuentemente al comitente las noticias que interesen al buen éxito de la negociación. En el ámbito del mandato regulado en el CC, en que no existen preceptos de idéntico contenido a los del Código de Comercio citados, tal deber de información en el sentido expuesto viene exigido por la prohibición de extralimitación en las facultades concedidas al mandatario salvo cuando éste, ante un cambio de las circunstancias, y a falta de instrucciones del mandante, actúa en forma más beneficiosa para éste, ante la imposibilidad de recibir instrucciones del mismo.

En el caso que nos ocupa, BANIF afirma que no existe, en el contrato de depósito y administración de valores, una obligación de asesoramiento ni una obligación de que el Banco invierta discrecionalmente por el cliente, sosteniendo que, siendo la relación contractual existente entre las partes del tenor expresado, BANIF no recomendó la adquisición del producto impugnado ni tomó la iniciativa al respecto.

Pues bien, el artículo 63.1 g) LMV establece qué se considera servicio de inversión el asesoramiento en materia de inversión, entendiéndose por tal la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a

petición de éste o por iniciativa de la empresa de servicios de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros. No se considerará que constituya asesoramiento, a los efectos de lo previsto en este apartado, las recomendaciones de carácter genérico y no personalizadas que se puedan realizar en el ámbito de la comercialización de valores e instrumentos financieros ya que dichas recomendaciones tendrán el valor de comunicaciones de carácter comercial.

Como afirma la STJUE de 30-05-2013, caso Genil 48. S.L. "la cuestión de si un servicio constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero e que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente". Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el artículo 52 Directiva 2006/73 que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del artículo 4.4 Directiva 2004/39/CE al definir este último el servicio de asesoramiento como "la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros", mientras que el artículo 53 Directiva 2006/73/CE aclara que se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales.

La Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de fecha 18-04-2013, a la que se remiten, entre otras, las SSAP Madrid de 20-12-13 y de 10-02-14, tras hacer mención al régimen jurídico que habrá de regir el contrato de gestión de carteras de inversión, recoge el régimen jurídico del deber de Información destacando la obligación, (ex artículo 79 de la LMV), de comportarse la entidad bancaria o crediticia con diligencia y transparencia en el interés de sus clientes asegurándose de que disponen de toda la información necesaria. Interpretada la normativa vigente a la luz y letra de la Directiva 1993/22/CEE, las empresas que actúan en el mercado de valores tienen la obligación de recabar información a sus clientes sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión, debiendo hacer hincapié en los riesgos que cada operación conlleva de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata.

En el caso concreto que nos ocupa, es lo cierto que el testigo don reconoció, en el acto del Juicio, que él fue quien, personalmente, presentó el Bono Landsbanki a los clientes, admitiendo que, en el Folleto en que se contemplaban las características generales del producto no se encontraba recogido quién era el emisor porque el Bono no estaba emitido aún.

La anterior manifestación revela que no sólo se efectuó un ofrecimiento, por parte del Banco, del producto a que se contrae esta litis sino que la

información que se facilitó a los clientes en el momento del ofrecimiento no fue completa pues no fue hasta el momento de emitirse la orden de compra cuando los actores conocieron quién era la entidad que garantizaba el resultado de su inversión. A su vez, es de destacar que el testigo aludido era consciente de que los clientes no tenían formación específica en mercados financieros a nivel universitario, lo que exigía que se extremara la diligencia, por su parte, para asegurarse de que se alcanzaba un conocimiento completo del producto a adquirir.

CUARTO.- Entendida la actuación de la demandada como un auténtico asesoramiento, (al haberse efectuado, como hemos dicho, la prestación de una recomendación personalizada al cliente, siendo irrelevante que hubiera sido a petición de éste o por iniciativa de la empresa de servicios de inversión), ha de analizarse si el Banco cumplió su deber de prestar una información completa y veraz a la parte actora en relación con el producto que se ofreció.

La Ley 47/2007, de 19 de diciembre, es una norma extremadamente exigente, que especifica la clase, contenido y categoría de la información, según la clase de cliente de que se trate. El artículo 79 de la Ley señala que "las entidades que presten servicios de inversión deberán comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes ...". Dentro de esta obligación genérica se encuentran las obligaciones de información, de forma que, conforme a lo prevenido en el artículo 79 bis, existe obligación de "mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes". Y esta información debe "ser imparcial, clara y no engañosa". En relación con la información referente a los instrumentos financieros y a las estrategias de inversión, el artículo 79 bis 3 de la Ley obliga a "inducir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias.

Dentro de las obligaciones de información que tienen las entidades que prestan servicios de inversión, el artículo 79 bis 5 de la Ley incluye la de "asegurarse en todo momento de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes", estando obligadas a obtener "la información necesaria sobre los conocimientos y experiencias del cliente, incluidos, en su caso, los clientes potenciales, en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate, sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquél, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan", y el artículo 79 bis 7, a fin de que la entidad pueda valorar si el producto financiero es adecuado o no para el cliente, señala que "la empresa de servicios de inversión deberá solicitar al cliente, incluidos, en su caso, los clientes potenciales, que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado". Son los llamados test de idoneidad y de conveniencia, respectivamente, respecto de los que existen recomendaciones de la CNMV sobre los datos que deben contener.

Por su parte el R.D. 217/2008 exige, en su art. 60, que la información dirigida a clientes minoristas sea " (...) b) exacta y no destacará los beneficios potenciales de un servicio de inversión o de un instrumento financiero sin indicar también los riesgos pertinentes, de manera imparcial y visible. c) La Información será suficiente y se presentará de forma que resulte comprensible para cualquier integrante medio del grupo al que se dirige o para sus probables destinatarios. d) La información, no ocultará, encubrirá o minimizará ningún aspecto, declaración o advertencia importantes (...)"

Además, el art. 62 señala: " 1. Las entidades que prestan servicios de inversión deberán proporcionar a sus clientes minoristas, incluidos los potenciales, la siguiente información, con antelación suficiente a la celebración del contrato de prestación de servicios de inversión o auxiliares, o a la propia prestación del servicio, cuando éste sea anterior a aquel: a) Las condiciones del contrato; b) La información exigida en el artículo 63 en relación con el contrato o con los servicios de inversión o auxiliares. 2. Las entidades deberán proporcionar a los clientes minoristas, incluidos los potenciales, la información exigida por los artículos 63 a 66 con antelación suficiente a la prestación del servicio en cuestión. En el caso de clientes profesionales, la información a suministrar será la exigida en los apartados 5 y 6 del artículo 65. (...)"

Finalmente, el art. 64 indica: "Información sobre los instrumentos financieros. 1. Las entidades que prestan servicios de inversión deberán proporcionar a sus clientes, incluidos los potenciales, una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional. En la descripción se deberá incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas. 2. En la explicación de los riesgos deberá incluirse, cuando sea justificado en función del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los conocimientos y perfil del cliente, la siguiente información: a) Los riesgos conexos a ese tipo de instrumento financiero, incluida una explicación del apalancamiento y de sus efectos, y el riesgo de pérdida total de la inversión;(...)"

El artículo 72 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, establece que, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 79 bis 6 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, las entidades que presten el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras deberán obtener de sus clientes, incluidos los potenciales, la información necesaria para que puedan comprender los datos esenciales de éstos y para que puedan disponer de una base razonable para pensar, teniendo en cuenta debidamente la naturaleza y el alcance del servicio prestado, la transacción específica que debe recomendarse, o que debe realizarse al

prestar el servicio de gestión de cartera. En los apartados siguientes de este precepto se establecen unas condiciones para la obtención de la información, que debe responder a los objetivos de inversión del cliente, incluyéndose información sobre el horizonte temporal deseado para la inversión, sus preferencias en relación a la asunción de riesgos, su perfil de riesgos, y las finalidades de la inversión debiendo ser aquella de tal naturaleza que el cliente pueda, desde el punto de vista financiero, asumir cualquier riesgo de inversión que sea coherente con sus objetivos. También se indica en este precepto que cuando la entidad no obtenga la información señalada en las letras anteriores, no podrá recomendar servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente ni gestionar su cartera.

Los preceptos citados obligan a la entidad financiera que recomienda un determinado producto al cliente minorista a realizar el llamado test de idoneidad. A tal fin, la entidad financiera debe recopilar una serie de información acerca de su cliente, información que se refiere, de una parte a los conocimientos y experiencia del cliente en relación con el producto de inversión de que se trate, y de otra, a su situación financiera y objetivos de inversión, todo ello con la finalidad de poder recomendar el servicio financiero o producto de inversión que mejor se adapte a sus necesidades y más convenga a sus intereses (art. 79 bis LMV). La ley establece claramente que, cuando la entidad no obtenga esta información, se abstendrá de recomendar servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente.

En definitiva, la ley impone a la entidad financiera la obligación de procesar la información recibida del cliente y ponerla en relación con el concreto producto que pretende recomendar y ello con la finalidad de informarle correctamente y asegurarse de que, antes de contratar el producto recomendado, cuenta con toda la información relevante para decidir si el que se le está ofreciendo es compatible con sus objetivos de inversión, si puede asumir los riesgos que el producto supone en relación a dichos objetivos y si cuenta con los conocimientos y experiencia suficientes para comprender los riesgos de la transacción que se propone realizar. La entidad financiera debe comprobar, con carácter previo a recomendar el producto, que es idóneo para ese cliente tomando en consideración sus necesidades y circunstancias.

Ha de entenderse que la suscripción de este tipo de productos, dada su complejidad en relación al resto de contratos bancarios existentes en el mercado y la naturaleza conservadora de los demandantes así como el perfil moderado reconocido a éstos por el propio Banco, conllevaba que la entidad bancaria hubiera de ser extremadamente diligente en la obtención de la información sobre los datos esenciales de sus clientes, todo ello a fin de conocer qué concreto producto financiero era el más idóneo para ser ofrecido y adecuar, en consecuencia, la inversión realizada a dicho perfil.

Como han tenido ocasión de señalar múltiples sentencias (SAP Gerona de

1 de septiembre de 2011 y de 18-10-12, entre otras), en la contratación de productos financieros no son aplicables los principios que rigen la contratación civil dado que éstos "han venido siendo sustituidos por una legislación especial que, en atención a una de las partes contratantes, o en atención a la naturaleza jurídica del contrato o a ambas situaciones, exige de una de las partes contratantes un determinado comportamiento frente a la otra o le restringen su autonomía de la voluntad, siendo exponentes de dicha legislación la relativa a la protección de consumidores y usuarios, la de crédito al consumo, la reguladora de las condiciones generales de la contratación y la del mercado de valores, la cual deberá tomarse en consideración para resolver el presente litigio, como así hace la sentencia de instancia."

En íntima relación con el aludido deber de información del Banco, entre otras, la SAP de Asturias de 27-01-10, destaca que el derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básica para el funcionamiento del mercado de este tipo de servicios, siendo su finalidad tanto lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar a los sujetos que intervienen en él (el cliente bancario), principalmente, a través tanto de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación contractual exigible.

Por su parte, la Sentencia núm. 112/2003 de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14), de 10 febrero Recurso de Apelación núm. 449/2001(AC 2003147) ha expresado que: "Las entidades financieras son la piedra fundamental del edificio de la economía y, por ello, el ordenamiento jurídico reviste de especial rigor el cumplimiento puntual de las obligaciones contraídas tanto por las entidades financieras como por los clientes. El legislador ha establecido un derecho de los contratos financieros, legal y reglamentario de naturaleza mixta, jurídico-privada (contabilidad, publicidad, información obligatoria y contratación) y jurídico-pública, (régimen reforzado de sanciones administrativas), con una doble finalidad, garantizar la transparencia de las operaciones frente a clientes e inversores y la represión de los desequilibrios en la contratación de los productos financieros".

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 7/4/2010 (JUR 2010, 174861) recuerda, igualmente, que la falta de una información precisa, correcta y adecuada por parte del Banco demandado y que éste estaba obligado a proporcionar acerca de las características de los productos suscritos por el demandante, así como el alcance de las obligaciones y del riesgo asumido, conlleva a tener por concurrentes los presupuestos de la existencia de error excusable en las demandantes sobre la esencia de los negocios contratados con aptitud suficiente para invalidar el consentimiento.

En relación con el "onus probandi" del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, es de señalar, como ya se ha hecho anteriormente, que la carga probatoria acerca de tal

extremo debe pesar sobre el profesional financiero, respecto del cuál 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 cual por otra parte es lógico por cuanto desde la perspectiva de éstos últimos se trataría de un hecho negativo como es la ausencia de dicha información, (Sentencia A. P. Valencia de 26-04-2006 (JUR 2006, 272575) SAP Asturias de 16-09-11).

La reciente STS de 20-01-14 recuerda que el incumplimiento de los deberes de información no conlleva, necesariamente, la apreciación de error-vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de tales deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error, de manera que cuando dicho error recae sobre el objeto del contrato, afectando a los concretos riesgos asociados al mismo, es evidente que la representación mental que el cliente se hizo de lo que contrataba era equivocada, siendo este error esencial por afectar a las presuposiciones que fueron la causa principal de la contratación del producto financiero.

QUINTO.- En el caso que nos ocupa debe concluirse, tras analizar en conciencia la prueba documental incorporada al procedimiento, que la información facilitada por BANIF a los hoy demandantes no permitió a éstos conocer, con la suficiente realidad, el alcance, características y riesgos propios del producto adquirido.

Es de advertir que el marco contractual en que los actores pensaban estaban formalizando la operación que se impugna lleva fecha de 27-11-2006, estando limitada en él la gestión del Banco a las Instituciones de Inversión Colectiva. Pues bien, pese a ello BANIF no ha demostrado que se informara a los clientes de que la operación realizada estuviera fuera del contrato de gestión de carteras que había sido firmado por los actores tan sólo un mes antes, no habiendo informado, tampoco, de que se estaba apartando de los criterios de inversión manifestados por los demandantes y asumidos por el Banco, aun cuando en el punto 1.3 del contrato se hacía constar que en el desempeño de su actividad de gestión el Banco se ajustaría, en todo momento, a los criterios de inversión pactados y, en caso de desviarse de tales criterios, el Banco debería informar con detalle al titular, mediante su inclusión en el siguiente informe periódico que le fuera remitido de tal aspecto, aspectos que, en modo alguno, la demandada ha acreditado haber realizado, (artículo 217 LEC).

Desde este punto de vista ha de entenderse producido, pues, un incumplimiento contractual por parte de BANIF, quien no advirtió a sus clientes de que estaba efectuando la inversión ahora analizada al amparo de un marco contractual distinto del expresado y, en concreto, de fecha posterior a la orden de compra, (que, recordemos, se efectuó con fecha valor de 15-01-2007).

Los demandantes efectuaron la inversión que nos ocupa en la creencia de que el empleado de BANIF realizaría ésta conforme a los criterios que previamente le habían manifestado y de acuerdo con el perfil inversor moderado que el propio Banco les había asignado a tenor de su falta de conocimientos y experiencia en materia financiera, siendo lo cierto que BANIF no adecuó su conducta a tales parámetros procediendo a verificar la compra de un producto complejo, como era el Bono Landsbanki, sin advertir al cliente, suficientemente, en el momento de realizar la oferta, de las características del mismo o de los riesgos que entrañaba.

El hecho de que los actores hubieran invertido su dinero en otros productos semejantes no puede desvirtuar la realidad de cuanto ha quedado expuesto, pues, como han señalado nuestros Tribunales, (así, SAP Madrid 06-06-14), "el que se trate de una persona que realiza inversiones diversificadas, algunas de las cuales son inversiones de riesgo y haya realizado operaciones que puedan implicar pérdida de capital, no significa que el actor, al adquirir el bono objeto de autos, conociese y aceptase que dicho producto implicaba la posibilidad de perder el capital. Debe tenerse presente a que la obligación de proporcionar cumplida información de la operación no es un derecho del que queden fuera los inversores por motivo de estar dispuestos a asumir riesgos en determinadas operaciones, ya que tal circunstancia lo que determina es el perfil del cliente al objeto de poder celebrar con él operaciones de tales características, pero sin que por ello el cliente que acepta operaciones de riesgo carezca de derecho a ser informado cumplidamente del contenido de la operación en los términos que la legislación reseñada señala".

Ha de tenerse en cuenta que la carga de la prueba sobre el correcto asesoramiento e información corresponde a la entidad que asesora, coloca o comercializa estos productos. De este modo se pronunció la TS de 14 de noviembre de 2005, en la que, por una parte, 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, por otra, que la carga probatoria acerca de tal extremos debe pesar sobre el profesional financiero, lo cual es lógico ya que lo contrario supondría imponer al cliente la carga de probar un hecho negativo como es la ausencia de información. En este sentido, entre otras, destacan las SAP Valencia 26-04-2006, SAP Baleares de 16.02.2012, la citada SAP Pontevedra, secc. 6ª, de 25.04.2012 o SAP Pontevedra, secc. 1ª, de 4.04.2013. Además, no puede obviarse que, según el apartado 6 del art. 217 LEC es la entidad bancaria la que tiene la disponibilidad y facilidad probatoria para acreditar que información suministra al cliente.

De otra parte, según se desprende con claridad de la STS de 20.1.03, en los supuestos de daños y perjuicios por mala inversión ha de estarse al patrón de la culpa leve (STS 1943) en relación con la diligencia exigible a un comerciante experto (STS 15-7-88) que utiliza como pauta el cuidado del negocio ajeno como si fuera propio y, conforme al art. 217 Ley de

Enjuiciamiento Civil, ha de estarse al principio de facilidad probatoria. En concreto señala dicha Sentencia: "Ya la Ley del mercado de valores de 1.988 estableció, superando la arcaica legislación existente hasta el momento, las nuevas bases del régimen jurídico español en la materia y de su regulación, en lo que al tema respecta, ha de concluirse, desde una perspectiva general, que el contrato que vincula a los compradores con la sociedad intermediaria, encargada de la adquisición, siguiendo instrucciones del principal, responde a la naturaleza del contrato de comisión mercantil (artículo 244 del Código de Comercio), y desde una perspectiva más concreta, que toma en cuenta sus relaciones con el "mercado de valores", al llamado contrato de "comisión bursátil"; de manera, que, en el desempeño de su mandato, el comitente debe actuar con la diligencia y lealtad que se exigen a quien efectúa, como labor profesional y remunerada, una gestión en interés y por cuenta de tercero, en el marco de las normas de la Ley de mercado de valores, establecidas para regular la actuación profesional de las empresas de servicios de inversión en dichos mercados, y, por ello, muy especialmente observar las "normas de conducta" (Título VII) que disciplinan su actuación, entre las que destacan, dentro del deber de diligencia, las de asegurarse que disponen de toda la información necesaria para sus clientes, manteniéndoles siempre adecuadamente informados y la de cuidar de los intereses de sus clientes, como si fueran propios, todo ello potenciado por un exquisito deber de lealtad. (...) En suma, como establece el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su párrafo seis, recogiendo criterios jurisprudenciales anteriores a la propia Ley, en la distribución de la carga de la prueba "El Tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponda a cada una de las partes en litigio", regla que, indudablemente, desplaza la carga de la prueba hacia la entidad demandada (...) Conforme a la calificación, dada al contrato, la entidad comisionista debe responder de los daños y perjuicios, causados a los inversores por la mala inversión, según el patrón de la culpa leve en concreto a que se refiere la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1.943 en relación con la diligencia exigible al "comerciante experto" (sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1.9988) que utilizan como pauta el cuidado del negocio ajeno como si fuera propio..."

Así las cosas, tras analizar en conciencia el conjunto del material probatorio incorporado a las actuaciones ha de concluirse que BANIF incumplió el contenido y alcance del contrato de gestión de carteras suscrito por los actores así como sus obligaciones de información con sus clientes, habiéndose extralimitado el Banco del mandato contenido en dicho contrato pues no consta en Autos, en modo alguno, que fueran los demandantes quienes solicitaran del Banco la adquisición del Bono Landsbanki o que los actores fueran conscientes de que la orden de compra se hubiera realizado al margen del aludido contrato de gestión de carteras.

Lo anteriormente expuesto debe conllevar a estimar la Demanda origen de las presentes actuaciones, declarando la existencia, en el caso

enjuiciado, de un incumplimiento, por parte de BANIF, de sus obligaciones contractuales derivadas del Contrato Tipo de Administración y Gestión de Carteras de fecha 27-11-2006, y, al amparo de lo dispuesto en el artículo 1.714 y 1101 CC, procede condenar a la demandada a que indemnice a los demandantes en la cantidad entregada para adquirir el producto, esto es, 50.000 euros, previa compensación con las cantidades abonadas por la demandada en concepto de cupones, con puesta a disposición del producto a favor de BANIF.

No constituye obstáculo al pronunciamiento expuesto la invocada prescripción de la acción dado que dicha institución ha de ser interpretada con carácter restrictivo sin que quepa aplicar, por analogía, tal y como pretenden los demandados, la figura del Agente de cambio y Bolsa, debiendo, en todo caso, computarse el plazo desde que la acción pudo ejercitarse, esto es, desde que se comunicó a los clientes la quiebra del Banco Islandés, lo que no sucedió hasta el 29-01-09 y sin poder desconocer que la actual Demanda trae su causa de otra colectiva presentada en el año 2011 por los actores y que, una vez desacumulada, dio lugar al actual procedimiento.

SEXTO.- La cantidad mencionada habrá de ser incrementada con los intereses legales correspondientes desde la fecha de la interposición de la Demanda y hasta su completo pago, sin que se considere que existe ningún argumento jurídico que justifique el nacimiento de tales intereses desde otro momento anterior, dado el tenor de la acción ejercitada, (artículos 1100, 1101, 1108, 1109 y 1303 CC en relación con el artículo 576 LEC).

SEPTIMO.- Las costas causadas en este procedimiento habrán de ser impuestas a la parte demandada, a tenor del criterio objetivo del vencimiento que rige en nuestro ordenamiento jurídico procesal, (artículo 394 de la LEC actual).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación al caso,

FALLO:

Que ESTIMANDO la Demanda formulada por _____, representados por el Procurador de los Tribunales don Ernesto García-Lozano Martín y dirigidos por el Letrado don Fernando Zunzunegui Pastor, contra **BANCO SANTANDER S.A.** representado por el Procurador doña Marisa Montero Correal y asistida del Letrado don Agustín Capilla Casco, debo DECLARAR Y DECLARO la existencia de un incumplimiento, por parte de BANIF, de sus obligaciones contractuales derivadas del Contrato Tipo de Administración y Gestión de Carteras de fecha 27-11-2006, CONDENANDO a la demandada a que indemnice a los demandantes en la

cantidad entregada para adquirir el producto, esto es, 50.000 euros, previa compensación con las cantidades abonadas por la demandada en concepto de cupones, con puesta a disposición del producto a favor de BANIF.

La cantidad mencionada habrá de ser incrementada con los intereses legales correspondientes desde la fecha de interposición de la Demanda y hasta su completo pago y todo ello con expresa imposición a la parte demandada de las costas procesales.

Así por esta mi Sentencia, de la que se expedirá testimonio para su unión a los autos originales, la pronuncio, mando y firmo.

Contra esta Sentencia cabe recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid, que podrá interponerse ante este Juzgado en el plazo de veinte días contados a partir de la fecha de su notificación, debiendo, a tal efecto, efectuar la consignación del depósito a que hace mención la DA 15 de la LOPJ, según reforma introducida por la LO 1/09.

PUBLICACION.- La anterior Sentencia ha sido leída y publicada por la misma Magistrada-Juez Titular del Juzgado de Primera Instancia que la dictó, estando celebrando Audiencia Pública en el mismo día. Doy fe.

