



**Expediente 13760.001**

Cliente... : FISCAL  
Contrario : BANCO ESPIRITU SANTO ( HOY NOVO BANCO ),  
Asunto... : APELACION SENTENCIA 1135/17  
Juzgado.. : AUDIENCIA PROVINCIAL. SECCION 9 VALENCIA

**Resumen**

**Resolución**

**07.12.2017**

**SENTENCIA**  
**05/12/17 ESTIMANDO NUESTRO R. APELACION CONTRA SENTENCIA,**  
**IMPONEN LAS COSTAS DE INSTANCIA A LA DEMANDADA Y NO HACEN**  
**PRONUNCIAMIENTO RESPECTO A LAS CAUSADAS EN ESTA ALZADA,**  
**ACUERDAN LA DEVOLUCION DEL DEPOSITO.**

Saludos Cordiales

K

ROLLO NÚM. 001135/2017

## SENTENCIA NÚM.: 658/17

Ilustrísimos Sres.:

MAGISTRADOS  
 D. GONZALO CARUANA FONT DE MORA  
 D<sup>a</sup>. BEATRIZ BALLESTEROS PALAZON  
 D: SALVADOR U. MARTINEZ CARRION

En Valencia, a 05-12-2017.

Vistos por la Sección Novena de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **DON/ DOÑA GONZALO CARUANA FONT DE MORA**, el presente rollo de apelación número 001135/2017, dimanante de los autos de Juicio Ordinario - 001191/2015, promovidos ante el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 6 DE VALENCIA, entre partes, de una, como apelante a  
 representados por el Procurador de los Tribunales SERGIO LLOPIS AZNAR, y asistido del Letrado JUAN IGNACIO NAVAS MARQUES, y de otra, como apelado a NOVO BANCO SA SUCURSAL EN ESPAÑA, representado por el Procurador de los Tribunales MARIA GISBERT RUEDA, y asistido del Letrado ELISA DOLORES MARTIN MORENO, en virtud del recurso de apelación interpuesto por

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La Sentencia apelada pronunciada por el Ilmo. Sr. Magistrado del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 6 DE VALENCIA en fecha 21-07-2016, contiene el siguiente FALLO: "Que desestimando la demanda formulada a instancia de D. *representado por el Procurador D. Sergio Llopis Aznar, contra la mercantil "Banco Espíritu Santo (hoy Novo Banco)", representado por la Procuradora D<sup>a</sup>. María Gisbert Rueda, debo absolver y absuelvo a la demandada de las pretensiones efectuadas en su contra, sin expresa imposición de costas."*

**SEGUNDO.-** Que contra la misma se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por

dándose el trámite previsto en la Ley y remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial, tramitándose la alzada con el resultado que consta en las actuaciones.

**TERCERO.-** Que se han observado las formalidades y prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

### PRIMERO.

presentaron demanda en 23/6/2015 contra la entidad Banco Espíritu Santo (en la actualidad Novo Banco SA) ejercitando la acción de incumplimiento por la demandada de sus obligaciones contractuales por la venta asesorada de determinados productos de inversión y subsidiariamente la nulidad de la suscripción de los Bonos BES concertados en fecha de 13/1/2014 por valor nominal de 200.000 euros y el contratado en fecha de 21/3/2014 por valor nominal de 200.000 euros, por concurrir error-vicio en el consentimiento, solicitando, además de un pronunciamiento declarativo en tal sentido, se obligase a la entidad demandada, en cualquiera de las dos acciones, a reintegrar a los demandantes la cantidad desembolsada y con el derecho de los demandantes a retener los intereses percibidos por la inversión.

Emplazada personalmente la entidad demandada en fecha de 11/9/201, no contestó a la demanda, siendo declarada en rebeldía por Diligencia de Ordenación del Juzgado Primera Instancia de 15/1/2016.

Notificada a la demandada en igual domicilio, dicha resolución, compareció en autos, la entidad Novo Banco SA Sucursal en España, interponiendo recurso de reposición contra dicha Diligencia de Ordenación, para que el proceso continuase exclusivamente contra Banco Espíritu Santo SA Sucursal en España, al carecer aquella de legitimación para intervenir en este proceso.

El Juzgado Primera Instancia dictó Decreto de 30/3/2016, desestimando la reposición planteada.

Celebrada la audiencia previa y acto del juicio, el Juzgado Primera Instancia dictó sentencia desestimando la demanda por concurrir la falta de legitimación pasiva de la entidad Novo Banco SA, por virtud del artículo 19 de la Ley 6/2005 de 22 de abril y el Acuerdo del Banco de Portugal de 29/12/2015, al no quedar transferido a la entidad Novo Banco SA la responsabilidad deducida en el procedimiento actual.

Se interpone recurso de apelación por la parte demandante por los motivos que ahora meramente se enuncian y sintetizan: 1º) Su disconformidad con la acogida de la falta de legitimación pasiva ad causam, porque la realidad muestra que Novo Banco SA es titular de la relación jurídica litigiosa y que ha asumido la responsabilidad de los Bonos BES litigiosos conforme a la documental aportada a los autos, no siendo Banco Espíritu Santo SA una entidad independiente de Novo Banco SA, concurriendo una sucesión universal entre ambas entidades; 2º) Improcedente comercialización de los Bonos BES con los demandantes, minoristas y de perfil conservador; concurriendo una información

deficitaria determinante del error en la contratación, solicitando la revocación de la sentencia del Juzgado Primera Instancia por otra que estime la demanda.

Por otro si solicitaba que el Tribunal interpusiera una cuestión prejudicial ante el TJUE para que se pronunciase sobre la interpretación que debe darse a la Directiva 2001/24 en la que se basa la defensa jurídica del Acuerdo del Banco de Portugal y si el mismo vulnera de pleno la Directiva 93/13 sobre la especial protección que debe darse al consumidor minorista.

La parte demandada solicitó la confirmación de la sentencia, reiterando por un lado la falta de legitimación pasiva de la mentada entidad y por otro lado la inexistencia del error en la contratación de los Bonos BES.

**SEGUNDO. Legitimación pasiva de la entidad demandada Novo Banco SA, Sucursal en España.**

Esta cuestión, dada la ausencia de contestación a la demanda, ha sido apreciada de oficio por el Juzgador en la sentencia ahora revisada.

Para resolver la presente cuestión es necesario deslindar, primeramente, dos apartados donde se van a exponer unos datos fácticos de interés relevantes a los presentes efectos; por un lado sobre el devenir del Banco Espiritu Santo SA Sucursal en España SA (2-1) y por otro, la incidencia de tal devenir en la relación contractual objeto de enjuiciamiento (2-2) entre los actores y la entidad financiera.

**2-1.a)** Teniendo en cuenta la documental aportada y traducida por la entidad demandada, comparecida en autos y admitida en la audiencia previa, resulta que por Acuerdo de intervención de Banco de Portugal de fecha 3/8/2014, se somete a resolución al Banco Espiritu Santo SA y se decide la constitución de un banco puente, Novo Banco SA, al que se transfiere los activos, pasivos, elementos extra-patrimoniales y activos bajo gestión del BES y conforme al nº 1 apartado (b) del Anexo 2 expone:

“Las responsabilidades del BES ante terceros, que constituyan pasivos o elementos extra-patrimoniales, se transferirán íntegramente al Novo Banco SA con excepción de los siguientes:

(v) “Cualesquiera responsabilidades o contingencias resultantes de dolo, fraude y vulneración de disposiciones regulatorias penales o administrativas”.

(vii) “Cualquiera responsabilidad o contingencia relativa a la comercialización, intermediación financiera y distribución de instrumentos de deuda emitida por entidades que integran Grupo Espiritu Santo”.

**2-1.b)** Posteriormente en fecha de 11/8/2014 se modifica tal Acuerdo en el mentado apartado de excepción (v) y se redacta en los siguientes términos:

“Cualesquiera responsabilidades o contingencias, especialmente las resultantes de fraude o vulneración de disposiciones o determinaciones regulatorias, penales o administrativas”.

**2-1.c)** Por Acuerdo de Banco de Portugal de 13/5/2015 se aclara tal excepción (vii) en el sentido de “no puede en ningún caso entenderse en el sentido de permitir la transferencia a Novo Banco de posibles obligaciones o responsabilidades genéricamente relacionadas con el reembolso de instrumentos de deuda emitidos por entidades del Grupo BES , debido a la incapacidad de estas entidades de cumplir con sus compromisos.”

**2-1.d)** En Boletín Oficial del Estado de 3/10/2014 se publicita por Banco de España en cumplimiento del artículo 19 de la Ley 6/2005 de 22 de abril que Banco de Portugal ha aplicado a Banco Espíritu Santo SA una medida de resolución consistente en la transmisión parcial de su negocio a un Banco puente, constituido al efecto, denominado Novo Banco SA que continuará sin interrupción con la actividad ordinaria de Banco Espíritu Santo SA.

**2-1. e)** Por Acuerdo del Consejo de Administración del Banco de Portugal de fecha 29/12/2015 se aclara el apartado (b) del nº 1 del Anexo 2 del acuerdo de 3/8/2014 sobre lo que no es objeto de transmisión a Novo Banco SA.

(iii) Todas las indemnizaciones relacionadas con el incumplimiento de contratos (compraventa de activos inmobiliarios y otros) firmado y celebrados antes del las 20.00 del día 3/8/2014.

(vi) Todas las indemnizaciones y créditos resultantes de la anulación de operaciones realizadas por el BES como prestador de servicios financieros y de inversión; y

(vii) Cualquier responsabilidad que sea objeto de cualesquiera de los procedimientos descritos en el Anexo I (cuyo apartado II contiene un listado de responsabilidades litigiosas relativas a procedimientos judiciales, procedimientos administrativos y procedimientos regulatorios pendientes fuera de Portugal, colacionados en folios 215 a 217 del T-II)

**2-1. f).** Novo Banco SA Sucursal en España está situado en la misma sede física (oficina) en que se encontraba Banco Espíritu Santo SA Sucursal en España, Plaza Rodrigo Botet.6 Valencia; con el mismo número de identificación fiscal (W0102800j), conforme al contenido de la escritura notarial (f.20 Tomo II) y los empleados en tal oficina de Banco Espíritu Santo SA Sucursal en España, pasan igualmente a ser empleado de Novo Banco SA Sucursal en España.

**2-2** Conforme a los documentos aportados por la parte demandante no impugnados de contrario, el nº 6 de la demanda el contrato de inversión, consiste en la contratación (orden de valores) de dos Bonos BES en 13 enero y 21 marzo de 2014; por importe nominal cada uno de 200.000 euros y con vencimiento –ambos- a fecha de 28/11/2013 firmados entre \_\_\_\_\_ y la entidad Banco Espíritu Santo SA Sucursal en España.

Ante las noticias publicitadas aparecidas sobre la situación económica - financiera de Banco Espiritu Santo SA en el año 2014, el actor se dirigió por carta de 29 de agosto de 2014 a Banco Espiritu Santo, Pza. Rodrigo Botet-6 Valencia; peticionando información sobre el estado de sus productos, para obrar en consecuencia, (Doc.10; Tomo-1; f.186).

En 15/12/2014 dirige misiva a Banco Espiritu Santo-Novo Banco (Pz. Rodrigo Botet-6 Valencia) en la que además de afirmar la falta de contestación a su carta anterior, reprochó que no ha sido abonado los cupones de los Bonos BES (Doc.10 f.188, T-I).

Al no obtener contestación, en 16/12/2014 el Sr. [redacted] dirige "email" al Director General de Novo Banco SA Sucursal en España (Sr. [redacted]), en calidad de cliente, exponiendo tal situación y advirtiéndole que de no obtener respuesta retiraría sus fondos de dicha entidad (Doc.10, f.183).

Ante la insistencia del Sr. [redacted] (correo de 18/12/2014, f.185) contesta Juan Novell (empleado de Novo Banco en la misma oficina de Pz/Rodrigo Botet 6 Valencia) en el que anuncia se pondrán en contacto con los demandantes (Doc.10 f, 184 y 185; Tomo-1). Como esa comunicación no se produce, el mismo día el actor envía correo a Novo Banco SA, decidiendo reducir la cartera (misiva electrónica obrante a folio 185).

Posteriormente el Director General de Novo Banco se puso en contacto con el actor afirmando que en 20 días los titulares de los bonos verán solucionado el problema de la pérdida del producto (afirmación fáctica de la demanda no contradicha de contrario).

En fecha de 23/2/2015 [redacted] remite en nombre de Novo Banco SA Sucursal en España a los actores [redacted] e-mail comunicando la solvencia de la entidad al afirmar tener un capital íntegramente desembolsado de 4.900 millones de euros y adjunta un comunicado del Banco de Portugal (f.152 y siguientes) de 3/8/2014 (traducción al folio 155 y ss. T-II) sobre la aplicación de medida de resolución al Banco Espiritu Santo SA, publicitando a los clientes los siguientes términos "*Nada cambia para los clientes. Los clientes pueden realizar todas las operaciones como de costumbre y sin alteraciones. El contenido de las relaciones contractuales con los clientes se mantienen sin cambios*" y en el apartado relación con los clientes se dice que "*los clientes del Banco Espiritu Santo SA cuyos depósitos, otros derechos de crédito o mutuos se hubieran trasladado a Novo Banco comenzarán a operar con Novo banco y no tendrán que formalizar ninguna diligencia*".

### 2-3. Decisión del Tribunal.

2-3. a). En primer lugar es de contestar a la petición de la parte recurrente instando a este Tribunal a plantear cuestión prejudicial ante el TJUE por la primacía y protección de los actores en virtud de la Directiva 93/13 de protección y defensa de consumidores frente a la Directiva 2001/24.

La Sala entiende que no resulta viable dicho planteamiento toda vez que amen de no darse la exigencia formal del artículo 267 párrafo segundo y tercero del Tratado, no nos encontramos en materia de consumo, sino en materia de responsabilidad por contratos financieros y de inversión y la Directiva 2001/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo

de 4 de abril de 2001, relativa al saneamiento y a la liquidación de las entidades de crédito (modificada por Directiva 2014/59 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014 por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, y por la que se modifican entre otras la Directivas 2001/24/CE, y los Reglamentos (UE) n o 1093/2010 y (UE) n o 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo) tiene por objetivo garantizar ante la insolvencia e inviabilidad de una entidad de crédito con sucursales en otros países de la Unión Europea, se aplique un procedimiento único de liquidación a todos los acreedores e inversores. Dicha Directiva aplica el principio de decisión y control por el país miembro de origen de la entidad al procedimiento de liquidación y el reconocimiento por los países miembros de acogida donde se ubican las sucursales de tal decisión.

Respecto a la entidad puente la Directiva 2014/59 (omitida en la Directiva 2001/24) en su artículo 40-2 (b) dice ser aquella que *"se constituya con el propósito de recibir y mantener todas o parte de las acciones u otros instrumentos de capital emitidos por una entidad objeto de resolución o todos o parte de los activos, derechos y pasivos de una o varias entidades objeto de resolución con miras a continuar algunas o parte de las funciones, servicios y actividades de dicha entidad o entidades."*

**2-3. b).** El Artículo 19 de la Ley 6/2005 de 22 abril de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión se titula Efectos y publicidad en España de la adopción de medidas de saneamiento y procedimientos de liquidación, claro apoyo de la razón que soporta la decisión del Juzgador de la Instancia, dice:

*<<1. Cuando respecto a una entidad de crédito autorizada en un Estado miembro de la Unión Europea que tenga al menos una sucursal o preste servicios en España se haya adoptado una medida de saneamiento o incoado un procedimiento de liquidación, dicha medida o procedimiento surtirá, sin más formalidades, todos sus efectos en España tan pronto como lo haga en el Estado miembro en el que se haya adoptado la medida o incoado el procedimiento.*

*2. El Banco de España, una vez haya recibido la correspondiente notificación de la autoridad supervisora competente, informará mediante la publicación en el «Boletín Oficial del Estado», de la decisión de adopción de la medida de saneamiento o de la incoación del procedimiento de liquidación.>>*

Es decir tal precepto, aplicado en el presente caso por el Banco de España con la comunicación publicitada en el BOE, refiere como titula el mismo artículo, a la publicidad en España de la medida adoptada por la autoridad portuguesa respecto al Banco Espíritu Santo y que dicho procedimiento de liquidación resulta igualmente efectivo en España donde giran sucursales del citado Banco; pero ello no significa de por sí la eliminación de la acción judicial de terceros que pudieran ostentar contra la entidad objeto de resolución ni -como luego se expondrá- contra la entidad puente creada como medio (instrumento de resolución) para llevar a cabo la liquidación.

**2-3 c).** Las referencias por la parte apelada a las diversas sentencias de Audiencias Provinciales sobre el caso Bankpyme y CaixaBank (con la matización de que dicho proceso de venta de unidad de negocio bancario, es completamente diverso al ahora enjuiciado,

significativo de un proceso administrativo de resolución de una entidad de crédito inviable -Banco Espíritu Santo-, por medio de la creación de una entidad puente que se constituye con todo el caudal patrimonial y negocial de la entidad sometida liquidación, pero con la exclusión de los pasivos contingentes), es contrario a su posición dada la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 29/11/2017 por el que fija la asunción de responsabilidad de la entidad Caixabank en las acciones de nulidad en contratos de comercialización de productos de inversión por Bankpyme.

**2-4 d).** A la hora de interpretar los términos de tal Acuerdo del Banco de Portugal a los efectos ahora tratados, debe siempre ponerse de manifiesto el fundamento de la Directiva 2001/24/CE, que no es otro -con independencia de preservar el sistema financiero-, que la protección de los acreedores y depositantes, en suma, clientes con relación contractual, porque un mecanismo de resolución tiende a solucionar de la mejor forma posible una situación de inviabilidad de una entidad de crédito. Por consiguiente atendidos los principios rectores del Tratado Constitutivo de la Unión Europea de seguridad y justicia, que en el ámbito ahora enjuiciado debe traducirse en la protección del crédito y por ende a los terceros que se han relacionado contractualmente con la entidad de crédito sometida a resolución, determinará para el Tribunal que fijado con claridad que a la entidad puente se le ha transferido, no solo la actividad negocial bancaria (cuya autorización a Banco Espíritu Santo está revocada) sino también la responsabilidad frente a terceros; las exclusiones adoptada por la autoridad competente portuguesa, deban interpretarse y aplicarse absolutamente de forma restrictiva y siempre con respeto al estado de derecho en el que igualmente se funda el Derecho de la Unión (artículo 2).

**2.4 e).** El Tribunal debe revocar la sentencia del Juzgado Primera Instancia y debe sentar la legitimación de la entidad interpelada y comparecida (posteriormente a quedar precluido el trámite de contestar a la demanda) y ya adelanta que en modo alguno se trata por este órgano judicial de negar la facultad de la autoridad competente portuguesa en la adopción de la medida de resolución del BES, sino de fijar si frente a la acción de nulidad contractual por vicio estructural de un contrato de inversión que los actores contrataron con Banco Espíritu Santo SA Sucursal en España, resulta el banco puente, Novo Banco SA Sucursal en España, legitimada para soportarla y la contestación ha de ser positiva por las siguientes consideraciones.

- l) Conforme al contenido de los Acuerdos de Banco de Portugal de 3/8/2014; 11/8/2014 y 13/5/2015, como bien explicita el Juez en su sentencia, no consta de forma expresa que una acción de nulidad contractual por vicio en el consentimiento que conlleva la restitución de las prestaciones entre ambos contratantes, esté incluida en la excepción a la norma general de transferencia de responsabilidades al Banco Puente. Como se ha expuesto supra no caben en esta interpretación presunciones, dado el enunciado general de transmisión de todas las responsabilidades y transferencia global de la actividad financiera y su mantenimiento al Banco Puente.

No se exige una obligación o indemnización y no estamos ante una reclamación por fraude, o dolo o fundada en leyes penales o administrativas, ni en un contrato de compraventa. Véase que el fundamento de exclusión de transmisión y por ende de acoger la falta de legitimación en la sentencia del Juzgado Primera Instancia, se basa



en el Acuerdo de Banco de Portugal de 29/12/2015, donde se fijó no atender las acciones de nulidad deducidas en proceso judiciales; es decir, por una decisión que se adopta seis meses después de estar presentada la actual demanda y tres meses después de estar emplazada Novo Banco SA en el procedimiento, sin formular contestación a la demanda. Por otro lado, el artículo 411 de la Ley Enjuiciamiento Civil impone que la sentencia ha de resolver conforme al momento de la litispendencia que es cuando se presenta la demanda admitida, por tanto la razón del Juzgador no es correcta desde tal parámetro legal. A mayor abundamiento, incluso en el listado de procedimientos judiciales que consta en el Anexo, no se menciona al presente proceso judicial.

- II) Si bien no puede calificarse –formalmente- la decisión de resolución con la implementación de un Banco Puente de una sucesión universal de la entidad BES por Novo Banco SA y así el BOE publicita la transmisión parcial, no puede admitirse que Novo Banco Sucursal en España SA, sea una entidad desvinculada de BES Sucursal en España SA, cuando aquella se constituye con la base patrimonial y negocial del BES; pasa a ocupar su posición en los activos, pasivos y elementos extra-patrimoniales; pasa a mantener la misma sucursal en España con la nueva denominación, preservando, manteniendo y continuando con la relación negocial que los clientes contrataron con BES; ocupando físicamente y titulando la oficina de BES para efectuar las gestiones y reclamaciones. (con idénticos empleados y gestores del banco) y es donde se han realizado los emplazamientos y citaciones judiciales, sin impedimento alguno.
- III) Fuera del proceso no se ha invocado por Novo Banco, frente a los demandantes su falta de relación o responsabilidad, al contrario, se efectúan gestiones bancarias y de inversión con los actores, sigue manteniéndose el contrato de administración de valores en que se incluyen como títulos los Bonos Bes, con la prosecución de la misma relación negocial entre ellos. Novo Banco ante las reclamaciones del demandante, las recepcionó, tramitó y prometió una solución que finalmente y ahora en el proceso se niega a intervenir por decir que carece de legitimación para responder de las mismas, contestación omitida en la larga y variada comunicación telemática habida entre las partes.

Por las consideraciones expuestas, dada la naturaleza de la acción de nulidad entablada y los principios expuestos supra rectores del Derecho de la Unión, hemos de concluir que Novo Banco SA Sucursal en España, como continuador del servicio y actividad financiera de Banco Espiritu Santo SA Sucursal en España, está legitimado para soportar dicha acción dada la transferencia y garantía en esa continuidad y mantenimiento de los servicios financieros y por ende asumiendo la posición en los contratos concertados por la entidad objeto de resolución conforme al artículo 1258 del Código Civil.

Procede por tanto revocar la sentencia del Juzgado Priemera Instancia y rechazar la apreciación de oficio de la falta de legitimación pasiva de la entidad demandada comparecida en autos posteriormente a quedar precluido el trámite de contestación.

**TERCERO. Análisis y enjuiciamiento de la acción de nulidad del contrato de inversión por la concurrencia del error vicio.**

Señalar que por mor del artículo 465-5 de la Ley Enjuiciamiento Civil, este Tribunal debe atemperarse a lo fijado en el recurso de apelación y como este en su contenido en el tema ahora examinado se centra exclusivamente en que la contratación estuvo viciada por el error en la prestación del consentimiento, va a examinar solo dicha acción de nulidad y no la primeramente deducida en la demanda, de incumplimiento de obligaciones en un contrato de asesoramiento.

**3-1. Falta de legitimación pasiva de Novo Banco Sucursal como destinataria de una acción de nulidad de compraventa de Bonos BES.**

En pliego de oposición al recurso de apelación la demandada comparecida invoca que su labor fue de simple ejecutante de órdenes, actuando como mera intermediaria, no siendo contraparte de los demandantes en esa operación de adquisición que tiene lugar en el mercado secundario.

Esta posición debe ser plenamente rechazada, en primer lugar, por ser absolutamente extemporánea al introducirse en la alzada cuando debió ser deducida en la contestación a la demanda conforme al artículo 405 de la Ley Enjuiciamiento Civil, trámite del que la demandada no hizo uso. En segundo lugar, porque es reiterado firmemente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la que se reseñan las sentencias de 12/1/2015, 24/10/2016, 1/12/2016 y 20/7/2017, la legitimación pasiva de la entidad bancaria que comercializa a sus clientes un producto de inversión cuando se ejercita la acción (como es el caso) de nulidad y se peticiona la restitución de las prestaciones. En tercer lugar, es que el propio Bono BES resultaba emitido por Banco Espíritu Santo (según declaración del propio gestor bancario, Sr [redacted] interviniente en el acto del juicio.

**3-2. Recomendación personalizada y déficit informativo.**

Vaya por delante que la construcción fáctica y jurídica que se ha hecho en la demanda sobre el vicio estructural en la contratación por un déficit informativo del Banco comercializador del producto(amén de ser su emisor), ha carecido de resistencia por no haber contestado la entidad demandada conforme al artículo 405 de la Ley Enjuiciamiento Civil, lo que en la materia que ahora tratamos es de gran relevancia porque estando ante la contratación de productos de inversión de riesgo y complejos (Bono Subordinado), cubierto por la Ley del Mercado de Valores, en el que resulta de relevancia verificar el cumplimiento del deber de información que presta la entidad comercializadora, resulta que la entidad demandada no defendió ni justifica haber prestado tales deberes.

Los documentos adjuntados con la demanda no han sido impugnados y la Sala estima suficientemente acreditada la relación de confianza que los actores ostentaban con el gestor del banco, [redacted] que venía de años atrás y quien en el acto del juicio, visto el soporte de grabación de su testimonio(ex artículo 456-1 de la Lec), dejó claro que al cambiar él en su profesión de gestor de entidad bancaria y pasar a Banco Espíritu Santo SA Sucursal en España (luego con igual relación laboral y función con Novo Banco SA

Sucursal en España) ofertó en numerosas ocasiones a los actores los productos y también los Bonos BES que el miso calificó de subordinado. Por tanto fue el Banco quien toma y lleva a cabo la iniciativa para que el cliente invierta en sus productos, asesoramiento que no se enerva porque finalmente, como no puede ser de otra manera, sea la decisión del cliente quien decide contratar. En momento alguno consta que la Sr tomase la iniciativa o promoviese la contratación. Este relevante dato fáctico pone ya de manifiesto, encontrarnos ante una "recomendación personalizada", tal como ha señalado el TJUE en la sentencia de 30/4/2013 (caso Genil) (criterio seguido por Tribunal Supremo desde la sentencia del de 20/1/2014) al decir:

*<<la cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente" (apartado 53). Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el art. 52 Directiva 2006/73, que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.4 Directiva 2004/39/CE.*

*El art. 4.4 Directiva 2004/39/CE define el servicio de asesoramiento en materia de inversión 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 financiero". Y el art. 52 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. Carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público.>>*

En dicha relación, el deber de la entidad prestadora de la contratación/ comercialización del producto de inversión, amén de interesada (pues el Bono BES es emitido por la propia entidad bancaria), no solo es cerciorarse de que el cliente ostenta conocimiento y experiencia para comprender su contenido, funcionamiento y riesgos (que se consigue por el test de conveniencia), sino que además, tal producto es idóneo para los fines de inversión (test de idoneidad). Dada esa relación de asesoramiento, debió practicarse este test de idoneidad (artículo 79 bis 5-b de la Ley del Mercado de Valores), para modular si el producto ofrecido se adecuaba a los conocimientos y experiencia del cliente en relación con los objetivos de aquel y su situación financiera.

Al caso presenta una gran relevancia el incumplimiento de tales deberes, en primer lugar porque el test de conveniencia que figura practicado en el año 2012, concluye que los actores presentan un perfil "conservador", (Doc.12 demanda)no obstante, se le recomienda un producto de alto riesgo y, en segundo lugar porque no consta que tuviese contratados otros productos de inversión similares a fecha de enero de 2014, quebrando dicha idoneidad.

Resulta harto significativo que el único documento expresivo de la contratación de los Bonos BES, el instrumento nº 6 de la demanda, carece de explicación alguna del producto

y de su riesgo y en tal sentido la Sala advierte la absoluta inseguridad del testigo cuando fue preguntado sobre si comunicó el riesgo de solvencia del emisor del bono (lo que al caso constituye una cuestión harto relevante dado la situación económico financiera de la entidad emisora), no emitiendo a pesar de la reiteración y explicitación del Juez, contestación positiva.

Es más el testigo afirmó que el Sr [redacted] debía conocer el producto porque le dio su código ISIN para que accediera a Internet para su conocimiento, cuando el deber informativo impuesto por la normativa es de prestación directa por la entidad comercializadora. Como expresa la sentencia del Tribunal Supremo de 17/6/2016:

*<<Es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, no sus clientes, inversores no profesionales, quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional. El cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante.>>*

Respecto al perfil de los demandantes, como fijan la sentencias del Tribunal Supremo (entre otras) de 12/1/2015; 22/10/2015, 20/11/2015 y 4/2/2016, delimitando el conocimiento en este sector de productos de inversión complejos y de riesgo, no basta con los conocimientos usuales del mundo de la empresa o incluso de quien tiene estudios de ciencias empresariales o económicas, pues son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros para que pueda excluirse la existencia de error o considerar que el mismo fue inexcusable. En el caso presente, a pesar del alegato en la oposición al recurso, dada la falta de contestación ala demanda, siquiera se alegó un perfil de experto en tal sector inversor.

### **3-3. Error vicio determinante de la nulidad contractual.**

Como dice el Tribunal Supremo en la sentencia de 4/2/2016, siguiendo la línea de las sentencias de 20/1/2014 y 10/9/2014 *<< Pero cuando, como ocurre en la contratación en el mercado de valores, el ordenamiento jurídico impone a una de las partes un deber de informar detallada y claramente a la contraparte sobre las presuposiciones que constituyen la causa del contrato, como es el caso de la naturaleza y los riesgos de los productos y servicios de inversión, para que el potencial cliente pueda adoptar una decisión inversora reflexiva y fundada, en tal caso, la omisión de esa información, o la facilitación de una información inexacta, incompleta, poco clara o sin la antelación suficiente, determina que el error de la contraparte haya de considerarse excusable, porque es dicha parte la que merece la protección del ordenamiento jurídico frente al incumplimiento por la contraparte de la obligación de informar de forma imparcial, veraz, completa, exacta, comprensible y con la necesaria antelación que le impone el ordenamiento jurídico>>*.



declaración; procediéndose a devolver los autos originales, junto con certificación literal de la presente resolución y el oportuno oficio, al Juzgado de su procedencia.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** Que la anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado que la dicto, estando celebrando Audiencia Pública la Sección Novena de la Audiencia Provincial en el día de la fecha. Doy fe.