

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 37 DE MADRID

PROCEDIMIENTO: Juicio ordinario n° 2078/2009

ILUSTRE COLEGIO PROCURADORES DE MADRID	
RECEPCIÓN	NOTIFICACIÓN
20 ENE 2011	21 ENE 2011
Artículo 151.3 L.R.C. 1/2000	

En Madrid, a 19 de enero de 2011.

Vistas las presentes actuaciones por la Ilma. Sra. D^a ANA MARÍA ALVAREZ DE YRAOLA, Magistrada del Juzgado de Primera Instancia n° 37 de Madrid, ha pronunciado EN NOMBRE DE S.M. EL REY la siguiente

SENTENCIA

En los autos de juicio ordinario número 2078/2009 seguidos por este Juzgado a instancia de D. JOSE LUIS MARTÍNEZ LAGUNA, representado por el Procurador D. Antonio Barreiro-Meiro Barbero y defendido por el Abogado D. Pedro María Huerta Trolez, contra BANCO ESPIRITO SANTO, SA, SUCURSAL EN ESPAÑA, representada por la Procuradora D^a María Luisa Montero Correal y defendida por el Abogado D. Agustín Capilla Casco, y contra BES-VIDA, COMPANHIA DE SEGUROS, SA, SUCURSAL EN ESPAÑA, representada por el Procurador D. Victorio Venturini Medina y defendida por los Abogados D. Jose Ramón Casado Valderrábano y D. Daniel Sevillano Rodríguez, en ejercicio de dos acciones contractuales acumuladas de resolución por incumplimiento e indemnización de 117.618,83 euros y 100.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- En fecha 26-10-2009 tuvo entrada en el Decanato de los Juzgados de Madrid escrito de demanda, repartido a este Juzgado el 3-11-2009, en el que D. JOSE LUIS MARTÍNEZ LAGUNA, representado por el Procurador D. Antonio Barreiro-Meiro Barbero y defendido por el Abogado D. Pedro María Huerta Trolez, promovía juicio ordinario en ejercicio de acción contractual en reclamación de 217.618,83 euros contra BANCO ESPIRITO SANTO, SA, SUCURSAL EN ESPAÑA y contra BES-VIDA, COMPANHIA DE SEGUROS, SA, SUCURSAL EN ESPAÑA, en la que, expuestos los hechos y fundamentos de derecho que se consideró de aplicación al caso, finalizaba con la súplica dirigida al juzgado de que, una vez seguidos los trámites previstos en la ley se dictara sentencia por la que se declare: 1º que las demandadas han incumplido sus obligaciones contractuales con el actor, el derecho de información clara, correcta, suficiente y oportuna y de asesoramiento diligente, dando por resuelta la relación contractual existente; 2º se condene solidariamente a las demandadas a abonar al actor la cantidad de 117.618,83 euros en concepto de indemnización por la contratación del producto BES LINK, más los intereses legales desde la presentación de la demanda; 3º se condene a BANCO ESPIRITO SANTO, SA, SUCURSAL EN ESPAÑA a abonar al actor la suma de 100.000 euros en concepto de indemnización por la contratación del producto Contrato Atípico, más los intereses legales desde la presentación de la demanda; 4º se condene a las demandadas al pago de las costas de esta primera instancia.

En resumen, los hechos alegados en la demanda son que:

D. JOSE LUIS MARTÍNEZ LAGUNA ha mantenido desde hace años una relación comercial estable con la codemandada BANCO ESPIRITO SANTO, SA, SUCURSAL EN ESPAÑA a través de la oficina de esta en Santander, siendo el Banco quien sugería al actor las formas de invertir su patrimonio, siempre con criterios de prudencia. En concreto se suscribieron dos inversiones recomendadas por el Banco:

1º un seguro de vida BES Link Inversión Estructurada, nº de póliza 473-8, de fecha efecto 22-12-2005, reasignado con fecha efecto el 22-12-2007 (en adelante, BES Link) (doc. 3),

2º un contrato financiero atípico sobre BBVA y Banco Santander, suscrito el 8-10-2007 (en adelante, Contrato Atípico) (doc. 4).

El 8-10-2008 las demandadas comunican al actor que su inversión BES Link está invertida en una emisión de Lehman Brothers Treasury Co.B.V., entidad que ha entrado en insolvencia, por lo que la inversión se ha perdido. De forma verbal, el representante del Banco en Santander le comunicó que también el Contrato atípico estaba afectado y que tenía documentos para firmar el cambio de emisor del mismo, hallándose a la espera de recibir uno similar para el Bes Link. Tras diversas conversaciones el Banco y Bes-Vida ofertaron la sustitución de la inversión Bes Link por otro activo emitido por el Grupo Espirito Santo, accediendo D. JOSE LUIS MARTÍNEZ LAGUNA a firmar el Acuerdo de novación de póliza de seguro que le ofertaba el Banco (doc. 11). Solo en ese momento se ponen a disposición del actor los anexos del acuerdo, en los que aparece la quebrada Lehman como emisor. Una vez firmada por el actor la novación, el Banco exigió que previo a su firma se firmase también un "Acuerdo de Aclaración de Contrato Financiero Atípico" (en doc. 8).

El contrato BES Link se contrata en 2005 con la Companhia de Seguros Tranquilidade-Vida, con la misma dirección que BES-VIDA, con una prima única de 100.000 euros y un capital por fallecimiento de 1.000 euros; el activo de inversión afecto es "5 AUTO-CALLABLE NOTE ON TELEFONICA, SA". Tras la reasignación en 2007 se modifican las condiciones particulares en que se contrata con BRS VIDA y que el activo afecto es "5 AUTO-CALLABLE NOTE ON ENI S.P.A.". Todas las negociaciones se desarrollaron siempre con el BANCO ESPIRITO SANTO y en realidad nunca se tuvo la intención de suscribir un seguro de vida sino que se suscribió la forma de inversión recomendada por el banco, en base al perfil conservador del actor, inversor minorista. Entre la documentación entregada está la "Nota Informativa" (doc. 15) aunque no su anexo, y en ella se afirma que la decisión de invertir corresponde a Tranquilidade-Vida respetando la estrategia de inversión, sin que el tomador tenga facultad para modificar las inversiones; sin embargo, no se define cuál sea tal estrategia de inversión.

Lo interesado por D. JOSE LUIS MARTÍNEZ LAGUNA era un producto de inversión conservador con valores reconocidos y estables, como Telefónica o la italiana ENI. El banco siempre envió un extracto donde figuraba la póliza de BES-VIDA, y una vez conocida la quiebra de Lehman Brothers modifica el nombre del producto estructurado (docs. 17 y 18), siendo también desde tal quiebra cuando remite al actor los anexos informativos y las condiciones de inversión, sin que en la renovación de 2007 se entregara tal anexo de 22-12-2007, aunque se alegue en el fax de 18-12-2007, sin que nunca se entregara tampoco ningún documento que recogiese que la inversión se hacía a través de Lehman Brothers.

Respecto a la solvencia de Lehman Brothers, esta estaba en entredicho desde agosto de 2007 en que surgió la crisis de las hipotecas subprime, pese a lo cual BANCO ESPÍRITU SANTO invirtió en bonos de Lehman Brothers con clara negligencia. Además, tal insolvencia

nunca se consideró como un riesgo de inversión imputable al cliente, siendo tales solo las fluctuaciones del mercado o de divisas, considerándose la insolvencia del emisor solo un motivo para que la aseguradora cambiara el activo, según el anexo a la nota informativa.

En la documentación entregada por el Banco en 2009 para hacer un nuevo seguro se introdujeron importantes modificaciones.

La documental de la segunda de las inversiones (conjunto doc. 8) contiene las condiciones particulares y las generales y no alude a ningún bono estructurado de Lehman. La modificación pretendida por el Banco mediante el Acuerdo de Aclaración del Contrato Atípico refleja que BES había suscrito un bono estructurado de Lehman, que por error se puso a nombre del cliente, y que en caso de que el Bono estuviese garantizando cualquier obligación respecto de BES, el cliente se obliga a firmar cuantos documentos fueren necesarios para mantener la garantía. El actor ha reclamado reiteradamente el apunte contable de la compra del Bono de Lehman, sin que el Banco haya accedido.

Las indemnizaciones que se reclaman son:

1º Solidariamente contra ambas demandadas por ser siempre el Banco el único interlocutor contractual y pertenecer ambas al mismo Grupo: la inversión del actor de 117.618,83 euros en el contrato de seguro Bes Link (doc. 8), con el interés legal desde la presentación de la demanda,

2º y solamente a BANCO ESPÍRITU SANTO los 100.000 euros invertidos en el contrato financiero atípico, con el interés legal desde la presentación de la demanda.

SEGUNDO.- Por Auto de fecha 23-12-2009 y subsanación de 18-1-2010 se admitió a trámite la demanda, acordándose su sustanciación por los trámites del juicio ordinario, y, en su consecuencia, se acordó dar traslado a las demandadas, a quienes se halló el 1 y el 22 de febrero de 2010 en los domicilios consignados en la demanda.

El 2-3-2010 presentó escrito de contestación a la demanda BES-VIDA, COMPANHIA DE SEGUROS, SA, SUCURSAL EN ESPAÑA, representada por el Procurador D. Victorio Venturini Medina y defendida por los Abogados D. Jose Ramón Casado Valderrábano y D. Daniel Sevillano Rodríguez, interesando que se dicte sentencia por la que se desestime la demandada con imposición de costas a la parte actora.

En síntesis, se alegan los siguientes hechos:

Es cierto que se firmó una póliza BES LINK el 22-12-2005, emitiéndose a la misma fecha el producto estructurado vinculado, siendo el emisor Lehman Brothers, que figuraba indicado en el anexo a la nota informativa entregada al tomador, constando tal producto de un valor o renta fija –bono- y de un valor de renta variable –valor subyacente- de cuya evolución en la cotización oficial dependía la rentabilidad del producto, asumiendo el tomador todos los riesgos, lo que era conocido y aceptado por D. JOSE LUIS MARTÍNEZ LAGUNA. El codemandado BANCO ESPIRITO SANTO, SA, SUCURSAL EN ESPAÑA actuaba como agente mediador por cuenta de ESPIRITO SANTO SERVICIOS, SL, ESS, participada n un 99,96 % por BANCO ESPIRITO SANTO, SA, SUCURSAL EN ESPAÑA, a través de la red de oficinas del banco. Se aclara que la fecha del Anexo no es la que figura en el encabezamiento, siendo tal fecha la de emisión del activo vinculado y cuando la póliza tomaba efecto, el 22-12-2005, tras ser solicitada el 5-12-2005 (sic, debe decir 15), y firmada

por el tomador el 5-1-2006. A cada vencimiento anual si la póliza no era rescatada por el tomador, BES Vida podía reasignar el fondo acumulado, para lo que no precisaba la previa autorización del tomador, aunque le informó debidamente, lo que fue debidamente notificado el 18-12-2007 (doc. 12), entregándole el Anexo a la Nota Informativa y el Suplemento de las Condiciones Particulares. La información y documentación del seguro entregada fue completa y cumple la legislación, siendo la solicitud de seguro (doc. 6), la Nota Informativa (doc. 7) el Anexo a la Nota Informativa (doc. 8), en la que se especifica la composición de la cesta de inversión, especificándose el activo y que el emisor es Lehman Brothers; las condiciones Particulares (doc. 9), donde se detallaban los activos y los riesgos de la inversión para el tomador, las condiciones generales (doc. 10) y las Especiales (doc. 11). También se entregó al tomador la Solicitud de reasignación en diciembre de 2007 y el anexo (doc. 12), en el que se resaltaba el alto nivel de riesgo en su inversión, entregándose el Suplemento de las condiciones particulares (doc. 13) que especificaba el importe nominal de la reasignación de 117.618,83 euros, lo que suponía una rentabilidad de casi 18 % en dos años.

Tampoco ha existido negligencia en la inversión de la prima de la póliza BES LINK en los activos de Lehman Brothers, ya que esta gozaba de alta calificación crediticia, siendo uno de los mayores bancos de inversión, que presentó solicitud de quiebra el 15-9-2008 a consecuencia de la crisis financiera de EEUU. Los artículos de diciembre de 2007 presentaban al grupo de Lehman Brothers como solvente y con un beneficio récord y su quiebra fue una sorpresa en el mundo financiero, y hasta las Agencias de Calificación especializadas concedían una alta calidad crediticia hasta el día de su solicitud de quiebra. BES-VIDA cumplió todas sus obligaciones contractuales de información y diligencia en la inversión, como ha valorado la propia CNMV.

La indemnización reclamada es improcedente, pues el activo vinculado a la póliza BES LINK no carece de valor sino que es ilíquido a consecuencia del procedimiento de insolvencia, disponiendo la compañía de importantes activos: BES-VIDA ha procedido a comunicar sus créditos en el procedimiento de insolvencia (doc. 25). Es enriquecimiento injusto y contradictorio pretender la restitución de la prima invertida y además la rentabilidad del activo de Lehman Brothers.

El actor es un experimentado hombre de negocios familiarizado con la inversión en productos financieros, tanto individualmente como a través de su empresa CARPINTERÍAS METÁLICAS MARLA, SL, y actúa asesorado por una directora financiera. La oferta de Acuerdo de novación de la póliza de seguro fue una cortesía hacia el cliente.

TERCERO.- El 24-3-2010 presentó escrito de contestación y oposición a la demanda BANCO ESPIRITO SANTO, SA, SUCURSAL EN ESPAÑA, representada por la Procuradora D^a María Luisa Montero Correal y defendida por el Abogado D. Agustín Capilla Casco, interesando una sentencia desestimatoria con imposición de costas a la parte demandante.

Se alega en síntesis que:

El contrato de seguro celebrado con BES VIDA es de la modalidad en que el tomador asume el riesgo de la inversión y la intervención de BANCO ESPIRITO SANTO, SA, SUCURSAL EN ESPAÑA (BES) ha sido de mero comercializador como red comercial del agente de seguros ESPIRITO SANTO SERVICIOS, SA, perteneciente al mismo grupo, del que el BES ha sido operador de banca-seguro. La información facilitada ha sido completa y veraz, incorporando toda la información del producto estructurado de seguro. La



indemnización solicitada del importe de la inversión más las ganancias obtenidas desde 2005 es injusta. Se asume la relación entre BES y BES-VIDA, si bien no ha habido relación entre BES y el actor en lo referente al Contrato de seguro, correspondiendo por ley la responsabilidad civil a la aseguradora; la actividad de BES ha sido de cuenta corriente asociada y mero apoderamiento habiendo sido habilitado por el tomador para realizar en las cuentas corrientes los cargos y abonos referentes al contrato de seguro, por lo que el banco incluye en sus extractos la información relativa a tal operación, no alegándose ninguna cuestión sobre esta obligación de información de las posiciones.

En el contrato financiero celebrado con BES el emisor del producto estructurado es BES, por lo que la inversión no se ha visto perjudicada por la quiebra de Lehman Brothers, al ser el crédito del actor contra BES y no contra Lehman Brothers, habiéndose rectificado por BES el error inicial de haberse puesto a nombre del cliente el bono adquirido por BES a Lehman Brothers como contra garantía, motivo este por el que se quiso firmar un contrato aclaratorio del Contrato Financiero, si bien el BES ha conseguido corregir el error. BES actuó como prestador de servicios de inversión, como colocador, comercializando un producto financiero por ella emitido.

El actor es un experimentado empresario, socio y administrador de CARPINTERÍAS METÁLICAS MARLA, SL, y con una importante cartera de inversiones impropia de un perfil conservador.

En cuanto al contrato de seguro BES LINK,

La información y documentación del seguro entregada fue completa y cumple la legislación, siendo la solicitud de seguro suscrita por el actor el 15-12-2005 (doc. 5), en el que se reconoce que con anterioridad a tal solicitud se había entregado la Nota Informativa (doc. 7) el Anexo a la Nota Informativa (doc. 5.3 y 7.2), en la que se especifica la composición de la cesta de inversión, especificándose el activo y que el emisor es Lehman Brothers; el -1-2006 se suscribió la póliza por el actor, entregándose las condiciones Particulares (doc. 6.1), donde se detallaban los activos, con remisión a la cesta de inversión y a la nota informativa y anexos antes entregados, y los riesgos de la inversión para el tomador; la decisión de la inversión corresponde a la aseguradora, por lo que es indiferente para el asegurado cual es el concreto activo. Se entregaron también las condiciones generales y las especiales (doc. 6.2 y 6.3) que no varían lo fijado en las condiciones particulares.

Aunque es la aseguradora quien puede hacer la reasignación, el protocolo de BES VIDA prevé una solicitud de reasignación, firmándose esta por el actor el 18-12-2007 a la que se adjunta el anexo 22-12-2007 donde se determina el activo afecto de "5 year auto-redeemer note on ENI S.p.a., emitido por Lehman Brothers Treasury Co. Bv" renovándose la póliza o condiciones particulares el 28-12-2007. Se aclara que el rótulo 22-12-2007 del Anexo no es la fecha de emisión del anexo, sino la de emisión del activo afecto.

No hay incumplimiento de BES, por ser el contrato y el riesgo perfectamente conocido por el actor, al que se entregó toda la documentación contractual y para el que era irrelevante conocer quién era el emisor del activo afecto, siendo lo relevante que respondiera a las características de la "cesta de inversión".

Lehman Brothers era uno de los mayores bancos del mundo, con una calificación superior incluso a BES y las Agencias de Calificación especializadas concedían una alta calidad crediticia.

En lo referente al Contrato Financiero Atípico, este no ha sido incumplido ni se le ha ocasionado daño alguno al actor por el hecho de que por error se pusiera el bono de Lehman Brothers a nombre del actor. Se admite que es BES el emisor de producto del contrato y único



obligado al pago. Como contra garantía a sus obligaciones frente al cliente, BES adquirió un bono emitido por Lehman Brothers que por error se puso a nombre del cliente y no del banco, por lo que en los extractos mensuales el contrato financiero figuraba como “bonos y valores estructurados”, apercibiéndose de tal error tras la quiebra de Lehman Brothers, lo que se quiso rectificar mediante el Acuerdo de Aclaración que se negó a firmar el actor, realizando el banco una rectificación contable.

La quiebra de Lehman Brothers del 15-9-2008 fue un hecho imprevisto e imprevisible, ya que esta gozaba de alta calificación crediticia, siendo uno de los mayores bancos de inversión, que presentó solicitud de quiebra el 15-9-2008 a consecuencia de la crisis financiera de EEUU. Las Agencias de Calificación especializadas concedían una alta calidad crediticia.

El banco propuso el Acuerdo Aclaratorio de contrato financiero y remitió la carta de 19-12-2008 y una alternativa comercial en cuanto al contrato de seguro, siendo el actor y no el banco quien vinculó ambos contratos para luego negarse a firmar el Acuerdo de Aclaración, pese lo que el banco reiteró su propuesta en junio de 2009 y en enero de 2010, antes de ser emplazado en este pleito.

CUARTO.- Citadas las partes a audiencia previa, la misma tuvo lugar el día señalado de 18-10-2010 en la sala de audiencias de este Juzgado en presencia de la representación y defensa de ambas partes. Subsistiendo el litigio por falta de acuerdo, se ratifican las partes en sus pretensiones.

Como cuestión procesal de previo pronunciamiento insiste la demandada BES-VIDA, COMPAÑÍA DE SEGUROS, SA, SUCURSAL EN ESPAÑA en la indebida acumulación de acciones, al reclamarse en virtud de dos contratos, con dos objetos diferentes, uno de naturaleza financiera y otro de seguros, y dos partes diferentes; solicitud a la que se adhiere la codemandada BANCO ESPÍRITU SANTO, SA, SUCURSAL EN ESPAÑA en aplicación del art. 72 LEC, y frente a la que la actora se opone por ser objetos litigiosos compatibles, pertenecer las dos codemandadas a un mismo grupo y haberse realizado las comunicaciones con una misma persona, BES, que actuaba en el tráfico como factor de BES VIDA; resolviendo la cuestión, se desestima la excepción procesal, al nacer los dos contratos de los mismos hechos, y dada la redacción del art. 72 LEC para la acumulación introducida por la vigente ley procesal, con una regulación más extensiva que la ley de enjuiciamiento civil de 1881, lo que obliga a reinterpretar la doctrina jurisprudencial, por lo que sí existe la conexidad del art. 72 LEC y no existe ninguna incompatibilidad entre las acciones acumuladas, siendo además discutible la calificación jurídica del contrato de seguro, a la vista de las sumas de prima y de capital asegurado.

Respecto a los hechos objeto del pleito, quedaron fijados como hechos sobre los que existe conformidad:

1. la celebración de los dos contratos consignados en la demanda, denominados de vida y atípico financiero;
2. la inversión del actor de 117.618,83 euros en el contrato de seguro (100.000 euros provenientes de su capital inicial y el resto obtenido de anteriores beneficios contractuales) y 100.000 euros invertidos en el contrato financiero atípico;
3. que el actor siempre ha tenido un único interlocutor, que era la oficina en Santander de BES.

Y como hechos y cuestiones jurídicas controvertidas, respecto al contrato denominado de seguro de vida:



1. la información recibida por el actor y cuándo la recibió en relación a la celebración del contrato, en particular si se le informó de que la inversión se destinaba a la compra de bonos de Lehman Brothers;
 2. la cualificación empresarial de Lehman Brothers a la fecha de la compra de los bonos,
 3. si el actor tenía experiencia inversora previa,
 4. la cuantificación del daño reclamado,
 5. la calificación de la relación jurídica de las demandadas con el actor y en particular si las demandadas han cumplido todas sus obligaciones contractuales o bien han incurrido en negligencia,
 6. la calificación jurídica del contrato denominado de seguro de vida.
- En particular respecto al contrato denominado atípico financiero se discute:
7. la información recibida por el actor y cuándo la recibió en relación a la celebración del contrato;
 8. si se ha producido un daño al actor,
 9. si la demandada BES ha cumplido todas sus obligaciones contractuales o bien ha incurrido en negligencia,

Se admitió la práctica de la siguiente prueba: por la parte actora: documental de la demanda y más documental de fecha posterior y de requerimiento documental a ambas demandadas, interrogatorio de ambas demandadas y testifical; por la parte demandada BES: documental, interrogatorio del actor y testifical; por la parte demandada BES: documental y testifical; quedando citadas las tres partes para interrogatorio con los apercibimientos de ser tenidas por confesas, acordándose que la documental se traslade al menos diez días antes del juicio y comprometiéndose las partes a traer a los testigos al juicio.

Se señaló para la práctica del juicio el 22-11-2010 a las 9.00, habiendo quedado documentado el acto mediante acta levantada al efecto en soporte apto para la reproducción del sonido e imagen bajo la fe de la Sra. Secretaria del Juzgado.

QUINTO.- El acto del juicio tuvo lugar el 22-11-2010 en presencia de ambas partes, que comparecen personalmente y asistidas y representadas en legal forma, y, declarado abierto el acto, se procedió a llevar a efecto la prueba admitida, consistente en documental, interrogatorio del actor y testifical, no practicándose la de interrogatorio de una demandada por no comparecer apoderado legal de la misma; y, una vez practicada la anterior prueba, se concedió la palabra a las partes a fin de que formularan alegaciones finales, lo que llevaron a efecto, ratificándose en sus respectivos pedimentos, declarándose a continuación las actuaciones vistas para sentencia, habiendo quedado documentado el acto en soporte apto para la reproducción del sonido e imagen bajo la fe de la Sra. Secretaria Judicial.

SEXTO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las formalidades legales pertinentes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Se acumula en la demanda la pretensión de resolución de dos contratos celebrados entre las partes, uno de seguro de vida con fines de inversión y otro atípico de naturaleza de inversión financiera, lo que se fundamenta en el incumplimiento de facilitar una información completa y correcta y en un asesoramiento poco diligente, que permite la resolución contractual al amparo del art. 1124 del Código Civil, reclamándose también como



indemnización el reintegro de las sumas invertidas por el actor en tales contratos. Como ya se analizó en la audiencia previa, la acumulación de ambas acciones es correcta al nacer de hechos conexos, conexidad que ha confirmado la práctica de la prueba pues, del análisis de la documental y de la testifical, tanto de la empleada del actor Sra. Fernández Tazón como el empleado de las demandadas Sr. Santana, coinciden en que ambos contratos nacen de una relación entre las partes de carácter continuado en la que el actor Sr. MARTÍNEZ invertía sus fondos y los de su empresa MARLA a través de la demandada BES, siendo ambos contratos celebrados en el marco general de tales relaciones duraderas y de naturaleza de inversión, sin que hayan existido actos separados ni personas distintas en la celebración de uno u otro contrato. Además de tal mecánica general de contratación en la que coinciden ambas partes, puede concluirse también en que el interlocutor de ambas demandadas era siempre el Sr. Santana en su condición de director de la oficina de BES en Santander y que la común voluntad contractual era la mejor inversión de los fondos del Sr. MARTÍNEZ y de sus empresa, siendo el uso de un "seguro de vida" meramente instrumental y motivado por los beneficios fiscales.

En lo que al contrato de seguro de vida se refiere, ha de coincidirse con todas las partes del pleito en la plena validez del contrato de seguro a pesar de su evidente naturaleza jurídica de inversión financiera, no solo al amparo de la libertad contractual no formal que rige nuestro sistema civil, salvo las excepciones determinadas expresamente por el legislador, sino porque incluso la legislación contempla expresamente la existencia de tales contratos como bien citan las demandadas, siendo en particular muy comunes los llamados planes de pensiones, que sin duda comparten tal naturaleza de contrato de seguro y contrato de inversión financiera. Sin embargo, de tal doble naturaleza jurídica amparada por la común voluntad de las partes, que comparten su doble voluntad de realizar una inversión financiera y realizar un contrato de seguro, es importante resaltar que la contratación deberá también cumplir la normativa relacionada con ambas clases de contratos, en particular, la normativa de carácter imperativo en protección del usuario, esencial en el contrato de seguro, y la normativa sobre la información al inversor y la diligencia en la gestión de los fondos, esencial en los contratos de inversión.

Frente a la versión del actor de desconocer que su inversión se hallaba vinculada a Lehman Brothers, empresa que, afirma, desconocía en el momento de la firma del contrato y de sus sucesivas renovaciones y en la que fundamenta en lo esencial la falta de información en la que sustenta la resolución contractual por negligencia que pretende en la demanda, corresponde a la parte demandada la carga de probar que facilitó la información precisa, tanto en aplicación del art. 217,3 LEC como por tratarse el deber de información de un deber que le corresponde con carácter imperativo como profesional comerciante del área en que se produce la contratación, deber de información que además deberá cumplir las exigencias no solo de un buen padre de familia sino que las más estrictas de un buen y ordenado empresario, al celebrarse el contrato en el curso de su actividad profesional desarrollada en el mercado con ánimo de lucro, como se dispone en la doctrina general del Tribunal Supremo al analizar el deber de información del empresario frente al usuario en relación con la diligencia debida y exigible de los arts. 1101 y 1104 del código civil y que sirve para fundamentar tanto las acciones de responsabilidad contractual como la de resolución por vía del art. 1124 CC que ahora se acciona.

Además de tal doctrina general, la ley 50/1980 de contrato de seguro es clara en su artículo segundo al destacar que, en defecto de ley especial, todas las modalidades del contrato de seguro se registrarán por tal ley, cuyos preceptos tienen carácter imperativo, si bien se

considerarán también válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado. Además, sabido es que su artículo tercero exige que las condiciones generales estén necesariamente incluidas en la póliza o en un documento complementario, que estén redactadas de forma clara y precisa y que, de existir cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, estas deben ser específicamente aceptadas por escrito. Resulta también esencial destacar el artículo octavo, que exige que la póliza contenga, entre otros, la naturaleza del riesgo cubierto, la suma asegurada o alcance de la cobertura y el nombre del agente, en el caso de que intervengan en el contrato, redacción que, recordemos, debe estar recogida de forma clara y precisa con carácter imperativo.

Es decir, el deber de información de las demandadas en los momentos previos y coetáneos a la perfección del contrato de seguro es muy superior a la que pretenden los demandados de que bastaría el cumplimiento de lo establecido en el art. 53 RD legislativo 6/2004, de ordenación del seguro privado, y art. 105 RD 2486/1998. por más de que, como se verá a continuación, tampoco se cumple el artículo 107, pues no existe constancia de la recepción de la información ni se precisa su naturaleza y la fecha de su recepción.

Además de lo anterior, la doble naturaleza jurídica del contrato antes señalada, cuya causa compartida por ambos contratantes era la de realizar una inversión de carácter financiero utilizando para ello los normales mercados y productos financieros, hace que sea también aplicable la normativa de esta área, de la que debe resaltarse en primer lugar que del RD 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores cabe inferir que en materia de inversión financiera es también aplicable la normativa de protección de los consumidores, pues al regular los documentos contractuales y los contratos tipo el art. 14.2 se refiere a ello, exigiendo el art. 15 que la empresa conserve un recibí firmado de toda la documentación entregada y el art. 16 que la información al cliente se realice con la debida diligencia y deberá ser clara, concreta y de fácil comprensión, regulando los arts. 4 y 5 del Anexo la detallada información que el organismo de inversión debe recabar de su cliente y en particular sobre su experiencia y conocimientos en materia de inversión, siendo su obligación hacer hincapié en la información al cliente sobre los riesgos.

Amparan ambas demandadas su defensa principal en que toda la información sobre la inversión de los fondos y sobre el alto riesgo que ello suponía para el tomador estaba debidamente facilitada al asegurado en el anexo a la nota informativa que se entregó al actor con la solicitud del seguro, es decir, previa a la firma del contrato. Sin embargo, en apoyo de tal versión, que es negada de contrario –pues afirma el actor que la nota informativa se le entregó en la contratación de 2005 pero los anexos solo se le entregaron con el documento de novación de junio de 2009 que aporta en el grupo documental 8- presentan ambas demandadas una solicitud de seguro, remitida por fax el 5-12-2005 y emitida el 15-12-2005, que no consta firmada por el tomador, pues solo aparece una rúbrica –que no ha sido reconocida en juicio por ninguno de los intervinientes- bajo el epígrafe de “gestor: 66597 Alberto Santana”, sin que aparezca firma alguna bajo los epígrafes “asegurado” ni “solicitante/tomador”, sin que tampoco aparezca firma ni rúbrica del asegurado en la documentación que dicen anexa a tal solicitud, que denominan “nota informativa” y “anexo 22/12/2005 a la nota informativa” (véase los documentos 5 de BES y 6, 7 y 8 de BES-VIDA).

Sí aparece sin embargo la firma del actor en las condiciones particulares del contrato “SEGURO DE VIDA BES link inversión estructurada VI”, con fecha de efecto el 22-12-2005 y firmadas el 5-1-2006, apareciendo la firma del actor en la página 3/3 de las copias

acompañadas como los documentos 6.1 de BES y 9 de BES-VIDA, con la indicación de “Mod. 005” en el margen izquierdo y en la primera página además la indicación “Mod. BLINK 04”, de lo que cabe deducir que los documentos aportados por las demandadas son el ejemplar completo del documento 2 del actor, que solo acompaña la primera hoja a la demanda. Y es cierto que en tal documento, en su página 2, en un texto de letra impresa modelo se describen los “Activos Afectos al Fondo Acumulado de esta Póliza” y la “política de inversión” que llevará a cabo la aseguradora, para terminar afirmando que la inversión supone la asunción por parte del tomador de un alto nivel de riesgo, si bien esta información solo puede calificarse de oscura, ambigua e imprecisa, con sucesivas referencias a “activos, valores, índices subyacentes y evoluciones”, que por sí sola no puede aceptarse como suficiente para cumplirse el deber de información completa, específica y clara que exigen los arts. 2, 3 y 8 LCS antes señalados, máxime cuando ni tan siquiera aparece en la primera página ni junto a la firma del tomador ninguna referencia a riesgo alguno, y por el contrario en un recuadro resaltado en la primera página, bajo el epígrafe “DISTRIBUCIÓN DE ACTIVOS DE INVERSIÓN AFECTOS” se recoge un supuesto activo que aparentemente estaría emitido por “TELEFÓNICA SA” en la póliza de 2005 y por “ENI SPA” en la novación de 2007, de modo este que aparece de forma resaltada una llamada a activos de una empresa estable, muy poco volátil y cercana y conocida para el inversor financiero español como es la empresa de telecomunicaciones “Telefónica” en lo que solo puede ser calificado de una información engañosa, pues la posterior letra impresa modelo contenida en el folio segundo como información general sobre los activos afectos desmiente rotundamente que el activo de inversión afecto sea de Telefónica SA. Y ciertamente, esta engañosa redacción del contrato de seguro corrobora la tesis del actor, confirmada en juicio mediante la testifical de la Sra. Fernández, de que se firmó la póliza en la creencia de que era sobre acciones de Telefónica o una empresa similar italiana de energía o teléfonos como ENI, que aunque es parcialmente desmentida por la testifical del Sr. Santana, que dice que informó de los riesgos de la póliza, pero no niega ni explica las expresas referencias de la póliza a “telefónica, sa” ni alega si específicamente informó de que los productos en los que se invertiría el dinero no eran emitidos por la empresa Telefónica SA, pues no se le interroga al respecto. Y esta engañosa información sobre el emisor de los productos en que se invirtieron los fondos se mantiene en los extractos mensuales informativos, pues en el documento 8 de la demanda se aprecia que en los extractos de 31-12-2007, 30-9-2008, 31-10-2008 y 20-11-2008 son identificados como “Bes link TELEFONICA 117.669,45”.

En cuanto a la “política de inversión”, tal como alega la actora en su demanda, se describe la misma de un modo tan abstracto y general que queda vacía de contenido, pues viene a ser cualquier inversión posible en el mercado internacional, ya que se habla de “cualesquiera activos de renta fija o variable o híbridos”, “cuya rentabilidad y valor .../.... dependan de la evolución del valor de uno o varios activos subyacentes (acciones, índices, etc.) vinculados a los mismos”, de “valores de renta fija negociados en mercados regulados en el ámbito OCDE” o “emitidos por sociedades cuyas acciones se negocien en uno de dichos mercados” y el “emisor podrá ser público o privado”, por lo que la estrategia es tan amplia e indeterminada que no está definida.

A mayor abundamiento, para el caso de que se hubiera entregado al Sr. MARTÍNEZ el anexo a la nota informativa, cuya prueba no consta en la causa, aún habría de calificarse la información como insuficiente y negligente, por tratarse de una información oscura, al ser la redacción del anexo inteligible solo por profesionales del mundo de la inversión financiera compleja y tratarse de una información facilitada tras un doble reenvío, al obrar en el anexo de una nota informativa complementaria al contrato, sin ninguna llamada en el contrato

particular que hubiera permitido al tomador apercibirse de la importancia de tales anexos, dada la relevancia de la naturaleza de los activos afectos a la inversión y de la solvencia de su emisor, de los que depende ni más ni menos que la pérdida total o parcial de lo invertido y de la obtención o no de alguna cantidad a añadirse a los 1.000 euros de suma asegurada, por lo que debe concluirse que la descripción de la suma asegurada mediante su sucesivo reenvío en las condiciones particulares de redacción general de la página dos del contrato, su complemento en la nota informativa y su final mención a Lehman Brothers en el Anexo a la Nota informativa de 2005 no cumple ni remotamente el imperativo deber del asegurador de describir la suma asegura en la póliza de forma clara y precisa (arts. 3 y 8 LCS).

A los efectos de describir qué ha de entenderse por información comprensible, clara y transparente, resultan ilustrativas las sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sec. 9ª, S 26-4-2006, nº 168/2006 , rec. 88/2006 . Pte: Martorell Zulueta, Purificación (El Derecho EDJ 2006/305502), y la sentencia del Tribunal supremo de 17-6-2010, confirmando la anterior (Nº de Recurso: 1506/2006, Nº de Resolución: 375/2010, Id. Cendoj: 28079110012010100487) que recogen que:

«Es por ello que el análisis debe efectuarse con los parámetros legales apuntados y su interpretación jurisprudencial. El Tribunal Supremo, Sala Primera, en sentencia de 13 de marzo de 1999 -Ponente: O'Callaghan Muñoz, La Ley Juris: 3543/1999 - dice en relación con las condiciones generales de la contratación y el artículo 5.4 de la L 7/1998, de 13 de abril , que: "...deben ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, lo que significa que deben reunir el doble requisito de legible, físicamente, y comprensible, intelectualmente". »Siendo así, es de ver que a la cláusula controvertida llegamos por el reenvío que se hace en la primera página del contrato de "Depósito de alta rentabilidad" cuando se advertía que el capital no estaba garantizado según las condiciones del anexo, lo que impide una primera percepción de su contenido de forma clara por parte del consumidor. Situada en el anexo al documento se aprecia - como indicara el Juzgador de Instancia en la declaración de hechos probados - que aún siendo la letra utilizada para su redacción superior en tamaño a la utilizada para las condiciones generales de la primera página del documento, sigue siendo pequeña - especialmente para personas de determinada edad -, siendo asimismo su extensión considerable, con uso de lenguaje financiero específico ("caída de cotización", "precio de cierre", "valor de cierre", expresión de "la diferencia con dos decimales y redondeándose al tercero al alza", "determinación de la comisión mediante cálculos de depreciación"...), y comprensión compleja para quien no se encuentra habituado al manejo de los términos lingüísticos referenciados. Por otra parte, y como se ha destacado con anterioridad, incluso se utilizan indebidamente alguno de ellos como es el caso de la palabra "comisión" con la que en realidad se describe la traslación al cliente de parte de las pérdidas generadas por la compraventa de los valores. Así lo entiende la Comisión Nacional del Mercado de Valores al resolver sobre las reclamaciones efectuadas, indicando expresamente que se hace en el documento "una utilización incorrecta de las palabras" que definen el contrato, y, además, la existencia de contradicciones en el examen conjunto de las condiciones analizadas pues en la cláusula O del mismo anexo se establece que "el importe de la imposición será abonado..." en su totalidad al cliente, pese a que en el apartado correspondiente a las "comisiones" a favor de la caja depositaria, se prevé que la recuperación del capital sea inferior al inicialmente invertido. »Es cierto que el texto del Anexo es legible, pero su presentación invita - como ha acontecido en la mayor parte de los casos - a su firma sin lectura, por tratarse de un documento íntegramente impreso, en letra pequeña, distribuido en dos columnas y en el que únicamente se recoge como excepción al

contenido impreso un número - identificativo del contrato al que se une - en el encabezamiento, y un espacio para la recogida de las firmas a los suscribientes. Por otra parte, lo único que se resalta en mayúsculas es el nombre de las acciones de sociedades extranjeras a cuya evolución se vincula, la expresión "Depósitos de Alta Rentabilidad E..." y el nombre de Caja Rural Valencia, que es lo que se percibe a primera vista por el lector. »

A tenor de lo expuesto, y teniendo presente que la propia Comisión Nacional del Mercado de Valores expresa, en relación con el contrato litigioso que su opinión es la de estar "ante una operación en la que no se ha ofrecido al cliente información clara, precisa y congruente para que éste pudiera hacer un juicio fundado de la inversión que se le proponía", calificando de mala práctica bancaria la seguida en este caso por Caja Rural Valencia, resulta imposible acoger los argumentos de la recurrente en orden a que la estipulación M integrada en ese contexto, reúne los requisitos legales de claridad y transparencia que predica la entidad, pues aun cuando sea físicamente legible no es fácilmente comprensible. No podemos acoger el argumento expresado en el recurso en orden a que el Registrador de Condiciones Generales de la Contratación y el Juzgador de Instancia desconozcan la realidad social por el mero hecho de que en el teletexto o en cualquier periódico cualquier consumidor español pueda acceder a la información bursátil, pues que esa información pueda obtenerse a través de tales medios o de internet no implica que todos los ciudadanos con cierta capacidad económica para poder invertir - disposición de ahorros - estén capacitados para comprender el alcance y contenido de esa información."

A tal oscuridad en la redacción escrita del contrato, ha de añadirse la consolidada relación de confianza y asesoramiento existente entre D. JOSE LUIS MARTÍNEZ LAGUNA y BES; de asesoramiento, pues no solo lo afirma la testigo Sra. Fernández y tácitamente lo admite el Sr. Santana, aunque utiliza eufemismos para negar la existencia de un "contrato de gestión de carteras", sino que de los propios documentos de BES (nº 11 de BES y los 17 y 18 de la demanda) que se trata de modelos unilateralmente creados por ella, como evidencia la existencia de su nombre, logotipo y datos mercantiles impresos, recogen específicamente un apartado que dice "datos de su asesor", constando como tal un empleado de la demandada, como evidencia el dominio "grupobes.es" de la dirección electrónica de tal asesor personal, lo que prueba que tal demandada sí había asumido las funciones de asesoramiento financiero del actor D. JOSE LUIS MARTÍNEZ LAGUNA; y la relación es además de plena confianza, acreditado porque no es el Sr. MARTÍNEZ quien acude a las oficinas del BES sino la relación comercial se perfecciona habitualmente siendo el director de la oficina del BES, Sr. Santana, quien con la frecuencia que hiciese falta la firma de papeles acudía a las oficinas del Sr. MARTÍNEZ, como acreditan ambos testigos antes citados, siendo completamente inusual este "servicio domiciliario de inversión" lo que acredita además de una relación continuada una relación de profunda confianza entre las partes, firmándose los documentos solo después de que se hubieran cerrado los tratos telefónicamente en muchas ocasiones -Sra. Fernández-.

De todo lo anterior, solo puede concluirse en la grave negligencia de las demandadas en la celebración del contrato de seguro de vida BES Link Inversión Estructurada, tanto por ser deficitaria y engañosa la información a la firma del contrato sobre los activos afectos al mismo y a la suma asegurada, como por mantenerse tal actitud de oscuridad y falta de transparencia durante la vigencia del mismo y las sucesivas reasignaciones de los fondos, incumplimientos estos que afectan tanto a la normativa aseguradora como a la de inversión financiera y que han de ser calificados graves, y por ello suficientes y justificativos de la resolución contractual por incumplimiento de la diligencia debida en la información facilitada, al amparo del art. 1124 CC que se interesa en la demanda. Y sentado ello, es

irrelevante si a la fecha del contrato, Lehman Brothers tenía o no una alta cualificación empresarial pues el defecto de información afecta a un estadio previo, cual es el riesgo inherente a la inversión y la inseguridad intrínseca en la suma asegurada.

La responsabilidad directa y solidaria de BES, junto a BES-VIDA, en su calidad de parte contratante, debe ser estimada pues es siempre BES quien intervino en la contratación, tanto en los actos preliminares como coetáneos y posteriores, como lo evidencia la sola intervención del Sr. Santana en las diversas contrataciones de inversión realizadas por el actor, ya fueran con BES o con BES-VIDA indistintamente, sin que se haya alegado ni probado nunca que se informase debidamente al actor de la doble condición del Sr. Santana como empleado de BES y agente, a través de una tercera empresa, de BES-VIDA, y máxime cuando en el contrato no se recoge que exista ningún agente de seguros, incumplándose el art. 8 de la LCS; a mayor abundamiento, siempre aparece el nombre y logo de BANCO ESPIRITO SANTO y la firma de su director general en la información sobre tal contrato una vez producida la quiebra de Lehman Brothers (docs. 5 y 7, 9, 10, y respuesta al doc. 6) y es conjunta y global la información que BES facilita, a través de BES en Santander y bajo el epígrafe "grupo Espirito Santo", sobre la totalidad de la inversión del actor, sin distinguir los contratos instrumentalizados con una u otra de las demandadas (doc. 8 de la demanda).

SEGUNDO.- En lo que respecta al Contrato atípico de inversión financiera sobre BBVA y Banco Santander, suscrito el 8-10-2007 todos los requisitos e interpretación jurisprudencial antes señalado sobre las deficiencias de la información y del asesoramiento facilitados es ahora aplicable, no reiterándose para evitar una extensión innecesaria, pues los deberes de información en la contratación para la inversión financiera, han sido también profusamente analizados por la jurisprudencia. Las mismas sentencias antes citadas de sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sec. 9ª, S 26-4-2006, nº 168/2006, rec. 88/2006. Pte: Martorell Zulueta, Purificación (El Derecho EDJ 2006/305502), y la sentencia del Tribunal supremo de 17-6-2010, confirmando la anterior (Nº de Recurso: 1506/2006, Nº de Resolución: 375/2010, Id. Cendoj: 28079110012010100487) describen el contenido del deber de información en el área de la contratación financiera, que en aplicación de las resoluciones de la Comisión Nacional del Mercado de Valores debe ser clara, precisa y congruente, especificando que:

"de la lectura de las resoluciones de la Comisión Nacional del Mercado de Valores se extrae la conclusión de estar "ante una operación en la que no se ha ofrecido al cliente información clara, precisa y congruente para que éste pudiera hacer un juicio fundado de la inversión de que se proponía...". »Por otra parte, y como tuvimos ocasión de declarar en la sentencia de 14 de noviembre de 2005, en relación con la carga de la prueba del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros como los que constituyen el objeto de la presente litis:

»"... Algunos autores señalan, incluso, que en el caso de productos de inversión complejos la carga de la prueba sobre la existencia de un adecuado asesoramiento debe pesar sobre el profesional financiero respecto del cual la diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes, conforme al contenido del artículo 2 de la Orden Ministerial de 7 de octubre de 1999 del Ministerio de Economía y Hacienda que desarrolla el Código de Buena Conducta y Normas de Actuación en la Gestión de Carteras de Inversión estableciendo que las entidades deben solicitar a sus clientes información sobre su experiencia inversora, objetivos, capacidad financiera y preferencia de riesgo-, sin que quepa

la elusión de responsabilidad por parte de las entidades de inversión por razón del concepto genérico de "preferencia de riesgo" cuando las inversiones aconsejadas son incompatibles con el perfil inversor de un cliente y producen el resultado negativo de dañar su patrimonio..."

Además, la Directiva 2004/39/CE de 21-4-2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros (conocida como MIFIS), es también aplicable al caso de autos pues, aún cuando los destinatarios de tal Directiva son los estados miembros, en ausencia de desarrollo legal por estos –como era el caso de España hasta la entrada en vigor de la reforma de la Ley del Mercado de Valores- la propia Directiva se convirtió en derecho nacional de cada estado miembro el 30-4-2006, conforme ordena el art. 70 de la misma, por lo que era derecho nacional vigente en España el 8-10-2007 en que se firma el contrato. Establece esta norma un específico deber de información y transparencia, pre y post negocial, y una presunción de funciones de asesoramiento al realizarse servicios de inversión, salvo determinados supuestos no aplicables al caso de autos, calificándose el asesoramiento como la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de este o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros (art. 4.1.4) especificándose en el art. 19 las disposiciones para garantizar la protección del inversor, entre las que se detalla facilitar información comprensible y adecuada sobre los instrumentos financieros y la estrategia de inversión, con orientaciones y advertencias apropiadas acerca de los riesgos asociados a las inversiones en tales instrumentos (art. 19.3) y obtener la información sobre los conocimientos y la experiencia del cliente en el ámbito de inversión de tal tipo de producto concreto y los objetivos de su inversión (art. 19,4 y 5).

Y en este caso el defecto de información, incurriendo en una conducta falta de diligencia y de transparencia es imputable al banco BES no solo en el momento de la celebración del contrato sino en sus actos posteriores, cuando pretendió que el actor firmase el "acuerdo de aclaración" a que hacen referencia escueta los correos electrónicos del Sr. Santana al Sr. Martínez de 2 y 16 de diciembre de 2008 (doc. 8 de la demanda) y cuyo contenido es paradigma de la oscuridad y la tergiversación. La simple lectura de tal documento acredita que aprovechándose de la circunstancia del cambio de titularidad de los bonos adquiridos por BES a Lehman Brothers y puestos a nombre de D. JOSE LUIS MARTÍNEZ LAGUNA, que es supuestamente el único motivo de tal contrato de aclaración según se afirma en la contestación, se recogen en la estipulación segunda unas afirmaciones del cliente sobre la calidad y cantidad de la información recibida en el momento de la firma del contrato, con la consiguiente renuncia a todos sus derechos, que solo puede hacer llegar ahora a la conclusión de que la información inicialmente recibida no era correcta y completa, pues de haberlo sido no se hubiera precisado de tal aclaración, y que esta propuesta de aclaración de contrato contenía cláusulas abusivas para el cliente, con la pretensión de que renunciase unilateralmente a sus derechos y la exoneración de responsabilidad al BES. No deja de ser curioso que precisamente tal estipulación segunda pretende hacer decir al cliente que se cumplió una dación de información y de asesoramiento cuyo contenido coincide en lo esencial con la Directiva MIFIS antes estudiada, por lo que los actos de BES anteriores a este proceso evidencian su convencimiento de que su actuación con el actor en el proceso de perfeccionamiento del Contrato atípico de inversión financiera sobre BBVA y Banco Santander, suscrito el 8-10-2007, no cumplía la normativa MIFIS pese a ser la misma plenamente aplicable. La falta de transparencia del Banco queda reconocida de sus propias manifestaciones al exigir al cliente en la estipulación tercera "la más estricta

confidencialidad" de la simple existencia de tal contrato aclaratorio, cual si fuera cómplice de una fechoría.

En cuanto a los objetivos de la inversión del actor, tampoco puede entenderse acreditada la alegación de la demandada BES de tener el actor un perfil de inversor arriesgado y avezado pues del propio documento 11 de BES ha de resaltarse que a 30-11-2007 el único producto estructurado contratado por el actor es por valor de 100.000 euros, y se trata precisamente de uno de los contratos objeto de este pleito, por lo que el mismo se halla viciado de la falta de información sobre sus riesgos aducidas en la demanda, existiendo también un segundo producto durante unos meses de 2008, cuyo valor cae en picado desde septiembre, de lo que cabe presumir que son los dos contratos objeto de este pleito y ahora calificados de celebrados con incumplimiento del deber de información de las demandadas, por lo que mal puede ello fundamentar el carácter de inversor agresivo y arriesgado que pretende la demandada BES; además el doc. 4, evidencia una inversión en renta dinámica de riesgo medio, con "posibles pérdidas en un año" pero se trata de "inversiones de riesgo medio con el objetivo de no superar el máximo de volatilidad establecido, utilizándose los mecanismos de control de riesgos", y que en los productos con riesgo de inversión alto –los fondos USA y Pharmafund- su inversión no llega a los 50.000 euros. Y ciertamente, la condición de economista de su empleada Sra. Fernández Tazón en nada cambia, pues de una simple licenciatura en Ciencias Económicas no cabe presumir la existencia de profundos conocimientos de los productos de inversión financiera del siglo XXI ni cabe eximir al banco de sus deberes como empresario del mercado de la inversión financiera.

Además del defecto y falta de diligencia en la información facilitada y de no haberse acreditado un adecuado asesoramiento al actor para que pudiera comprender qué firmaba y los riesgos o no de su inversión, el incumplimiento culpable de la demandada BES en los actos posteriores a la contratación del Contrato Atípico de inversión es manifiesto y por ella expresamente reconocido, pues de tal han de calificarse sus actos posteriores pretendiendo que era el actor y no ella misma, el titular de los bonos de Laehman Brother, llegando a adquirir, según sus propias alegaciones, un bono emitido por Lehman Brothers que por error se puso a nombre del cliente y no del banco, por lo que en los extractos mensuales el contrato financiero figuraba como "bonos y valores estructurados", apercibiéndose de tal error solo tras la quiebra de Lehman Brothers, error este que solo puede calificarse de muy grave e impropio de un empresario ordenado y de prácticas transparentes, puesto que de la simple lectura del contrato atípico (doc. 4 de la demanda) no hay ni la más mínima referencia a productos financieros que no sean las acciones de los bancos BBVA y Santander, por lo que el simple hecho de haber puesto los bonos por ella adquiridos de Lehman Brothers a nombre del actor y no al suyo propio son un grave incumplimiento contractual que por sí solo también justificaría plenamente la pérdida de confianza contractual y la resolución al amparo del art. 1124 CC que se interesa en la demanda.

Solo a mayor abundamiento, resaltar aquí que en líneas generales el deber de información en el área de la inversión financiera es analizado en las resoluciones judiciales atendiendo a la complejidad de los productos en los que se invierte y valorando también el grado de conocimiento del cliente inversor, para medir casuísticamente la correcta emisión del consentimiento negocial de este y, en consecuencia, el cumplimiento de la entidad financiera de sus deberes de transmisión de información leal y veraz.

De esta forma, la Sentencia núm. 112/2003 de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14), de 10 febrero Recurso de Apelación núm. 449/2001 (AC 2003\1147) ha

expresado que: "La 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. Aquí únicamente nos interesa la normativa en su componente jurídico-privado, y, sobre todo, el derecho a la información de los partícipes, por lo que es irrelevante que los informes trimestrales que obligatoriamente debía remitir la gestora al suscriptor de participaciones y vigilar la depositaria fueran efectivamente realizados y presentados a la Comisión Nacional del Mercado de Valores o que no conste la imposición de sanción alguna por dicha Comisión tras las reclamaciones efectuadas por el actor o que el folleto explicativo existiera con el Reglamento de gestión y demás requisitos exigidos en la Ley del Mercado de Valores (RCL 1988\1644 y RCL 1989, 1149, 1781) al tiempo de la inscripción en el Registro administrativo, o que se diera cumplimiento a la obligación diaria de la gestora de facilitar a la Sociedad Rectora de la Bolsa de Valores la información precisa para la publicación en el Boletín de Cotización de los datos relativos al valor liquidativo de sus participaciones, patrimonio y número de partícipes y su publicación adicional diaria en periódicos, porque estas son obligaciones diferentes de las obligaciones asumidas legal, reglamentaria y contractualmente por la gestora frente a los partícipes" y estima la demanda resolutoria del contrato al apreciar dos incumplimientos graves en la entidad financiera, que incumplió su deber de entregar el folleto informativo-explicativo, que la sentencia califica de esencial para la formación del consentimiento del suscriptor, máxime cuando por la suscripción de las participaciones acepta el partícipe el Reglamento del fondo, y la remisión de los informes trimestrales correspondientes al segundo y tercer trimestre de 1998, a fin de que sean públicamente conocidas todas las circunstancias cuya consideración pueda influir en la apreciación del valor del patrimonio, situación financiera, resultados y perspectivas de la institución, así como su regularidad jurídica, financiera y económica, —remisión obligatoria y gratuita de la gestora al domicilio del partícipe, según el artículo 6.4 de la LRIIC y el artículo 10.1.c y 10.2 del RD 1393/1990.

En una línea similar la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Palma de Mallorca, de 15-11-2004 (AC 2004\2042) añade además que: "los principios básicos que han de inspirar la regulación relativa a la protección de los consumidores de productos financieros, a fin de conseguir su mayor eficacia, según el abogado D. José Manuel García Crespo, «Las entidades financieras ante la jurisdicción», Cuadernos de Derecho Judicial XX-2003, «Contratos Bancarios», son los siguientes: a) Proporcionar una información de alta calidad que permita una «decisión informada», lo que implica que antes de adquirir el producto o servicio financiero el consumidor tenga adecuada información sobre: descripción de los servicios o del producto; beneficios que ofrece; costes; riesgos y obligaciones; implicaciones legales; cómo obtener información adicional si la necesita, tratándose, por tanto, de facilitar al consumidor una información clara, transparente y proporcionada, buscando la claridad y no la cantidad; b) Que los consumidores tengan tiempo y oportunidad de reflexionar mediante una información clara de sus obligaciones, mediante ofertas vinculantes y con un derecho de desistimiento, en caso de venta a distancia de determinados productos o servicios; c) Flexibilizar la regulación sobre el diseño de productos y servicios, lo que implicará la posibilidad de ofrecer al consumidor una gama más amplia de productos y servicios; d) Crear un sistema independiente, sencillo y ágil de reclamaciones; e)

Establecer un marco regulatorio claro y equilibrado entre la industria y los consumidores; El sistema bancario español ha de garantizar a los clientes de entidades de crédito una adecuada transparencia, ofreciendo a cada cliente una información más personalizada, más allá de lo que la normativa exige, con lo que se trata de ofertar a cada cliente los productos financieros según sus necesidades y perfil de riesgo" condenando a la entidad financiera a la indemnización de los daños y perjuicio por falta de diligencia en la información facilitada, que adolecía de elementos esenciales, como conocer que se suscribían fondos que podían implicar la inexistencia de reparto de dividendos e incluso la pérdida de la inversión.

Solo con la finalidad de agotar el debate, debe analizarse la pretensión de la demandada BES de que no habría justificación de la demanda por no haber existido un daño para el actor, pues, se dice, los bonos emitidos por la quebrada Lehman Brothers ya han sido rectificadas y puestos a nombre de BES, por lo que D. JOSE LUIS MARTÍNEZ LAGUNA ostenta intactos sus derechos de crédito contra BES y no ha sufrido daño alguno con el error. En primer lugar, tal titularidad de los bonos a nombre de BES –que no se ha probado en la causa- se habría producido con posterioridad a la interposición a la demanda, por lo que en nada podría afectar al pleito, como ordena el art. 413 LEC, y, en segundo lugar, la resolución interesada en la demanda se articula en base al art. 1124 CC y el mismo no prevé como uno de sus presupuestos el daño sino simplemente el incumplimiento del otro de los contratantes, sirviendo el daño solamente para fijarse el alcance de la indemnización, por lo que tales argumentaciones son irrelevantes a los efectos de esta causa.

TERCERO.- En orden a fijarse la suma indemnizatoria, ha de estimarse el razonamiento subsidiario expuesto por las demandadas sobre la incongruencia de la postura del actor al pretender la indemnización de 117.618,83 euros en concepto de indemnización por la contratación del producto BES LINK, cuando la suma invertida por el actor fue de 100.000 euros, siendo 17.618,83 euros la ganancia obtenida por la inversión por parte del propio banco entre 2005 y 2007, pues precisamente el contrato de 2005 adolece de los defectos de información en virtud de los que se estima ahora la resolución contractual, de modo que de la misma forma que el actor no ha de pagar las consecuencias que la falta de diligencia en la facilitación de información de las demandadas tampoco ha de beneficiarse de los actos de las demandadas invirtiendo y reasignando los fondos en 2005 y 2006 de los que obtuvo un beneficio de 17.618,83 euros, resultando aplicable la doctrina del mutuo restablecimiento de las prestaciones del art. 1124 CC, con los intereses procedentes, que conforme el principio rogatorio serán los devengados desde la interposición de la demanda, que son los pedidos.

En cuanto al contrato financiero atípico, procede fijar la indemnización en la suma de 100.000 euros al ser esta la suma invertida por el actor, en aplicación de idéntica doctrina y del art. 1124 CC.

CUARTO.- En lo referente a las costas, procede la aplicación del criterio del vencimiento objetivo interesado por las tres partes litigantes, del artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que ninguna de las partes haya alegado la existencia de serias dudas de derecho que permitieran aplicar la excepción a tal principio general, resultando a este efecto irrelevante la pequeña diferencia entre la suma indemnizatoria pedida en la demanda y la aquí contemplada en cuanto al contrato de seguro de vida antes señalada.

Dado que en el presente pleito existe una acumulación objetiva de acciones, si bien los actos procesales esenciales han sido comunes para ambas, cada parte demandada deberá abonar al actor la mitad de las costas que resulten por la cuantía total del pleito si bien BANCO ESPIRITO SANTO, SA, SUCURSAL EN ESPAÑA responderá solidariamente de las debidas por BES-VIDA, COMPANHIA DE SEGUROS, SA, SUCURSAL EN ESPAÑA, al responder tal demandada de ambas acciones y sin perjuicio de las acciones que puedan ejercitar entre sí las demandadas.

A estos efectos, la cuantía del procedimiento se fija en ciento diecisiete mil seiscientos dieciocho euros con ochenta y tres céntimos (117.618,83 euros), en aplicación de los arts. 252,1º y 410 LEC, pues al provenir las acciones acumuladas de diferentes títulos no es procedente la suma aritmética de las sumas reclamadas en la fijación de aquélla.

VISTOS los preceptos legales citados, sus concordantes y demás de aplicación,

En atención a lo expuesto,

FALLO

Que estimando en lo esencial la demanda interpuesta por D. JOSE LUIS MARTÍNEZ LAGUNA contra BANCO ESPIRITO SANTO, SA, SUCURSAL EN ESPAÑA y contra BES-VIDA, COMPANHIA DE SEGUROS, SA, SUCURSAL EN ESPAÑA:

1º Declaro que BANCO ESPIRITO SANTO, SA, SUCURSAL EN ESPAÑA y BES-VIDA, COMPANHIA DE SEGUROS, SA, SUCURSAL EN ESPAÑA han incumplido sus obligaciones contractuales con el actor, incumpliendo el deber de dar información clara, correcta, suficiente y oportuna y de asesoramiento diligente en la celebración y cumplimiento de los contratos siguientes:

1.1 Contrato de seguro de vida BES Link Inversión Estructurada, nº de póliza 473-8, de fecha efecto 22-12-2005, reasignado con fecha efecto el 22-12-2007, y,

1.2 Contrato financiero atípico sobre BBVA y Banco Santander, suscrito el 8-10-2007.

2º Declaro la resolución de ambos contratos, con efectos a 26-10-2009 de interposición de la demanda.

3º Condeno solidariamente a BANCO ESPIRITO SANTO, SA, SUCURSAL EN ESPAÑA y a BES-VIDA, COMPANHIA DE SEGUROS, SA, SUCURSAL EN ESPAÑA a abonar al actor la cantidad de cien mil euros (100.000 euros) en concepto de indemnización por la contratación del producto BES LINK, más los intereses legales desde la presentación de la demanda, que serán los del art. 576 LEC desde la fecha de esta resolución.

4º Condeno a BANCO ESPIRITO SANTO, SA, SUCURSAL EN ESPAÑA a abonar al actor la suma de cien mil euros (100.000 euros) en concepto de indemnización por la contratación del producto Contrato financiero Atípico, más los intereses legales desde la presentación de la demanda, que serán los del art. 576 LEC desde la fecha de esta resolución.

5º Con imposición de las costas de esta instancia a ambas demandadas, en los términos del fundamento de derecho cuarto.

Notifíquese la presente resolución a las partes en legal forma, advirtiéndoles que contra la misma podrán preparar ante este Juzgado Recurso de Apelación dentro de los CINCO DÍAS siguientes a su notificación, que no será admitido a trámite si no se acreditara por la parte interesada en interponerlo al tiempo de su preparación haber constituido el



depósito requerido por la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducida mediante LO 1/2009, de 3 de noviembre.

Así por esta mi sentencia, de la que se expedirá certificación literal para su unión a los autos, incorporándose el original de la misma al Libro de Sentencias que en este Juzgado se custodia, lo pronuncia, manda y firma,

E/

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia celebrando audiencia pública, de lo que yo la Sra. Secretaria Judicial doy fe.

