

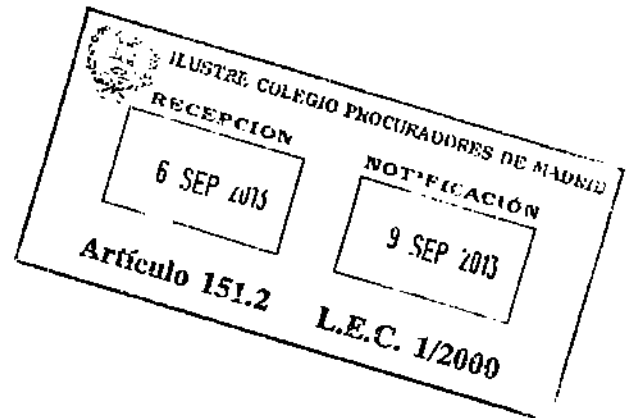
JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA

NÚMERO 57 DE MADRID

C/María de Molina número 42, 4ª planta

AUTOS NÚMERO

ORDINARIO



SENTENCIA N° 154/2013

En Madrid, a veintiséis de julio de dos mil trece.

Vistos por la Ilma. Sra. Doña María Jiménez García, Magistrada-Juez titular del Juzgado de Primera Instancia número 57 de Madrid, los presentes autos de juicio ordinario que con el número , se han seguido en este Juzgado, y en los que han sido parte, como demandante D° y

S.L., representados por el Procurador de los Tribunales Sr. García Lozano, y defendidos por el Abogado Sr. Zunzunegui Pastor, y de otra, y como demandado BARCLAYS BANK, S.A. representado por la Procuradora de los Tribunales Sra. Cano Lantero y asistido por el Abogado Sr. Fernández Bermúdez, sobre acción declarativa y reclamación de cantidad,

Se procede, en nombre de S.M. EL REY, a dictar la presente resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que por la referida parte actora se dedujo demanda, turnada a este Juzgado, en la que tras alegar una serie de hechos y fundamentos de derecho que en aras a la brevedad se dan por reproducidos, terminaba por suplicar que se dicte Sentencia por la cual se declare lo siguiente:

Que se declare la nulidad de las operaciones de intermediación realizadas por Barclays Bank, S.A. de fecha 9 de mayo de 2007, 21 de junio de 2007, 30 de julio de 2007 y 22 de noviembre 2007 referidas a los instrumentos financieros “Bono Bancos Franceses”, “Bono Sector Financiero IV”, “Bono BBVA/Telefónica” y “Bono Eurostoxx Supertracker”, y que de conformidad con el art. 1303 del Código Civil, se proceda a la restitución recíproca de las prestaciones, con condena a Barclays Bank, S.A., a la restitución de las cantidades entregadas por los demandantes previa compensación con las abonadas en concepto de cupones y de liquidación final de los instrumentos, y todo ello junto con los intereses legales que se hayan devengado, por violación de normas imperativas de conformidad con lo dispuesto en art. 6.3 del Código civil o por vicio en el consentimiento.

Subsidiariamente se solicita se declare el incumplimiento por parte de Barclays Bank, S.A. de sus obligaciones contractuales esenciales, en particular la de suministrar información clara, correcta, precisa y suficiente en la intermediación de los instrumentos financieros “Bono Bancos Franceses”, “Bono Sector Financiero IV”, “Bono BBVA/Telefónica” y “Bono Eurostoxx Supertracker”, en los términos recogidos en el cuerpo de la demanda, y de conformidad con el art. 1.124 y 1.101 del Código Civil, se declare el resarcimiento de daños y abono de intereses, que se concretan en la condena a Barclays Bank, S.A. a la restitución de las cantidades entregadas por los demandantes previa compensación con las abonadas por el demandado, en concepto de cupones y de liquidación final de los instrumentos, y todo ello junto con los intereses legales que se hayan devengado.

Subsidiariamente se solicita que, se declare que Barclays Bank, S.A. ha sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones de diligencia, lealtad e información en la intermediación de los instrumentos financieros “Bono Bancos Franceses”, “Bono Sector Financiero IV”, “Bono BBVA/Telefónica” y “Bono Eurostoxx Supertracker”, y, en particular, que ha sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones de seguimiento de la posición, omitiendo información sobre el valor de mercado, y al amparo del artículo 1.101 del Código Civil, se le condene a indemnizar a sus mandantes por los daños y

perjuicios causados, equivalentes a la pérdida ocasionada que se concreta en la condena a Barclays Bank, S.A. a la restitución de las cantidades entregadas por los demandantes previa compensación con las abonadas por el demandado, en concepto de cupones y de liquidación final de los instrumentos, y todo ello, junto con los intereses legales que se hayan devengado.

Subsidiariamente se solicita que se condene a Barclays Bank, S.A. a devolver 41.825 euros de comisiones ilícitas no informadas cobradas a los actores en la contratación de los instrumentos, con los intereses legales que se hayan devengado.

De forma cumulativa con las anteriores peticiones, se solicita que se condene al demandado al pago de las costas judiciales causadas.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda mediante decreto de fecha 5 de octubre de 2012, se acordó efectuar el traslado de la demanda a la demandada, emplazándola a fin de que compareciera y contestara a la demanda en el plazo de veinte días, y verificado tal emplazamiento, con fecha 22 de noviembre de 2012 se presentó escrito por la representación de la demandada por el que contestaba a la demanda, oponiéndose a la misma con base a los hechos y fundamentos de derecho que dejó consignados y que en aras a la brevedad se reproducen, terminando con la súplica al Juzgado que, previos los oportunos trámites, dicte Sentencia íntegramente desestimatoria de la demanda con expresa imposición de costas a la parte demandante.

TERCERO.- Mediante diligencia de ordenación de fecha 28 de noviembre de 2012, se tuvo por contestada la demanda y se señaló para la celebración de la correspondiente audiencia previa para el siguiente 13 de marzo de 2013, a las 10,30 horas, la cual se celebró con la asistencia de las partes y el resultado que obra en la grabación y el acta extendida al efecto por la Sra. Secretaria, en la que tras efectuarse las alegaciones oportunas, se recibió el pleito a prueba, admitiéndose las pruebas documental, interrogatorio y testifical, señalándose para la celebración de juicio el siguiente día 2 de julio a las 12,30 horas.

Celebrado el juicio en el día y hora señalados, comparecieron las partes que se hacen constar en la correspondiente grabación, en el que se practicaron las propuestas y admitidas, con el resultado que obra en los autos, quedando éstos conclusos para dictar sentencia, tras haberse efectuado por las partes las correspondientes conclusiones.

CUARTO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado todas las prescripciones legales, a excepción de los plazos

previstos para los señalamientos de vistas, debido al cúmulo de asuntos pendientes en este Juzgado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es pretensión de la parte actora que se declare la nulidad de las operaciones de intermediación que realizó el Banco y a que se refieren las presentes, procediendo a la restitución recíproca de las prestaciones, condenando a la entidad demandada a restituir las cantidades entregadas previa compensación con las abonadas en concepto de cupones y liquidación final, junto con intereses, subsidiariamente solicita que se declare el incumplimiento de la demandada de sus obligaciones contractuales esenciales, particularmente la de suministrar información clara, correcta, precisa y suficiente en la intermediación de los bonos objeto de las presentes, declarando el resarcimiento de daños y abono de intereses concretados en la restitución por parte de la demandada de las cantidades entregadas, previa la misma compensación antes vista; subsidiariamente solicita que se declare que la demandada ha sido negligente en el cumplimiento de las obligaciones de diligencia, lealtad e información en la intermediación dicha y con las mismas consecuencias, y más subsidiariamente solicita que se condene a la demandada a devolver 41.825 euros de comisiones ilícitas no informadas y cobradas en la contratación, con sus intereses, todo ello además en todos los casos, de la condena al pago de las costas procesales. Basan sus pretensiones los demandantes en la circunstancia de que el banco demandado les recomendó la contratación de unos bonos con capital garantizado, que han resultado ser unos bonos estructurados sin garantía de capital, por lo que han perdido 416.811,95 euros de los 710.000 euros depositados. Alega que el actor Sr. es economista dedicado al asesoramiento fiscal de empresas, y mantenía relación comercial con la demandada desde 2004, firmando la sociedad el 29 de octubre de 2004 un contrato de depósito y administración de valores, siendo asignados al área de gestión de patrimonios y banca privada, ofreciéndole su asesor, en 2005 un bono con garantía de capital en el que la rentabilidad se hacía depender de una cesta de acciones, entregándole una ficha explicativa en la que se reflejaba como título "Capital Garantizado", contratando para la sociedad el bono recomendado por importe de 700.000 euros. Asimismo alega que en 2007 nuevamente su asesor le ofreció unos bonos garantizados como los de 2005, en los que no se arriesgaba capital y las rentabilidades dependían del valor de diversas acciones o índices, por lo que contrató

los bonos a los que se refieren las presentes actuaciones, siéndoles facilitados únicamente copia de dos órdenes sin información del emisor, del ISIN, ni de los riesgos. Los actores indican también que el banco les notificó que habían sido clasificados como minoristas, presentándole a la firma un contrato Básico para la prestación de servicios de inversión a clientes minoristas, que se firmó a la vez que sendos contratos de Asesoramiento en Materia de inversión, informándole posteriormente el banco en extractos periódicos de que lo adquirido eran bonos simples, garantizados y de renta fija en cuyo apartado aparecían, hasta septiembre de 2009 en que se cambiaron al nuevo apartado de bonos estructurados, si bien el asesor quitó importancia a tal cambio, y solo a partir del 31 de diciembre de 2008 informó el banco al cliente del verdadero valor de mercado de los productos, observando que perdía más de un 40% de su inversión, y ante su alarma se le ofrecieron diversas propuestas de canje de productos que no le satisfizo. Igualmente alega que la Comisión Nacional del Mercado de Valores en su resolución de 16 de mayo de 2012 se ha pronunciado sobre la cuestión considerando que la demandada ha incumplido las normas de conducta del mercado de valores; la parte actora además considera que los bonos objeto de autos son productos complejos y de alto riesgo, sin garantía de reintegro del capital invertido, y que el banco demandado incumplió la obligación de información precontractual, que fue insuficiente y engañosa al presentarlos como garantizados, entregándole demasiado tarde la copia de las condiciones finales de los instrumentos, concretamente el 28 de septiembre de 2009. También considera la parte demandante que la demandada incumplió la obligación de información postcontractual, indicando en las boletas de confirmación de las compras y en los extractos que se trataba de títulos de renta fija, no informando del valor de mercado. Por último se pone de manifiesto que la demandada cobró, sin informar al cliente, de elevadas comisiones en forma de márgenes de compra entre lo cargado al cliente y lo pagado a la contrapartida.

Se opondrá la demandada a tal pretensión alegando en síntesis que aunque hubiera incumplido la normativa denunciada de contrario –lo que negarlo no implicaría la nulidad del contrato, al existir normativa específica en la materia, y asimismo al basarse el motivo de nulidad esgrimido en un vicio del consentimiento, indica que la acción se encuentra caducada al haber transcurrido los cuatro años previstos en el artículo 1301 del Código civil, desde la consumación del contrato. Por otro lado considera improcedentes las acciones ejercitadas subsidiariamente de resolución contractual, ya que en todo caso no existe nexo causal y por ello lo que procedería es la acción de anulabilidad que se encuentra caducada. La demandada pone de manifiesto el perfil laboral del Sr. [redacted] que es economista, y especialista en productos financieros, añadiendo que ha trabajado en el BBVA y ha sido agente del Banco de Andalucía y del

Banco Popular, poniendo de manifiesto además la experiencia profesional del mismo, siendo administrador de una sociedad en la que se prestan servicios económicos, e igualmente considera que la experiencia inversora del mismo hace totalmente imposible que se produjera el error del consentimiento alegado, y que el Sr. era un inversor muy arriesgado, con una exposición de un 80,08% de su cartera a productos con un alto riesgo de pérdidas, teniendo igualmente experiencia en operaciones sobre acciones, sobre valores High Yield, sobre fondos de inversión de renta variable y sobre operaciones en divisa extranjera, todas ellas con un alto riesgo, e igualmente añade que tenía experiencia inversora en otras entidades, y experiencia como asesor de otros inversores. En cuanto a la información pre-contractual que recibió el actor, indica que el asesor del banco le remitía periódicamente información, manteniendo constantes reuniones con el mismo, proporcionándole información sobre distintos tipos de productos, algunos arriesgados y otros conservadores, para que eligiera su cartera, y se le explicó e informó de los bonos indicados, meses antes de su contratación. En cuanto a la suscripción de los bonos, indica que no es cierto que solo se firmaran dos, con independencia de que no se localicen las otras dos, y asimismo indica que se le informó del ISIN de los productos en los informes que se le entregaban, a pesar de no ser ello obligatorio. En cuanto a la rentabilidad de los bonos indica que era alta, desde un 8% a un 20% anual, y diversificó el riesgo entre los productos, aunque los de menor oscilación, ofrecían menor rentabilidad. Por lo que se refiere a la reclamación de comisiones, indica que en realidad son los márgenes de intermediación de Barclays en esos productos, pero el cliente adquiere el 100% de lo invertido, no teniendo ningún efecto en la esfera patrimonial del actor; en todo caso, añade que el régimen aplicable a las comisiones está liberalizado. Continúa alegando la demandada que tras la contratación se siguió facilitando información al actor de forma periódica tanto verbalmente como mediante la entrega de informes, de forma personal y detallada, y que este era consciente del riesgo de que los mismos perdieran valor. Por último añade que el motivo de la depreciación de los bonos trae causa en la grave e imprevisible crisis financiera actual.

SEGUNDO.- Con carácter previo, ha de analizarse la excepción de caducidad alegada por la demandada en relación a la nulidad contractual postulada, y ello con base a lo dispuesto en el artículo 1.300 del Código civil que dice que “Los contratos en que concurren los requisitos que expresa el artículo 1261 pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley” y asimismo lo dispuesto en el artículo

1.301 del mismo texto legal que establece que la acción de nulidad durará cuatro años.

Ahora bien la resolución de tal cuestión se presenta íntimamente enlazada con los relativos a la verdadera naturaleza de la acción ejercitada en demanda y a la naturaleza de los vicios que quepa apreciar en el contrato suscrito por las partes. En efecto, para el caso de hallarnos ante una nulidad por falta de una efectiva y válida prestación del consentimiento por parte del demandante, la acción para hacerla valer no resultará afectada por plazo prescriptivo ni de caducidad alguno.

En tal sentido ha de reproducirse lo señalado en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 29 de Diciembre de 2005, que declaraba "No estamos -en el caso de autos- ante un supuesto de mera anulabilidad o nulidad relativa del contrato cuestionado, como erróneamente entiende la recurrente, sino de nulidad radical o absoluta del mismo, caracterizada - como es bien sabido- por la falta de alguno de los elementos esenciales enumerados por el artículo 1261 Código Civil (consentimiento, objeto o causa) o por la vulneración de normas imperativas o prohibitivas, supuesto en los que la acción impugnatoria es imprescriptible y no caduca, de acuerdo con la antigua regla de que lo que es nulo en su inicio no produce efectos ni puede ser convalidado, "quod nullum est, nullum prodit effectum", regla frecuentemente aplicada por nuestra jurisprudencia precisando que la limitación temporal para accionar de cuatro años contenida en el artículo 1301 del Civil solo rige para las acciones de anulabilidad pero no para las de nulidad radical e inexistencia contractual (Sentencias del Tribunal Supremo entre otras las de fechas 1-12-1971, 14-11-1991)".

En todo caso ha de distinguirse la perfección del contrato de la consumación del mismo, y en el presente caso, el cumplimiento de las prestaciones se viene produciendo en distintas fechas, desde las que no habría transcurrido el plazo de caducidad de 4 años.

Todo ello conlleva el rechazo de la excepción de caducidad alegada.

TERCERO.-Los bonos estructurados son bonos u obligaciones, es decir, títulos representativos del préstamo que un inversor concede al emisor de aquéllos a plazo fijo y con una promesa de retribución cuando se den las condiciones pactadas, por lo que el objeto del contrato no es otro que el nominal que entrega el inversor y la cantidad que, cumplido el plazo, va a percibir y, si bien esta última es indeterminada al tiempo de la conclusión del contrato, es determinable sin necesidad de un nuevo convenio entre las partes pues se fija en función de la cotización de los valores de referencia en la fecha designada en el contrato.

Así los bonos estructurados no son más que un préstamo a plazo, no son valores cotizables, aunque los subyacentes son valores cotizables en Bolsa y una mínima diligencia, permite, de forma inmediata, seguir la evolución de los índices bursátiles, siendo lo relevante el valor de los subyacentes en las fechas fijadas en las condiciones de los bonos, y no en otras.

En consecuencia los bonos que nos ocupan son productos estructurados y derivados cuyo resultado depende de la evolución bursátil de la cesta de acciones que lo integran como subyacentes, lo que implica que es una obligación que se concretará en las fechas de observación que se señalan y en un plazo final de última observación o de amortización, de ahí que el funcionamiento del producto ponga de manifiesto que el capital no está garantizado.

En cuanto a la normativa específica aplicable, además de a lo pactado, ha de estarse a lo dispuesto en la ley de Mercado de Valores de 24/1988 de 28 de julio, reformado por la ley 47/07 de 19 de diciembre, si bien esta reforma no se encontraba en vigor en el momento de la formalización del contrato que nos ocupa, asimismo resultan de aplicación, las normas sobre comisión mercantil previstas en el código de comercio (arts. 259 y siguientes) y diversa regulación sectorial de carácter financiero, entre ellas el RD de 3 de mayo de 1993 sobre código general de conducta de los mercados de valores.

CUARTO.- El artículo 79 de la Ley de Mercado de Valores , en su redacción primitiva, establecía como regla fundamental del comportamiento de las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente, la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses del cliente como propios. Y el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, concretó aún más la diligencia y transparencia exigidas, desarrollando en su anexo un código de conducta presidida por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que aquí importa, adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (artículo 4 del Anexo 1), como frente al cliente (artículo 5), proporcionándole toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquél de la decisión de inversión "haciendo hincapié en los riesgos que toda operación conlleva " (artículo 5.3). Este Real Decreto fue derogado por la Ley 47/2007 de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley del Mercado de Valores, que introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2004/39 CE, sobre Mercados de Instrumentos Financieros, conocida como Mifid (Markets in Financial Instruments Directive), continuando dicha Ley 47/2007 con el desarrollo

normativo de protección del cliente, introduciendo la distinción entre clientes profesionales y minoristas, a los fines de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros (artículo 78 bis) y reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el artículo 79 bis, regulando exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, entre otros extremos, sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece a los fines de que el cliente pueda "tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa", debiendo incluir en la información las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias, no sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencias financiera y aquellos objetivos (artículo 79, bis núm. 3, 4 y 7).

Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que dado que las inversiones que nos ocupan, se ejecutaron con anterioridad a la entrada en vigor de la MIFID, implantada en España mediante la Ley 47/2007 de 19 de diciembre, la normativa a la que ha de atenerse es la de Ley de Mercados de Valores de 1988 y el RD 629/93 de 3 de mayo, lo que conlleva según se reconoce en Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25ª) de 15 de julio de 2011, que la demandada no estaba obligada a efectuar valoración del perfil de los actores, ni a publicar las condiciones de la emisión al cotizar en mercados secundarios, así como tampoco a entregar el folleto de emisión y la información que éste contiene del producto adquirido.

Por otro lado la entrega de los documentos contractuales al cliente, según la normativa aplicable (que no era la introducida en la Ley de Mercado de Valores por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, ni siquiera promulgada en la fecha de suscripción de los bonos litigiosos, ni el Real Decreto 217/2008, por la misma razón temporal, ni las Directivas MIFID porque hasta la Ley 47/2007 no fueron transpuestas al ordenamiento español), no era obligatoria, salvo que lo solicitara el cliente y tampoco era obligatorio entregar las condiciones particulares de la emisión, salvo solicitud del cliente, sin embargo antes de dicha reforma también competían a las entidades bancarias deberes de transparencia y de información representados por el Código de Conducta aprobado por el Real Decreto 629/1993, cuyo art. 5 del Anexo establecía que "1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos". Y el apartado disponía que "La información a la clientela debe ser clara, precisa, suficiente y entregada a tiempo para

evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos".

Entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 1 de abril de 2011 (rec. 65/2011, num. 105/2011), argumenta lo siguiente: "la entidad financiera que intermedia o interviene profesionalmente en la adquisición por parte de un cliente de un determinado producto financiero en el mercado de valores tiene la esencial obligación de informar a dicho cliente, previamente y con el suficiente detalle, de las características de dicho producto financiero, a fin de que el cliente pueda adoptar su decisión inversora con suficiente conocimiento de causa, como se desprendía de la redacción, vigente a la fecha del contrato de autos, del artículo 79.1.e) de la Ley del Mercado de Valores y como se desprende del actualmente vigente artículo 79 bis de la misma Ley . Y esa obligación de información debe cubrir, de forma especial, los concretos riesgos que lleva consigo la referida inversión, sin que el Banco pueda proceder a un cumplimiento meramente formal de esa obligación de información por la vía de realizar una somera descripción del producto en la que simplemente se resalten las rentabilidades y se difuminen los riesgos". Es decir, aunque en el caso examinado por dicha sentencia existía una información escrita, se concluye que "ha de considerarse insuficiente la información que se incluyó en el contrato de autos, a modo de anexo, pues, de un lado, no se indicaba, de forma expresa, la posibilidad de que el cliente perdiese, total o parcialmente, el capital invertido, limitándose a hacer referencia a unos "ratings" de la emisión, que, por su carácter técnico, sólo pueden ser adecuadamente interpretados por inversores profesionales o por personas con una elevada cultura financiera, sin que conste que la hoy actora pueda ser encuadrada en ninguno de esos grupos, no siendo suficiente para dar por probado que la actora fuese una inversora experimentada y con pleno conocimiento de lo que adquiriría el hecho de que haya adquirido en otras ocasiones otros productos financieros... "

QUINTO.- Partiendo de lo anterior, en primer lugar y en relación con el "onus probandi" del correcto asesoramiento e información hay que señalar que la carga probatoria acerca de tal extremo debe pesar sobre el profesional financiero, respecto del cuál la diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes, lo cual por otra parte es lógico por cuanto desde la perspectiva de éstos últimos se trataría de un hecho negativo como es la ausencia de

dicha información (Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 26-04-2006).

En el caso que nos ocupa, queda probado que el actor Sr. tiene como profesión la de economista - documento nº 2 de la contestación a la demanda- , y asimismo que es el administrador único de la también demandante , S.L. - documento nº 3 de la contestación-, cuyo objeto social es la actividad propia del ejercicio profesional de economista, y que igualmente ha prestado servicios laborales para otras entidades bancarias, siendo agente comercial para el Banco Popular, como así se desprende del informe de vida laboral así como de la contestación al oficio remitido a esta última entidad financiera. Asimismo del documento nº 5 de la contestación a la demanda se desprende que el Sr. con anterioridad a la suscripción de los bonos estructurados que nos ocupan, tenía una cartera de productos que ascendía a 1.049.251,65 euros con exposición a renta variable y a valores High Yield - documento nº 5 de la contestación-, y entre los que se incluían acciones, no pudiéndose ignorar que tales productos presentan un riesgo alto de pérdidas, pero no por ello puede desconocerse ni dejar de aplicarse la esencial obligación de la entidad bancaria de proporcionar con carácter previo a su contratación y con claridad y transparencia la suficiente información al cliente sobre el concreto producto que se pretende contratar, y todo ello con independencia de que al momento de la contratación de los productos objeto de la litis las partes no hubieran suscrito todavía, los contratos de asesoramiento en materia de inversión, que se adjuntan a la demanda como documentos número 12.

En consecuencia aunque el actor tuviera conocimientos financieros , e incluso en materia de productos de inversión, ello no justifica que tuviera conocimientos precisamente en la materia que nos ocupa; en este sentido no consta en absoluto que el Sr. hubiera contratado con anterioridad bonos estructurados, y por ello que fuera una persona experta en la materia, y ello a pesar de que ya en ocasiones anteriores había invertido, y en consecuencia, no puede concluirse que conociera la naturaleza y los riesgos de este tipo de inversiones, ni su comportamiento en los mercados, apoyando tal postura la testifical practicada al Sr. ; pero además ha de tenerse en cuenta que el hecho de que el Sr. tenga tales conocimientos, no exime a la entidad demandada de su obligación de informar.

En este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 14 de noviembre de 2005, recogió que la especial complejidad del sector financiero - terminología, casuismo, constante innovación de las fórmulas jurídicas, transferencia de riesgos a los clientes adquirentes... -

dotan al mismo de peculiaridades propias y distintas respecto de otros sectores, que conllevan la necesidad de dotar al consumidor de la adecuada protección tanto en la fase precontractual - mediante mecanismos de garantía de transparencia de mercado y de adecuada información al consumidor (pues sólo un consumidor bien informado puede elegir el producto que mejor conviene a sus necesidades y efectuar una correcta contratación) - como en la fase contractual - mediante la normativa sobre cláusulas abusivas y condiciones generales, a fin de que la relación guarde un adecuado equilibrio de prestaciones - como finalmente, en la fase postcontractual, cuando se arbitran los mecanismos de reclamación.

La Ley de Mercados de Valores y el Código General de Conducta de los Mercados de Valores, en lo relativo a la información a suministrar al cliente, considera que las entidades deben ofrecer y suministrar a sus clientes toda la información relevante para la adopción por ellos de las decisiones de inversión, dedicando el tiempo y la atención adecuada para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos. Con arreglo a tal normativa, la información debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y haciendo expreso hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo a fin de que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata.

Y siendo esto así, y examinadas las concretas circunstancias del supuesto que se somete a consideración, máxime cuando del informe de la Comisión Nacional del Mercado de Valores que se adjunta a la demanda como documento nº 17 de la demanda, ante la reclamación del actor, concluyó, que respecto a los bonos siguientes: Bono Autocancelable Bancos Franceses, Bono Autocancelable Sector Financiero IV y Bono autocancelable Tef, BBVA, concluyó que no había quedado acreditado que la demandada consiguiera información suficiente del cliente para considerar que los dos primeros bonos contratados se ajustaban a su experiencia previa o perfil inversor, además considera que no ha quedado acreditado que Barclays proporcionase información sobre las características y riesgos de los productos antes de su adquisición, y por último considera inadecuado el contenido tanto del extracto de liquidación de compra -documentos 6 y 8 de la demanda- como de los periódicos relativos a la cuenta de valores -documento nº 23-.

Es cierto que las resoluciones de la CNMV ni sus conclusiones son vinculantes, pero lo cierto, que al menos en el presente caso, no puede dejar de tomarse en consideración, puesto que analiza las circunstancias concretas respecto a los tres bonos a los que se refiere, y la conclusión

alcanzada aparece corroborada por los medios probatorios objeto de análisis en las presentes actuaciones.

De todo lo anterior resulta además que los productos contratados eran de riesgo elevado, la prueba practicada revela que en el supuesto enjuiciado la parte actora no fue informada adecuadamente de los productos que contrataba, no entregándose sino hasta fechas posteriores a la contratación, las fichas de los productos con las especificaciones sobre sus concretas características –documento nº 22 de la demanda– teniendo en cuenta como antes se apuntó que en relación con el "onus probandi" del correcto asesoramiento e información hay que señalar que la carga probatoria acerca de tal extremo debe pesar sobre el profesional financiero, respecto del cuál la diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes, lo cual por otra parte es lógico por cuanto desde la perspectiva de éstos últimos se trataría de un hecho negativo como es la ausencia de dicha información (Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 26-04-2006).

Al hilo de lo anterior no procede deducir testimonio por delito de falsedad, al considerar que no cabe incluir como ilícito penal el hecho de que la demandada haya manifestado erróneamente en su escrito de contestación a la demanda, que el archivo que se adjuntaba al documento nº 22 correspondía a la información de uno de los bonos contratados, cuando ello no es así, circunstancia puesta de manifiesto y justificada por la parte demandante, y reconocida así expresamente por la demandada.

A mayor abundamiento ha de tenerse presente que únicamente obran aportados dos de los contratos, no habiendo sido aportados a las actuaciones los referidos a los otros dos productos, a pesar del requerimiento que al efecto se ha dirigido a la demandada, por lo que dada la disponibilidad y la facilidad probatoria que para dicha parte, supone la aportación de tales documentos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 217-7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y artículo 329 del mismo texto legal, procede considerar probada la inexistencia de los mismos, dado que por razones de prudencia y de protección de intereses es más que aconsejable que el banco conservara tales documentos, como así se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencia de 14 de noviembre de 2001.

En cuanto a la obligación de tener adecuadamente informado al cliente con posterioridad a la contratación (artículo 79, apartado uno, letra e, de la Ley del Mercado de Valores, lo que se reprodujo en el apartado uno del artículo 79 bis de la ley citada , introducido por la Ley 47/2007, de

19 de diciembre), ya se ha expuesto con anterioridad que tal obligación no fue cumplida por la demandada toda vez que facilitó a sus clientes información poco clara y que conducía a error – documentos 23 y 6 y 8 de la demanda-.

SEXTO.- Partiendo de lo anterior, ha de tenerse en cuenta que el artículo 1.265 del Código Civil declara nulo el consentimiento prestado por error o dolo, exigiendo el artículo siguiente que, para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo. El error constituye un falso conocimiento de la realidad, capaz de dirigir la voluntad a la emisión de una declaración no efectivamente querida, y para que pueda provocar la nulidad relativa del contrato, debe reunir los dos siguientes fundamentales requisitos: A) Que sea sustancial y derivado de actos desconocidos para el que se obliga, referida a las cualidades esenciales de la cosa (entre otras muchas STS de 17 de mayo de 1.988 y 4 de diciembre de 1.990), no pudiendo nunca constituir este vicio, el mero error de cálculo, o de las previsiones o combinaciones negociales (STS de 27 de mayo de 1.982 , 17 de octubre de 1.989). B) Que, aparte de no ser imputable al que lo padece, el referido error no haya podido ser evitado mediante el empleo, por el que lo padeció, de una diligencia media o regular, teniendo en cuenta la condición de las personas, no sólo del que lo invoca, sino de la otra parte contratante, cuando el error pueda ser debido a la confianza provocada por las afirmaciones o la conducta de ésta. (STS de 4 de diciembre de 1.994 y 21 de mayo de 1.997 , que, a su vez, citan otras muchas). La diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, pues la función básica del requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte, que la merece por la confianza infundida por la declaración (STS de 28 de septiembre de 1.996). En la STS de 21 de junio de 1.978 se señala que la exigencia del requisito de la excusabilidad del error de un contratante se base además de en el principio de la responsabilidad, en los de protección de la buena fe y seguridad en el comercio jurídico, pues hay que entender que el principio de responsabilidad comercial entraña el deber de informarse por razones de seguridad jurídica antes de comprometerse.

Tales vicios han de ser apreciados con extraordinaria cautela y con carácter excepcional o restrictivo, en aras a la seguridad jurídica y al fiel y exacto cumplimiento de lo pactado, por lo que la carga de la prueba

incumbe a quien lo alega, y debe quedar cumplidamente probado. (STS de 30 de junio de 1.988 y 4 de diciembre de 1.990 , entre otras).

No obstante lo anterior, han de aplicarse los siguientes principios de contratos en general y bancarios en particular recogidos en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 11ª) de 11 de octubre de 2012:

“1º El consentimiento es un elemento esencial del negocio jurídico (art. 1.261.1º CCivil) cuidando el Ordenamiento nacional y comunitario de que sea reflejo de una voluntad formada con pleno conocimiento de aquello sobre lo que se está contratando, del interés que obtiene la parte con la suscripción del negocio y de las consecuencias adversas que eventualmente le puede comportar. Por ello, en base al art. 1.265 CCivil, se reputa nulo el contrato cuando el consentimiento fuera prestado por violencia, intimidación o dolo y error siempre que, en este caso según el art. 1.266 CCivil y jurisprudencia que lo interpreta (SsTS de 12/11/04, 13/2/07 , 12/11 y 11/12 de 2.010 citadas por la SAP de Madrid, Sec. 13ª, de 14/2/12), 1) recaiga sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquéllas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo, 2) concurra al tiempo de la formalización y 3) sea excusable, esto es, que no pudo ser evitado por quien lo padeció empleando una diligencia media o regular, requisito que viene impuesto por los principios de autorresponsabilidad o buena fe. En definitiva, siguiendo la citada SAP de Madrid, dictada en un supuesto similar al presente, "el error consiste en una representación equivocada de la realidad que produce la realización de un acto jurídico que de otra forma no se hubiese llevado a cabo o se hubiese realizado en otras condiciones. Es un vicio de la voluntad que da lugar a la formación de la misma sobre la base de una ciencia inexacta o el desconocimiento de un elemento relevante del contrato, que de ser conocido no se hubiere producido."

2º La buena fe negocial entendida en su sentido objetivo de pauta de conducta (arts. 7.1 y 1.258 CCivil y 111.7 CCCat .) así como la normativa sectorial vigente al tiempo de nacer el contrato litigioso (arts. 79 y 79 bis Ley del Mercado de Valores tras su reforma por Ley 47/07, de 19 de diciembre por la que se transpone a nuestro país la Directiva 2004/39/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2.004 MIFID -Markets in Financial Instruments Directive- y art. 60 del RD 217/08, de 15 de febrero) obligaba a las entidades financieras a 1)" comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios" y 2) en particular, desplegar una actividad informativa previa a la venta de un producto con el fin de que el cliente, tributario de protección frente a la entidad

bancaria en especial cuando ha sido calificado como "minorista" (documento 3 de la demanda), pudiera formar su voluntad y emitir su consentimiento negocial con pleno conocimiento de causa lo que impide a) destacar los beneficios potenciales del instrumento financiero "sin indicar también los riesgos pertinentes, de manera imparcial y visible" y b) ocultar, encubrir o minimizar ningún aspecto, declaración o advertencia importantes (art. 60.1.b y d RD 217/08). En palabras del art. 48.2.h) de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito "Dicha información tendrá por objeto permitir al cliente conocer las características esenciales de los productos propuestos y evaluar si estos se ajustan a sus necesidades y, cuando pueda verse afectada, a su situación financiera."

3º Es innegable que a quien pretende borrar del mundo jurídico un contrato, en nuestro caso BOPAN por haber incurrido en un vicio del consentimiento, le corresponde la carga de acreditar la realidad de dicha patología negocial (art. 217.2º LECivil). Ahora bien, por el principio de facilidad probatoria contenido en el art. 217.7º LECivil , incumbía a BBVA demostrar en el proceso que cumplimentó ese deber de información prenegocial de manera tal que BOPAN alcanzó un pleno conocimiento de lo que suponía para ella la suscripción del contrato teniendo en cuenta i) la complejidad objetiva del producto, ii) su novedad en el mercado y iii) la preparación de aquélla. La Sentencia dictada por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza en fecha 24 de mayo de 2.012 , con cita de otras muchas, confirma este modo de distribuir la carga probatoria a la vista de la normativa reguladora del mercado financiero: "se ha concluido que corresponde a las entidades de crédito acreditar el cumplimiento de tal obligación y de que el acreedor comprendió en lo necesario las características del producto contratado, lo que también resulta del criterio de la mayor facilidad o proximidad a la prueba que establece el art. 217 LEC , en tanto que por las normas que le son aplicables a su actuación las entidades de crédito han de conservar documentación de las operaciones y de la información dada." "

En el presente caso es claro que teniendo en cuenta el grado de formación del demandante en este tipo de operaciones, así como la especial complejidad del sector financiero a que antes se ha hecho referencia, como las concretas circunstancias en las que se produjo la contratación que también han sido expuestas con anterioridad, ha de concluirse que se ha producido error esencial e invalidante, capaz de anular el contrato, que requiere, en palabras de la sentencia del TS de 17 de febrero de 2005 , "... que el mismo no sea imputable a quien lo padece, y tal cosa sucede cuando quien lo invoca podría haberlo eliminado empleando una diligencia normal adecuada a las

circunstancias, es decir, una diligencia media teniendo en cuenta la condición de las personas, pues de acuerdo con los postulados de la buena fe el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien no merece dicha protección por su conducta negligente (sentencias de 24 de enero de 2003 , 12 de julio de 2002 y 30 de septiembre de 1999 , entre otras)".

Todo lo anterior conlleva la estimación de la demanda en cuanto a su pretensión principal, que conlleva ex artículo 1.303 del Código civil, la restitución recíproca de las cantidades entregadas, junto con los intereses devengados.

SEXTO.- En relación a las costas procesales, y conforme a lo dispuesto en el artículo 394-1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil procede su imposición a la parte demandada.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Que estimando la demanda presentada por el Procurador de los Tribunales Sr. García-Lozano Martín en nombre y representación de D^o
y
, S.L. , contra BARCLAYS BANK, S.A. representado por la Procuradora de los Tribunales Sra. Cano Lantero debo DECLARAR y DECLARO la nulidad de las operaciones de intermediación realizadas por Barclays Bank, S.A. de fecha 9 de mayo de 2007, 21 de junio de 2007, 30 de julio de 2007 y 22 de noviembre 2007 referidas a los instrumentos financieros "Bono Bancos Franceses", "Bono Sector Financiero IV", "Bono BBVA/Telefónica" y "Bono Eurostoxx Supertracker", procediendo la restitución recíproca de las prestaciones, con condena a Barclays Bank, S.A., a la restitución de las cantidades entregadas por los demandantes previa compensación con las abonadas en concepto de cupones y de liquidación final de los instrumentos, y todo ello junto con los intereses legales que se hayan devengado, con imposición de las costas procesales a la parte demandada.

Notifíquese esta resolución a las partes y dése cumplimiento en lo previsto en el número 4 del artículo 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, advirtiéndole que contra la misma cabe interponer recurso de apelación ante este Juzgado para ante la Ilma. Audiencia Provincial Madrid, en el plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de la presente, de conformidad con lo previsto en los artículos 458 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En aplicación de la L.O. 1/2009, de 4 de noviembre, se indica la necesidad de constitución de depósitos para recurrir por importe de CINCUENTA EUROS en la cuenta de este Juzgado en el Banesto y a favor de estos autos; en caso de defecto y omisión o error en la constitución, se concederá a la parte plazo de dos días para subsanación. De no efectuarlo, quedará firme la resolución impugnada (art. 1.19.15ª, depósito para recurrir).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 e) de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, se hace saber la necesidad de autoliquidar la tasa prevista en el artículo 7 de dicha ley, para la interposición del recurso de apelación contra la presente, de conformidad con lo previsto en el artículo 8 del mismo texto legal, todo ello según la redacción dada a dichos preceptos por el Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita, haciendo saber que en caso de no acompañarse el justificante de pago de dicha tasa, el Secretario judicial requerirá al sujeto pasivo para que lo aporte en el plazo de diez días, no dando curso al escrito hasta que tal omisión fuese subsanada. La ausencia de subsanación de tal deficiencia, tras el requerimiento del Secretario judicial a que se refiere el precepto, dará lugar a la preclusión del acto procesal y a la consiguiente continuación o finalización del procedimiento, según proceda.

Llévese la presente resolución al libro de Sentencias del Juzgado quedando testimoniada en las presentes actuaciones y tómesese oportuna nota en los libros de este Juzgado.

Así por esta mi sentencia a cuya publicación en forma, se procederá, definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

E/



Administración
de Justicia

PUBLICACIÓN.— Leída y publicada fue la anterior Sentencia en el día de la fecha por la Magistrada-Juez que la dictó estando celebrando en Audiencia Pública y presente yo, la Secretaria, doy fe.



Madrid