

**JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 14 DE  
MADRID**

C/ Capitán Haya, 66 , Planta 3 - 28020

Tfno: 914932747

Fax: 914932749

42020310

NIG: 28.079.42.2-2012/0113186

**Procedimiento: Procedimiento Ordinario 889/2012**

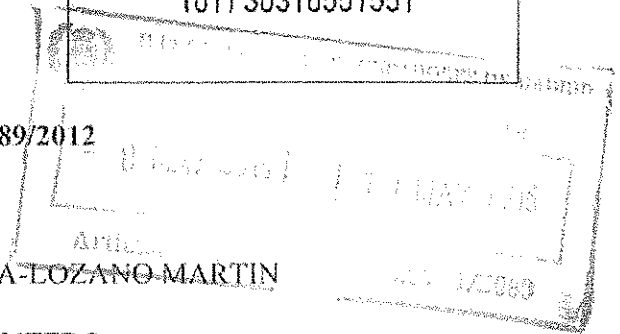
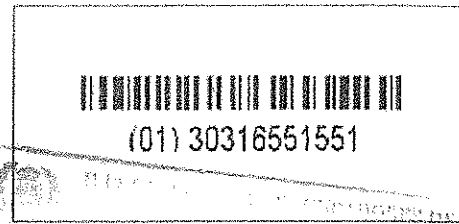
Materia:

**Demandante:**

PROCURADOR D./Dña. ERNESTO GARCIA-LOZANO MARTIN

**Demandado:** BARCLAYS BANK S.A.

PROCURADOR D./Dña. ADELA CANO LANTERO



**SENTENCIA Nº 82/2015**

**JUEZ/MAGISTRADO- JUEZ:** D./Dña. Mª JOSE GARCIA JUANES

**Lugar:** Madrid

**Fecha:** seis de mayo de dos mil quince

En la Villa de MADRID, a SEIS de MAYO de DOS MIL QUINCE .

La Ilma. Sra. DOÑA MARIA JOSE GARCIA JUANES , MAGISTRADA-  
JUEZ del Juzgado de Primera Instancia número CATORCE de los de MADRID;  
habiendo visto los presentes autos de Juicio Ordinario número 889/2012 ;  
promovidos a instancia de y en su representación el  
Procurador de los Tribunales D. ERNESTO GARCIA-LOZANO MARTIN y  
asistido del Letrado D. FERNANDO ZUNZUNEGUI PASTOR contra  
BARCLAYS BANK, S.A y en su representación la Procuradora de los Tribunales  
Dª ADELA CANO LANTERO y asistido del Letrado D. JAVIER ORTEGA  
GONZALEZ ; sobre nulidad contractual y otras ; y,

**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Que la mencionada representación de la parte demandante  
formuló demanda el día 18/6/2012 arreglada a las prescripciones legales, la cual ,  
fundamentaba en los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y  
termina solicitando se dicte Sentencia: “ por la cual se declare lo siguiente:

- 1) Que se declare la nulidad de las operaciones de intermediación realizadas  
por Barclays Bank, S.A., de fecha 23 de julio de 2007, referidas a los  
instrumentos financieros “Autocancelable Ferrovial/Telefónica” y  
“Autocancelable BBVA/Telefónica” , 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 el Cliente previa compensación con las abonadas en concepto de cupones y de venta de los instrumentos, y todo ello junto con los intereses legales que se hayan devengado.
- 2) Subsidiariamente se solicita se declare el incumplimiento por parte de Barclays Bank, S.A., de sus obligaciones contractuales esenciales en la intermediación-asesorada de los instrumentos financieros “Autocancelable Ferroviario/Telefónica” y “Autocancelable BBVA/Telefónica, de 23 de julio de 2007 , en los términos recogidos en el cuerpo de la presente 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 el Cliente previa compensación con las abonadas por el demandado, en concepto de cupones y de venta de los instrumentos, y todo ello junto con los intereses legales que se hayan devengado.
  - 3) 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-asesorada de los instrumentos financieros “Autocancelable Ferroviario/Telefónica” y “Autocancelable BBVA/Telefónica” de 23 de julio de 2007, y, en particular, que ha sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones de seguimiento de la posición, y al amparo del artículo 1.101 del Código Civil, se le condene a indemnizar a mi mandante por los daños y perjuicios causados equivalente a la pérdida ocasionada que se concreta en la condena a Barclays Bank, S.A., a la restitución de las cantidades entregadas por el Cliente previa compensación con las abonadas por el demandado, en concepto de cupones y de venta de los instrumentos, y todo ello junto con los intereses legales que se hayan devengado.
  - 4) 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 se dispuso el emplazamiento de la parte demandada, para que en el término legal, compareciere en autos asistida de Abogado y Procurador contestara a aquélla, lo que verificó oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando que se dicte Sentencia: “ por la que se desestime íntegramente la demanda y se condene a la parte actora al pago de las costas procesales”.

TERCERO.- Que señalada para la celebración de la Audiencia Previa el día 9 de mayo de 2013 , comparecieron sendas partes litigantes, ratificándose en la demanda y en la contestación, haciendo las manifestaciones que constan en la misma, y proponiendo como prueba, que fue admitida, la parte demandante: Documental, Interrogatorio de testigos y por la parte demandada: Documental, Interrogatorio de

testigos , motivo por el cual , se señaló para la celebración del Juicio el día 30 y 31 de octubre de 2014 y celebrada la prueba que fue admitida , con el resultado que obra en autos y hechas las alegaciones que estimaron conveniente las partes , se declararon los autos conclusos para dictar sentencia.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales, salvo el plazo para dictar sentencia , por existir asuntos de índole preferente, y de fecha anterior.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la entidad [redacted] -en adelante demandante- se ejercita acción/es de nulidad y anulabilidad por vicios en el consentimiento e incumplimiento de normas imperativas , y subsidiaria de de incumplimiento contractual y reclamación de daños y perjuicios , contra la entidad BARCLAYS BANK, S.A -en adelante demandada- , y en relación a los productos financieros -en adelante los productos- que se identifican como “Autocancelable Ferrovial/Telefónica” y “Autocancelable BBVA/ Telefónica”.

La parte demandante, básicamente alega en apoyo de sus pretensiones: que dichos Bonos fueron recomendados por la demandada, a través de su empleada, [redacted] , en julio de 2007, mediante propuesta personalizada, como “bonos garantizados”, en concreto bajo la denominación: “Bono Est. Renta Variable EUR”, cuando resultaron ser “bonos estructurados sin garantía de capital”, y que se le ofreció una información escasa e incorrecta, que no se le entregó ningún documento explicativo adicional a la propuesta donde pudiera constar la descripción y factores de riesgo de los mismos, que no recibió la mínima información de los productos, ni tan siquiera su ISIN, su emisor y sus riesgos de comportamiento en los diversos escenarios, y tras firmar las órdenes de compra las información posterior tampoco fue correcta. Y se alega, que la demandante es una entidad jurídica cuyo objeto social es la publicidad, su administrador único es [redacted] , que carecía de conocimientos y medios para conocer lo que compraba y hacer un seguimiento de la inversión , y que la demandada no se preocupó de conocer su situación financiera , experiencia inversora y objetivos de inversión , no siendo adecuados dichos Bonos atendiendo al objetivo de inversión que buscaba rentabilidad sin arriesgar el principal.

La demandada, alega básicamente que: la persona que ha actuado siempre como interlocutor frente al Banco es el [redacted] quien goza de sólidos conocimientos financieros en atención a su formación académica y a su propia experiencia laboral, que la iniciativa de invertir en productos de inversión fue del [redacted] , que previa a la contratación de los Bonos objeto de autos se mantuvieron múltiples reuniones durante las cuales la demandada recabó información suficiente acerca de las expectativas de inversión de la demandante, y pluralidad de

productos de inversión y que cuando suscribió las órdenes de compra de los mismos conocía los términos y condiciones de los productos incluido el carácter no garantizado del capital.

SEGUNDO.- Procede partir como extremos no controvertidos, según resulta de las alegaciones de las partes litigantes en sus respectivos escritos rectores y de la documental aportada, no impugnada de contrario, tal que:

La demandante, es una entidad jurídica cuyo objeto social es la publicidad, y su administrador único es

(documento nº 1 de la demanda), siendo éste el interlocutor frente a la demandada.

A dicha entidad demandante en la persona del \_\_\_\_\_, se le hace entrega por parte de \_\_\_\_\_ -en adelante \_\_\_\_\_ -, quien trabaja para la entidad demandada como “gestora de patrimonios”, un documento en el que figura “Propuesta de Inversión” (documento nº 5 de la demanda). En la misma, consta la fecha: 20 de julio de 2007, en el apartado “inversión” aparecen tres, a saber: “ B Rendimiento efectivo”, importe 50.000 euros, peso: 9,09 %, “ DWS Dynamic Allocator”, importe 50.000 euros, peso: 9,09 %, “Bono Est. Renta Variable EUR”, importe 450.000 euros, peso 81,82 %. Mas abajo aparecen unos gráficos circulares, que se identifican bajo los nombres “distribución por inversión”, “distribución por mercado”, “distribución geográfica”, “distribución por divisa”. Concretamente, en el gráfico “distribución por mercado”, figuran las inversiones en cuestión de la siguiente forma -de izquierda a derecha- “Gestión alternativa” 9%, “Monetario” 9%, “Garantizados renta variable” 82%.

La entidad demandante, firmó el día 23 de julio de 2007, según figura en el documento bajo el nombre “Orden de compra de instrumentos financieros derivados”, sendas órdenes de compra, de los productos que se identifican en las órdenes -en el apartado “observaciones”- como: “Autocancelable Ferrovial/Telefónica” y “Autocancelable BBVA/ Telefónica” -en adelante los productos- , por la cantidad de 250.000 euros, el primero y por la cantidad de 200.000 euros , el segundo (documentos nº 6, 7 de la demanda). En estos documentos sólo figura además de la fecha, la cuenta, el nombre del titular y del ordenante, a la sazón el \_\_\_\_\_, el importe, la divisa y en observaciones, el nombre del producto. Asimismo consta lo siguiente: “El ordenante hace constar que recibe copia de la presente orden, que conoce su significado y trascendencia, ...”, y a continuación: “En particular, el ordenante hace constar expresamente que es conocedor de que los valores que ordena adquirir tienen el carácter de instrumentos financieros derivados, por lo que requieren una vigilancia constante de la posición y una adecuada gestión. En cualquier caso, estos instrumentos comportan un alto riesgo de no recuperación del capital invertido, pudiendo convertirse rápidamente un beneficio en pérdidas como consecuencia de variaciones del precio o por otras condiciones a las que estén sometidos estos valores”. Asimismo aparece en la boleta bancaria de cargo de uno de los productos (“Autocancelable Ferrovial/Telefónica”) bajo el rótulo “ Compra de títulos de renta fija” (documento nº 17 de la demanda). En los extractos bancarios e informes de posiciones, boletas bancarias de liquidación

de intereses, comisiones de administración, figuran dichos productos dentro del apartado "Renta Fija", "R.F.I. Europa" o "R.F.I. Otros", y el importe de adquisición (documentos nº 18, 19 de la demanda), así como se utiliza el término "GAR" (documento nº 20 de la demanda).

Consta que la demandada entregó a la demandante un documento denominado: "Términos y Condiciones finales" de cada unos de los productos, fechados respectivamente el día 8 y el 1 de agosto de 2007 (documento nº 14 de la demanda). Junto a esa hoja denominado "Términos y Condiciones finales" aparece unida otra hoja, firmada por el representante de la entidad demandante que lleva el título: "Mecanismo de amortización anticipada automática". A esta hoja se refiere la demandante como "Ficha comercial", carece de fecha, y el pie de página aparece la siguiente leyenda: "Copias del folleto del programa en inglés y de las condiciones finales en español están a disposición de forma gratuita en cualquiera de las oficinas de Barclays y en [www.barclays.es](http://www.barclays.es)".

A través de un correo electrónico, de fecha 24 de julio de 2008, la comunicó al , el precio de los productos, concretamente figura el precio de mercado, de Ferrovial/Telefónica, el 54% y del y de BBVA/ Telefónica, el 80 % (documento nº 8 de la demanda).

Asimismo dicha demandante, a través de su citado administrador único, vendió dichos productos, el primero de ellos, el 4 de febrero de 2009, con unas pérdidas de 172.250 euros y el segundo de ellos, el 16 de octubre de 2008 y perdiendo 89.560 euros (documentos nº 9, 10 de la demanda). Tampoco es controvertido que la demandante obtuvo como rendimientos de los Bonos un cupón que fue abonado el 4 de agosto de 2008 por importe de 9.883,69 euros.

Tampoco es controvertido que la demandante realizó reclamación al Servicio de Atención al cliente de la demandada, el 13 de julio de 2010, al que contestó la demandada el 14 de septiembre de 2010 (documentos nº 22, 23 de la demanda), y presentó reclamación ante la Comisión Nacional de Mercado de Valores -en adelante CNMV- en fecha 27 de enero de 2011 (documento nº 24 de la demanda), y contestada por la demandada en fecha 16 de marzo de 2011 (documento nº 13 de la demanda), y la CNMV emite informe final de fecha 21 de febrero de 2012, referencia: R/0161/2011 (documento aportado en la Audiencia Previa por la demandante, junto con el documento nº 29) -en adelante el informe de la CNMV-.

TERCERO.- En cuanto al producto adquirido por la demandante, según el apartado de "observaciones" de la orden de compra se identifican bajo el nombre "Autocancelable Ferrovial/Telefónica" y "Autocancelable BBVA/ Telefónica", si bien en la propuesta de inversión de 20 de julio de 2007 aparece la denominación "Bono Est. Renta Variable EUR".

Al decir del informe de la CNMV los denomina como "bonos estructurados" y los define, tal que:

1.- "BONO AUTOCANCELABLE FER,TEF a 2 años (Cupón 10,00% semestral) (ISIN XS0308931400), emitidos por Barclays Bank PLC, rating Aa1/AA, con retribución variable en función de la evolución de una cesta de dos acciones - Grupo Ferrovial y Telefónica-; vencimiento máximo previsto para el 12 de agosto de

2009, aunque con posibilidad de cancelación anticipada automática y con el capital no garantizado a vencimiento. Listado en la Bolsa de Luxemburgo.

2.- “BONO AUTOCANCELABLE TEF, BBVA a 2 años (Cupón 10,00%) (ISIN XS0310125116), emitidos por Barclays Bank PLC, rating Aa1/AA, con retribución variable en función de la evolución de una cesta de dos acciones -BBVA y Telefónica-; con vencimiento máximo previsto para el 5 de agosto de 2010, aunque con posibilidad de cancelación anticipada automática y con el capital no garantizado a vencimiento. Listado en la Bolsa de Londres”.

Según resulta de lo que parte demandada denomina “argumentario comercial” de los Bonos (documentos nº 3, 4 de la contestación), se trata, el primero de un Bono estructurado a dos años autocangeable semestralmente que ofrece un cupón potencial netamente superior a los tipos de interés de referencia, asumiendo un alto riesgo de pérdida de capital, está dirigido a inversores de perfil alto ya que su capital no es garantizado, que se encuadra en un perfil de Riesgo Alto, y en cuanto al segundo, se dice que es un Bono estructurado a tres años autocangeable anualmente que ofrece un cupón se cumpla o no la condición de cancelación anticipada, está dirigido a inversores de perfil alto ya que su capital no es garantizado, que con todas sus características y con la posibilidad de pérdidas, se encuadra en un perfil Arriesgado.

Los productos estructurados como es el caso, constituyen instrumentos financieros derivados que deben considerarse productos complejos por contraposición a productos no complejos (art 38 Directiva 2006/73/CE), y así a dicha naturaleza compleja, si no existe garantía del capital, el consumidor asume un riesgo muy elevado de pérdida patrimonial, se refiere la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14ª) Sentencia núm. 356/2014 de 21 octubre, al analizar los diferentes instrumentos de inversión.

CUARTO.- En cuanto al marco contractual en el que se desarrolla la contratación del producto objeto de autos, consta suscrito entre las partes litigantes un “contrato de depósito y administración de valores” (documento nº 2 de la demanda), y es objeto de controversia, si existió además un “asesoramiento en materia de inversión”, o “intermediación asesorada” como alega la parte demandante mientras que, por el contrario la parte demandada niega la existencia de dicha relación contractual y defiende que una mera intermediaria en las adquisiciones de los productos por parte de la demandante.

Procede previamente traer a colación unos apuntes en relación al desarrollo legislativo de los servicios de inversión.

Tal que la “gestión asesorada de cartera”, es una figura de creación jurisprudencial, así traer a colación la Sentencia del TS de 11 de julio de 1998, en la que se distingue dentro de los “contratos de gestión de cartera de valores” dos modalidades, a saber, “contrato de gestión asesorada de cartera de inversión” en que la sociedad gestora propone al cliente inversor determinadas operaciones siendo éste quien decide su ejecución y el “contrato de gestión discrecional de cartera de inversión” en que el gestor tiene un amplísimo margen de libertad en su actuación ya que puede efectuar las operaciones que considere convenientes sin previo aviso o consulta al propietario de la cartera.

Ahora bien, esta Sentencia del TS se dicta en un determinado contexto legislativo, esto es, bajo la redacción vigente del artículo 71, j) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores - en adelante LMV- , hasta el 18/11/1998 , y precepto aquél en el que, entre otras actividades de las sociedades de valores, además de la de recibir y ejecutar órdenes de inversores (artículo 71, a) LMV) comprendía la de “gestionar cartera de valores de terceros” (artículo 71, j) LMV), y sin embargo, no contemplaba la actividad de asesoramiento.

Dicha LMV fue modificada por la Ley 37/1998, de 16 de noviembre, que entre otros , da nueva redacción al artículo 63 de la LMV, en el que, se relacionan los “servicios de inversión” y distingue, entre otros, la recepción y ejecución de órdenes por cuenta de terceros (artículo 63.1, a), b) LMV), y la “gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión con arreglo a los mandatos conferidos por los inversores” (artículo 63.1, d) LMV). Y contemplaba como actividad complementaria , el asesoramiento sobre inversión “en uno o varios instrumentos” (artículo 63.2, f) LMV).

Durante el tiempo de vigencia de dichos artículos de la LMV antes de la reforma introducido por la Ley 37/1998, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros obligatorios (derogado por dde.un RD 217/2008 de 15 de febrero de 2008), aunque aplicable con carácter general a los gestores de cartera , no contemplaba específicamente una regulación sobre la “gestión de carteras”. Por su parte, la Orden de 25 de octubre de 1995 , de desarrollo parcial del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre Normas de actuación de los Mercados de Valores y Registros obligatorios, tampoco contenía una regulación específica respecto a dicha actividad, si bien establece en el apartado Octavo que es necesaria la utilización para desarrollar las operaciones de “gestión de cartera” un contrato-tipo.

Es ya, con la Orden de 7 de octubre de 1999 de desarrollo del código general de conducta y normas de actuación en la gestión de carteras de inversión (derogado por dde.un O EHA/1665/2010 de 11 de junio de 2010), y ya bajo la vigencia de la nueva redacción dada al artículo 63 LMV por la Ley 37/1998, que se legisla específicamente sobre la actividad de “gestión de cartera”, si bien, el legislador entiende por tal: “la actividad de gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión”. Y en dicho articulado, entre otros principios y deberes que deben regir tal actividad se cita el de asesorar profesionalmente a los clientes teniendo en consideración la información obtenida de ellos, que haya que estar a los criterios pactados por escrito (“criterios generales de inversión”), que los gestores invertirán el patrimonio de cada unos de los clientes según su mejor juicio profesional, diversificando las posiciones en busca de un equilibrio entre liquidez, seguridad y rentabilidad, se abstendrán de realizar operaciones con el exclusivo objeto de recibir comisiones directas o indirectas, evitarán los conflictos de interés entre el gestor y su grupo con el cliente, o entre distintos clientes.

En consecuencia , tras la reforma llevada a cabo por la Ley 37/1998, de la LMV y la citada Orden de 7 de octubre de 1999, el legislador no contempla esa figura de creación jurisprudencial “gestión asesorada de carteras de inversión” , sólo contempla como “gestión de carteras”, la “gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión, siendo el asesoramiento como ya se ha dicho actividad

complementaria, y no a modo de relación continuada sino puntual sobre “uno o varios instrumentos”.

Posteriormente, la Ley 47/2007, de 19 de diciembre (entra en vigor el 21 de diciembre de 2007, normativa MIFID) modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, para incorporar al ordenamiento jurídico español las siguientes Directivas europeas: la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, la Directiva 2006/73/CE de la Comisión, de 10 de agosto de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de inversión y términos definidos a efectos de dicha Directiva y la Directiva 2006/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito.

Esta Ley 47/2007 da nueva redacción al artículo 63 LMV, y establece en su apartado primero, entre los que se consideran servicios de inversión, distingue, por un lado, la recepción y ejecución de órdenes de clientes en relación con uno o más instrumentos financieros (art 63.1, a, b) LMV), la “gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión con arreglo a los mandatos conferidos por los clientes” (art 63.1, d) LMV), y el “asesoramiento en materia de inversión”, entiendo por tal la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros. Y además dice: “No se considerará que constituya asesoramiento, a los efectos previstos en este apartado, las recomendaciones de carácter genérico y no personalizadas que se puedan realizar en el ámbito de la comercialización de valores e instrumentos financieros. Dichas recomendaciones tendrán el valor de comunicaciones de carácter comercial.” (art 63.1, g) LMV).

Por tanto es con la Ley 47/2007 que se introduce en la legislación española el “asesoramiento de carteras” como servicio de inversión, de hecho en la Exposición de Motivos de la citada Ley 47/2007 destaca como una novedad importante en el catálogo de servicios de inversión el “asesoramiento en materia de inversión” entendido como la realización de recomendaciones personalizadas a un cliente sobre instrumentos financieros. Y así también dice la Exposición de Motivos, que en “cuanto a las categorías de empresas de servicios de inversión, la Ley crea un nuevo tipo de empresa de servicio de inversión autorizada para realizar exclusivamente el servicio de asesoramiento en materia de inversión: las «empresas de asesoramiento financiero»”.

Como afirma la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), «(l)a cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente» (apartado 53). Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el art. 52 Directiva 2006/73, que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.4 Directiva 2004/39/CE.

El art. 4.4 Directiva 2004/39/CE define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como « la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros ». Y el art. 52 Directiva

2006/73/CE aclara que « se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...)», que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales. Carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público.

Más recientemente el Tribunal Supremo Sala 1ª Pleno, en Sentencia de 18-4-2013 sobre el contrato de gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión, dice: “es aquel por el que una empresa autorizada a actuar profesionalmente en el mercado de valores (como es el caso de la entidad de crédito demandada, art. 37.1.b de la Ley del Mercado de Valores) se obliga a prestar al inversor servicios de gestión personalizada, profesional y remunerada sobre los valores integrantes de la cartera del inversor, cumpliendo determinadas exigencias reforzadas de profesionalidad, información, buena fe, imparcialidad y diligencia, con arreglo al mandato conferido por el cliente, para que éste obtenga una mayor rentabilidad en sus actuaciones en el mercado de valores.

En línea con lo declarado en la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 687/1998, de 11 de julio, RC núm. 1195/1994, puede afirmarse que su esquema contractual responde fundamentalmente al mandato o comisión mercantil. La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Quinta, de 21 de noviembre de 2002, dictada en el asunto C-356/2000, caso Testa y Lazzeri contra Comisiones Nazionale per le Società e la Borsa (Consob) , afirma en su párrafo 38 que la gestión de carteras debe efectuarse con arreglo a un mandato en virtud del cual el inversor faculta a una empresa de inversión para tomar decisiones de inversión por su cuenta, discrecionales pero respetando siempre las decisiones estratégicas del inversor.

Por tanto, es un contrato que por su función económica y su significación jurídica encaja en el esquema contractual del mandato o comisión mercantil, como modelo contractual típico de la gestión de negocios ajenos. Se caracteriza por la especificidad de su objeto y se basa en la confianza del cliente hacia el profesional del mercado de valores al que confiere amplias facultades para realizar, por cuenta del cliente inversor, las operaciones que considere más convenientes para el objetivo perseguido, conseguir una mayor rentabilidad, en relación a un ámbito restringido de actividad, el de la inversión en valores negociables.

QUINTO.- Aplicando la anterior doctrina al caso de autos, como ya se dijo, no es controvertido la existencia entre las partes litigantes de un “contrato de depósito y administración de valores”, si bien su contenido obligacional se ignora porque no se aporta. Normalmente contiene una prestación de un servicio de custodia y administración de valores con la consiguiente apertura de cuenta y desarrollo de actividades de intermediación en operaciones por cuenta del cliente. Es decir la entidad demandada se limita a cumplir o ejecutar las órdenes de inversión que le daba el demandante. Ciertamente no consta acreditado por la demandante la existencia de un “contrato de gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión”, tal

que suelen estar formalizados en contratos-tipo y se percibe una determinada remuneración por tal servicio, que en la presente litis no consta.

Pero no obstante, si se advierten indicios de la existencia de un servicio de asesoramiento en el marco de esa relación contractual de depósito y administración de valores, en el sentido expuesto en el anterior Fundamento de Derecho, pues de acuerdo con las reglas sobre la carga probatoria, y sobre la facilidad probatoria (art 217 LEC), corresponde acreditar a la parte demandada que fue la demandante la que se interesó personalmente por invertir en este producto, bien que se le ofreció el mismo entre otros posibles, decidiéndose por el que fue contratado, lo cual, no resulta suficientemente acreditado.

Ciertamente la demandante obtuvo un efectivo importante a principios de julio de 2007 (documento nº 2 de la contestación), empero este extremo es conocido por la demandada, tal que se ingresa en la cuenta que tiene la demandante en dicho Banco, luego si bien el demandante es razonable que tuviese interés en invertir el dinero, también lo es que la demandada tuviera interés en que lo hiciese, máxime cuando el emisor del producto era su empresa matriz, y no resulta bastante las declaraciones de los testigos y , tal que, empleados de la demandada sus declaraciones carecen de la objetividad necesaria máxime cuando al demandante no se le ha preguntado al respecto, pues no se solicita su interrogatorio, igualmente también es razonable que dado el tiempo transcurrido no se recuerde con exactitud el detalle de las conversaciones. De hecho, el manifiesta que no estuvo presente cuando se hizo la "propuesta de inversión", y así la testigo

sólo le sitúa en una reunión, tal que, fue el mismo día 23 de julio, cuando se firman las órdenes, luego las declaraciones del no constan resulten de un conocimiento directo sino por referencias, por lo que carecen de fuerza probatoria.

Ahora lo que consta en el procedimiento, es que a la demandante se le hace por la demandada, a través de la una "propuesta de inversión" fechada el 20 de julio de 2007, y en este documento se hace mención a la inversión como "Bono Est, Renta Variable EUR", esto es, no consta en dicho documento expresamente los productos luego adquiridos, a saber: "Autocancelable Ferrovial/Telefónica" y "Autocancelable BBVA/ Telefónica". Y así en la contestación a la demanda, que junto con la demanda queda determinado el objeto de la litis (artículo 412 LEC), precisamente se dice que tras recabar información del cliente se le hace el 20 de julio esta propuesta, luego se trata de una propuesta de inversión personalizada. Es cierto, que la refiere que fue en reuniones anteriores a dicho 20 de julio cuando se explica el producto, empero, no consta cual/es fueron los términos de dichas reuniones, y asimismo se hace mención a un correo remitido por el demandante en el que manifestaba en que productos quería invertir, pero ni se dijo en la contestación ni se aportó en su momento procesal oportuno, ni al demandante se le ha preguntado al respecto, con lo que es un extremo no acreditado.

En consecuencia con lo expuesto, y como la propia CNMV estimó en su informe, existió una relación jurídica de asesoramiento en materia de inversión, de acuerdo con lo expuesto en el anterior Fundamento de Derecho.

SEXTO.- Siendo éste el contexto en el que se suscribe la citada orden de compra del producto en cuestión, procede entrar a analizar el cumplimiento de los deberes de información que pesan sobre las entidades financieras, y normativa aplicable en relación a tales productos financieros, pues como dice el Tribunal Supremo Sala Iª Pleno, en su Sentencia de 20-1-2014:

“Ordinariamente existe una desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional. La complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros. Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, esta necesidad de protección se acentúa porque las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto.”.

Sigue diciendo la Sentencia:

“Para entender bien el alcance de la normativa específica, denominada MiFID por ser las siglas del nombre en inglés de la Directiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instrumentos financieros ( Markets in Financial Instruments Directive), de la que se desprenden específicos deberes de información por parte de la entidad financiera, debemos partir de la consideración de que estos deberes responden a un principio general: todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate. Este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 CC y en el derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, reflejo de lo cual es la expresión que adopta en los Principios de Derecho Europeo de Contratos ( The Principles of European Contract Law -PECL-cuyo art. 1:201 bajo la rúbrica " Good faith and Fair dealing " ("Buena fe contractual"), dispone como deber general: " Each party must act in accordance with good faith and fair dealing " ("Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe"). Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de proporcionar a la otra parte información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran en este caso los concretos riesgos que comporta el producto financiero que se pretende contratar”.

En el presente caso, como en el supuesto que contempla la citada Sentencia del TS , se trata de cliente minorista -extremo no controvertido - y resulta de la documental aportada (documento nº 3, 4 de la demanda) y de un producto financiero complejo -como se ha expuesto en el Fundamento de Derecho Tercero-, y atendiendo a la normativa aplicable al tiempo de la contratación representada por la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LMV), que fue objeto de una importante reforma por la Ley 47/2007, de 9 de diciembre (entra en vigor el 21 de diciembre de 2007, normativa MIFID), pero ya antes establecía en el artículo 78.1, que las entidades de crédito debían respetar las normas y códigos de conducta que aprobase el Gobierno o, con habilitación expresa de éste, el Ministerio de Economía, y en el artículo 79.1 fijaba en los apartados a), c) y e), como principios de actuación de las entidades de crédito, respectivamente, los de “comportarse con diligencia y

transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado”, “desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuesen propios” y “asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados”.

En desarrollo de estas previsiones legislativas, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre Normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios (derogado por dde.un RD 217/2008 de 15 de febrero de 2008), establecía en su artículo 16.1 la obligación de las entidades de facilitar a sus clientes en cada liquidación que practiquen «un documento en el que expresen con claridad los tipos de interés y comisiones o gastos aplicados y, en general, cuantos antecedentes sean precisos para que el cliente pueda comprobar dicha liquidación y calcular el coste o producto neto efectivos de la operación », debiendo además informarles, según señalaba el artículo 16.2, « con toda la diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones ».

Este Real Decreto incorporaba como Anexo un Código general de conducta de los mercados de valores, del que cabe destacar algunas disposiciones, como la obligación de las entidades de solicitar de sus clientes “ la información necesaria para su correcta identificación, así como información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión cuando esta última sea relevante para los servicios que se vaya a proveer” (artículo 4.1), la obligación de las entidades de ofrecer y suministrar adecuada información a sus clientes aparece expresamente contemplada en su art. 5.1 “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”, así como en su artículo 5.3 “La información a la clientela debe ser clara, correcta, 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”.

SEPTIMO.- Bien la carga de la prueba de que la entidad demandada proporcionó a la demandante información suficiente, imparcial, clara y no engañosa, tal se exige por normativa de Mercado de Valores antes expuesta, como ha tenido ocasión de decir la doctrina (sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5ª, de 19 de marzo de 2012; o de Mérida, Sección 3, de 23 de febrero de 2012), corresponde a dicha demandada pues al cliente no se le puede exigir la prueba de acreditar la omisión informativa se le estaría atribuyendo el "onus probandi" de un hecho negativo (Audiencia Provincial de Ourense, Sección 1ª, de 28 de febrero de 2012).

En el presente caso, aún cuando antes de la citada fecha de 20 de julio de 2007, se hubiesen producido contactos o reuniones entre la demandante, a través del

, y la , lo que resultaría incluso razonable, teniendo en cuenta que el 20 de julio era Viernes y el 23 de julio era Lunes, lo que se desconoce es cual fuese el contenido de las mismas, pues al demandante ni quiera se le ha preguntado al respecto, y por tanto se desconoce que información de la demandante fue recabada por la , tal que la demandante es una entidad jurídica distinta de las personas que la componen (artículo 35 del CC). Al respecto, se desconoce si dicha entidad demandante tenía otras inversiones , porque lo que aporta la demandada de otras inversiones aparecen a nombre del , no de la demandante (documento nº 1 de la contestación). En todo caso, aún cuando se parta del conocimiento de las inversiones del , el pantallazo que se aporta no muestra el peso de tales inversiones en su total cartera, y al decir del testigo e , quien a diferencia del , el cual sólo conocía al

de unos pocos meses antes de la operación objeto de autos, el lo conoce de más tiempo , de años, y según este testigo el a era más bien de perfil conservador, y en productos de renta variable invertía una proporción pequeña en relación al resto de inversiones, lo cual, es distinto a los que figura en la "propuesta de inversión" del 20 de julio, en el que los productos objeto de autos resultan tener un peso del 82%. Además tampoco consta como se dice por la demandada que el tuviera unos sólidos conocimientos en materia financiera , tal que sólo consta que sea administrados de la demandante, cuyo objeto social es básicamente publicidad, y al decir de los testigos que tenía relación con alguna otra sociedad, empero se desconoce por cuanto tiempo , con que grado de implicación, y al decir del testigo , la actividad a la que se dedica no tiene relación con materia financiera, y de hecho dicho testigo explica que estaba más centrado en su trabajo que en seguir sus inversiones.

Y en cuanto a la adquisición de los productos objeto de autos, aparte de la "Propuesta de inversión" fechada el 20 de julio, no consta que antes de esta fecha ni de la firma de las órdenes de compra se le entregase al demandante información detallada de los productos en cuestión, en su caso, del riesgo de los mismos, de que el capital no se encontraba garantizado.

Así, consta efectivamente entregados al demandante lo que denominan "Términos y condiciones finales", las cuales, como indica el informe de la CNMV contienen información suficiente sobre las características , en particular sobre el carácter no garantizado del capital invertido, pero estos documentos, pese a lo que dice el testigo , como dice la testigo , se entregaron después de firmarse las órdenes de compra, porque como explica la misma tenía que conocerse el precio de inicio de las subyacentes, y de hecho, están fechadas el 1 y el 8 de agosto de 2007. Luego no sirven para acreditar que la demandante conociese dichas características antes de suscribir la orden.

Es cierto que en la orden del compra se hace constar que los productos eran de alto riesgo de no recuperación del capital invertido, pero, esta transcripción es una declaración meramente formal que no se corresponde con la realidad, pues se trata de un modelo estándar, y de hecho, en el informe de la CNMV se precisa que "carecía de algún elemento mínimo de un mandato tal como la denominación del emisor", "se recogía de forma incompleta la denominación que Barclays atribuyó a los productos, sin tampoco aportar otros datos que permitiesen distinguirlos de otros productos referenciados a los mismos subyacentes que pudieran existir en el mercado", luego se

trataba de un documento deficiente, que como reconoce la testigo es ella la que la completa, parece que de forma un tanto apresurada. De hecho tal manifestación que consta en la orden de compra entra en contradicción con la mención que consta en la "propuesta de inversión", que identifica esta inversión con la expresión "Garantizados". Mención que si bien los testigos califican de errónea sin embargo no tuvieron a bien corregir al menos de forma manuscrita en el documento antes de entregárselo al demandante. Luego tal manifestación que figura en la orden no acredita que el demandante tuviese conocimiento de las características de los productos, al menos, en cuanto al riesgo de perder el capital.

Por lo demás, aunque resulta razonable, como resulta de lo antes expuesto, que antes de la "propuesta de inversión" de 20 de julio, entre la y la demandante, a través de su administrador a existiese algún contacto o reunión, se desconoce en que medida en las mismas se le informa al demandante de los productos objeto de autos, tal que, no consta que se le entregasen lo que la demandada llama "argumentarios comerciales", pues además de no constar la firma del demandante, como resulta de los mismos su uso era interno, tal lo reconoce la

quien manifiesta que los aportados con la contestación no fueron entregados al demandante. Es cierto que manifiesta que se le entrega otra documentación, o "Ficha comercial", y de hecho la parte demandante aporta con la demanda lo que parece ser dicha "Ficha comercial" con la firma del demandante, pero la misma carece de fecha, y en la demanda se afirma que se le hace entrega en agosto de 2008, esto es, un año después, sin que de contrario por la parte demandada se haya acreditado se entregase antes. Empero además, según el informe de la CNMV al examinar dicha documentación advierte la posibilidad de inducir a una interpretación errónea sobre la posibilidad de pérdida del capital invertido, cuando se dice que recibirá "105% + Rentabilidad Final Peor Valor", al considerar inapropiado el signo + y el término rentabilidad para definir un escenario de depreciación de un valor.

En consecuencia, se puede decir que la entidad demandada no cumplió con la obligación de información que le era exigible, no llevó a cabo una correcta evaluación de la adecuación del producto en cuestión ni respecto a los productos, sus características, en especial el riesgo de pérdida de capital.

OCTAVO.- Las acciones que se ejercitan en la presente litis se basan en el incumplimiento por parte de la demandada de los anteriores deberes de información, en principio se pretende como principal la nulidad de la relación contractual. Según resulta del anterior Fundamento de Derecho la entidad demandada no cumplió en debida forma su deber de información.

Cierto es que tiene declarada la Jurisprudencia, que la falta de observancia de los deberes de información por la parte demandada, pueden derivarse diferentes consecuencias jurídicas así el TS en su Sentencia de 20 de enero de 2014, dice:

"En su apartado 57, la reseñada STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), pone de relieve que, "si bien el artículo 51 de la Directiva 2004/39 prevé la imposición de medidas o de sanciones administrativas a las personas responsables de una infracción de las disposiciones aprobadas para aplicar

dicha Directiva, esta no precisa que los Estados miembros deban establecer consecuencias contractuales en caso de que se celebren contratos que no respeten las obligaciones derivadas de las disposiciones de Derecho interno que traspone el artículo 9, apartados 4 y 5, de la Directiva 2004/39, ni cuáles podrían ser esas consecuencias". En consecuencia, "a falta de normas sobre la materia en el Derecho de la Unión, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las consecuencias contractuales de la inobservancia de dichas obligaciones, respetando los principios de equivalencia y efectividad (vid Sentencia de 19 de julio de 2012, caso Littlewoods Retail (C-591/10), apartado 27)".

En concreto, en el presente caso se alega por la parte demandante la nulidad sobre la base de un error en el consentimiento.

Al respecto del mismo la citada Sentencia del TS de 20 de enero de 2014 pone de manifiesto que :

"La regulación del error vicio del consentimiento que puede conllevar la anulación del contrato se halla contenida en el Código Civil, en el art. 1266 CC, en relación con el art. 1265 y los arts. 1300 y ss. Sobre esta normativa legal, esta Sala primera del Tribunal Supremo ha elaborado una doctrina jurisprudencial, de la que nos hemos hecho eco en las ocasiones anteriores en que nos hemos tenido que pronunciar sobre el error vicio en la contratación de un swap, en las Sentencias 683/2012, de 21 de noviembre, y 626/2013, de 29 de octubre: Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.

Es lógico que un elemental respeto a la palabra dada ("pacta sunt servanda") imponga la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y pueda quien lo sufrió quedar desvinculado. Al fin, el contrato constituye el instrumento jurídico por el que quienes lo celebran, en ejercicio de su libertad - autonomía de la voluntad -, deciden crear una relación jurídica entre ellos y someterla a una "lex privata" (ley privada) cuyo contenido determinan. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos.

En primer término, para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

El art. 1266 CC dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer -además de sobre la persona, en determinados casos- sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato ( art. 1261.2 CC). Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones - respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato -que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa.

Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias pasadas, concurrentes o esperadas-y que es en consideración a ellas que el contrato se le

presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses.

Las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos. Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano.

El error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente cierta, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre el futuro con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia. Aunque conviene apostillar que la representación ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos, de tal forma que si el conocimiento de ambas cuestiones era correcto, la representación equivocada de cuál sería el resultado no tendría la consideración de error.

Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida”.

Así concluye la citada Sentencia del TS que “Por sí mismo, el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error”.

Y continúa diciendo:

“El error que, conforme a lo expuesto, debe recaer sobre el objeto del contrato, en este caso afecta a los concretos riesgos asociados con la contratación del swap. El hecho de que el apartado 3 del art. 79 bis LMV imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como el swap contratado por las partes, el deber de suministrar al cliente minorista una información comprensible y adecuada de tales instrumentos (o productos) financieros, que necesariamente ha de incluir "orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos", muestra que esta información es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento. Dicho de otro modo, el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de

lo que contrataba era equivocada, y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero”.

NOVENO.- Aplicando lo expuesto al caso de autos, y tal como se dijo en el Fundamento de Derecho Séptimo , por la entidad demandada no se valoró adecuadamente los conocimientos y experiencia de la demandante, situación financiera y objetivos, para saber el alcance de la información que se le debiera proporcionar, no se le proporcionó adecuadamente la información, respecto a un producto que como se dijo resultaba complejo, tal que, la “Propuesta de inversión” no contiene las características particulares del producto, y además de forma errónea los califica de “garantizados”, sin que conste que le fuesen entregadas con anterioridad a las órdenes de compra las “fincas comerciales” de los mismo, que además éstas contienen definición de escenarios que pueden inducir a error sobre la posibilidad de pérdida de capital invertido, las propias órdenes de compra resultan incompletas. Luego no consta que la demandante pudo adquirir el conocimiento de lo que estaba adquiriendo, y en concreto sobre los riesgos asociados a dicho producto teniendo en cuenta las condiciones personales y perfil minorista de la demandante.

Con lo que no sólo concurre una presunción de esa falta de conocimiento, es que tampoco consta acreditado que la demandante tuviese conocimientos en la materia para conocer con exactitud las características propias del producto, al margen que no se diese esa información, como resulta de lo expuesto en el Fundamento de Derecho Séptimo.

Luego concurren los presupuestos legales expuestos en el anterior Fundamento de Derecho para apreciar error en la contratación por parte de la demandante, tanto , el requisito de la esencialidad , esto es, falsa percepción sobre las características propias del producto, como el requisito de excusabilidad en la medida en que la demandante, como ya se dijo no consta tenga un conocimiento previo de este producto financiero, luego no le es imputable a la demandante el error, sino a la falta de información por parte del demandado respecto de las características, funcionamiento y riesgos del producto teniendo en cuenta las condiciones personales y perfil minorista del demandante. En conclusión, tiene lugar un manifiesto desequilibrio de conocimientos entre los contratantes, la complejidad técnica de los contratos todos estos aspectos inciden directamente en la apreciación del carácter excusable del error.

El hecho que a la demandante se le entrega los “términos y condiciones finales” y que cobrase un cupón no implica su confirmación a su contratación, pues la Jurisprudencia respecto a la doctrina de los actos propios ha precisado que “sí bien es cierto que prohíbe ir a su autor contra actos que definan claramente su posición o situación jurídica, o tiendan a crear, modificar o extinguir algún derecho, también lo es que tiene como presupuesto que sean válidos y eficaces en Derecho por lo que no procede su alegación cuando están viciados por error, ya que aquel conocimiento viciado, es notoriamente incompatible con la exigida “intención manifiesta”” (Tribunal Supremo Sala 1ª, S 28-9-2009)”, o bien en cuanto a la confirmación , tiene declarada la Jurisprudencia (Tribunal Supremo Sala 1ª, Peno S 12/01/2015) que: “

La confirmación del contrato anulable es la manifestación de voluntad de la parte a quien compete el derecho a impugnar, hecha expresa o tácitamente después de cesada la causa que motiva la impugnabilidad y con conocimiento de ésta, por la cual se extingue aquel derecho purificándose el negocio anulable de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración.”

En el presente caso, pese a la citada documentación de “términos y condiciones finales”, que al decir del informe de la CNMV contiene información suficiente sobre las características, en particular sobre el carácter no garantizado, sin embargo no es suficiente para deducir de ello la confirmación de la contratación, cuando de la documentación bancaria posterior, extractos, informes de posiciones figuran los productos dentro del epígrafe de “Renta Fija” bien se utiliza el prefijo “GAR” para definir estos productos, que al decir de la CNMV en su informe no es adecuado, se presta a confusión. De hecho dice la citada STS de 12/1/2015 precisa que “La falta de queja sobre la suficiencia de la información es irrelevante desde el momento en que, además de ser anterior al conocimiento de la causa que basaba la petición de anulación, era la empresa de servicios de inversión la que tenía obligación legal de suministrar determinada información al inversor no profesional, de modo que este no tenía por qué saber que la información que se le dio era insuficiente o inadecuada, y de ahí que se haya apreciado la existencia de error”.

Por todo lo cual procede estimar la nulidad por error, con los consiguientes efectos (artículos 1303, 1307 y 1308 y concordantes del Código Civil.

DECIMO.- En cuanto a los intereses, como dice la sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, de 27-10-2005, que si bien las aplica a los supuestos de resolución contractual, también precisa que era doctrina que recayó en torno a la aplicación del art. 1303 del Código Civil en relación con la nulidad contractual, ya sea absoluta o relativa, la jurisprudencia entiende que “el abono de intereses” no se refiere a la suma dineraria en concepto de fruto civil por disponer de dinero ajeno y como compensación por su disposición y disfrute, sino que la expresión “resarcimiento de daños y abono de intereses” es sinónima de indemnización de daños y perjuicios refiriéndose el segundo concepto más bien a ganancias dejadas de obtener” y cita la sentencia de 11 de febrero de 2003, la cual declara que “parando mientes en el otro aspecto de la cuestión resulta que el vendedor tiene a su vez que reintegrar el precio percibido con sus intereses legales, los cuales deben ser computados desde que efectivamente se hizo el pago, y no desde la celebración del contrato (sentencia de 12 de noviembre de 1996)”. Que lo anterior sin perjuicio de los intereses ejecutorios, aplicables “ope legis” previstos en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

UNDECIMO.- Que en cuanto a las costas conforme el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se impondrán a la parte que ha visto rechazadas todas sus pretensiones.





PUBLICACION. – La anterior sentencia , ha sido dada, leída y publicada por la Ilma. Sra. MAGISTRADA-JUEZ que la suscribe hallándose celebrando audiencia pública en el día de su fecha. Doy fe.

